



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

LE TRANSIZIONI E IL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
21-22 settembre 2023

a cura di
**SIMONE FRANCA
ALESSANDRA PORCARI
SERGIO SULMICELLI**

2024



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

86

2024

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2024*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-078-6
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Ottobre 2024

LE TRANSIZIONI E IL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
21-22 settembre 2023

a cura di
SIMONE FRANCA
ALESSANDRA PORCARI
SERGIO SULMICELLI

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

Pag.

SEZIONE I

INTERVENTI INTRODUTTIVI

Paolo Carta	
<i>Le transizioni nel diritto contemporaneo: sfide e prospettive multidisciplinari</i>	XIII
Federico Puppo	
<i>Sul diritto in transizione</i>	XVII
Flavio Guella	
<i>“Le transizioni e il diritto” e l’associazione Alumni di Giurisprudenza</i>	XXV

SEZIONE II

IL DIRITTO IN TRANSIZIONE

Carla Maria Reale	
<i>Il diritto in transizione: coordinate per un incessante errare</i>	3
Serena Tomasi	
<i>Diritto in transizione e giustizia intergenerazionale: la retorica del diritto ‘fra-noi’</i>	11
Federica Foti	
<i>Le Regioni ordinarie verso una strutturazione del sistema di decentramento istituzionale in direzione asimmetrica: una ‘transizione’ da completare</i>	29
Marco Gjomarkaj	
<i>Il diritto agroalimentare in transizione</i>	61
Gabriele Baratto, Ludovica Tomasini	
<i>La protezione dell’identità nella società digitale. Considerazioni criminologiche e giuridiche</i>	85
Anna Bebbber	
<i>Digitalizzazione e politiche attive: un nuovo paradigma per il mercato del lavoro</i>	113

	Pag.
Tommaso De Mari Casareto dal Verme	
<i>Intelligenza artificiale, emozioni e autonomia contrattuale</i>	141
Ilaria Francesca Ongaro	
<i>La transizione digitale nel diritto di cronaca giudiziaria. L'inchiesta sull'omicidio di Carol Maltesi</i>	167

SEZIONE III

LA TRANSIZIONE DIGITALE:
PERSONA, ISTITUZIONI, MERCATO

Simone Franca	
<i>Individui e poteri nella transizione digitale. Note introduttive</i>	199
Riccardo Alfonsi	
<i>Identità digitale post mortem: quale sorte per i diritti 'digitali' del defunto?</i>	219
Elia Aureli	
<i>Le conseguenze della transizione digitale sul riparto di competenze Stato-Regioni: un accentramento inevitabile?</i>	241
Camilla Faggioni	
<i>Transizione, lavoro, fragilità. Le potenzialità del lavoro agile oltre la pandemia</i>	275
Giulia Giacobbe	
<i>La transizione digitale delle pubbliche amministrazioni alla prova del c.d. digital divide</i>	295
Valeria Pietrella	
<i>Le implicazioni del platform model sul ruolo del giudice e sugli strumenti di tutela</i>	311
Stefania Racioppi	
<i>L'interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive</i>	327
Samuel Scandola	
<i>Piattaforme digitali e antitrust nel contesto della transizione digitale: un caveat</i>	345
Federica Scialoia	
<i>L'orizzonte ancora inesplorato delle terapie digitali: esperienze giuridiche a confronto</i>	369

SEZIONE IV

LA TRANSIZIONE DIGITALE NEL PRISMA DELL'IA

Sergio Sulmicelli	
<i>La transizione digitale nel prisma dell'intelligenza artificiale. Un'introduzione tra comparazione, interdisciplinarietà e prospettive critiche</i>	395
Giulia Olivato	
<i>La regolamentazione dell'intelligenza artificiale tra normazione e autonomia privata: il ruolo della soft law nell'AI Act</i>	417
Laura Piva	
<i>AI, sanità e diritto. Guidare la transizione verso una medicina più partecipata, inclusiva e umana</i>	441
Beatrice Rigon, Gabriele Baratto	
<i>La deepfake pornography tra criminologia e diritto</i>	459
Marianna Merler	
<i>La città nella transizione digitale. A.I. Localism per una governance dell'intelligenza artificiale a misura urbana</i>	485
Angelo Schillizzi	
<i>A.I. e sicurezza urbana: una questione di metodo</i>	507
Laura Sancilio	
<i>Le ricadute del Next Generation EU sul procedimento amministrativo digitale e il problematico uso dell'intelligenza artificiale nell'esercizio della discrezionalità amministrativa</i>	535
Corso Tozzi Martelli	
<i>Transizione digitale della p.a. e intelligenza artificiale: il ruolo della trasparenza nella ricerca di un bilanciamento tra efficienza e tutela dei diritti</i>	561
Giuseppe Verrigno	
<i>I parlamenti nella transizione digitale. L'intelligenza artificiale e gli emendamenti</i>	579

SEZIONE V
LA TRANSIZIONE ECOLOGICA ED ENERGETICA

Alessandra Porcari	
<i>Diritto in movimento. Alcuni spunti per lo studio della transizione verde</i>	601
Ilaria Baisi	
<i>Gli ‘appalti verdi’ come perno della transizione ecologica. Norme e prospettive alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici</i>	619
Fabrizio Cesareo, Giacomo Pirotta	
<i>Il greenwashing nella relazione tra consumatore e ambiente. Problematiche sostanziali e rimedi processuali collettivi</i>	643
Clara De Chirico	
<i>La comunità-stakeholder. Identikit di una protagonista emergente nella transizione della grande impresa verso la sostenibilità</i>	675
Federica De Gottardo	
<i>Le sfide del diritto societario nel nuovo paradigma dell’impresa ‘sostenibile’</i>	703
Marco Edgardo Florio	
<i>La necessità di presidi penali a supporto della transizione ambientale? Luci e ombre del crimine d’ecicidio</i>	735
Chiara Padrin	
<i>Il binomio ambiente-lavoro alla prova delle transizioni. Dalla vicenda Ilva alla direttiva europea CSRD</i>	769
Lorenzo Ricci	
<i>Politica industriale e ambiente: l’‘eterno ritorno’ dell’intervento pubblico?</i>	793

SEZIONE VI
INTERVENTI CONCLUSIVI

Giuseppe Bellantuono	
<i>Come studiare le transizioni?</i>	827
Elena Ioriatti	
<i>Diritto comparato e transizioni: una questione (anche) di metodo?</i>	861
Barbara Marchetti	
<i>Qualche considerazione di metodo sui rapporti tra intelligenza artificiale, diritto e amministrazione pubblica.</i>	881

SEZIONE I
INTERVENTI INTRODUTTIVI

LE TRANSIZIONI NEL DIRITTO CONTEMPORANEO: SFIDE E PROSPETTIVE MULTIDISCIPLINARI

Paolo Carta

Questo volume raccoglie i contributi presentati durante le “Giornate di Studio” dedicate al tema delle transizioni nel diritto, tenutesi il 21 e 22 settembre 2023 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento. Il lavoro offre una nitida immagine di quel che è oggi la Facoltà di Giurisprudenza e coglie perfettamente la sua vibrante attività, che si concretizza in una molteplicità di ricerche in atto, in proposte di percorsi ancora da indagare e analisi di questioni che, dal punto di vista giuridico, non solo non hanno trovato soluzioni, ma devono ancora essere definite nei loro contorni. L’evento è stato organizzato dall’Associazione Alumni della Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei, coinvolgendo un elevato numero di studiosi, dottorandi e ricercatori provenienti da università italiane e internazionali. Si è trattato di un’occasione unica per riflettere su alcune delle più rilevanti trasformazioni che attraversano il diritto contemporaneo e che hanno un impatto significativo non solo sugli ordinamenti, ma anche sulla società nel suo complesso.

Le “Giornate di Studio” hanno offerto la possibilità di un ampio confronto, mirato ad analizzare il ruolo del diritto rispetto alle molteplici transizioni in atto, che spaziano dall’ambito digitale e tecnologico a quello energetico, ecologico e istituzionale. Le discussioni si sono concentrate soprattutto sulle sfide che il diritto si trova a fronteggiare. Se si vuole, dietro ogni saggio sta anche una riflessione più profonda sul compito del giurista nel presente e nel prossimo futuro. Tra i temi affrontati spiccano le transizioni in campo digitale, con particolare riguardo alle implicazioni dell’intelligenza artificiale sui diversi ambiti giuridici, la protezione dell’identità digitale, il diritto del lavoro nel nuovo contesto tecnologico e la gestione delle informazioni giudiziarie. Parallelamente, un ampio spazio è stato dedicato sia al tema dell’ecolo-

gia e ai percorsi indirizzati verso un modello agroalimentare più sostenibile, sia alle modifiche istituzionali legate al regionalismo italiano, questione che continua a evolvere in risposta alle dinamiche territoriali.

Il volume riflette l'approccio multidisciplinare e comparato adottato da tutti i partecipanti, un tratto distintivo della Facoltà di Giurisprudenza di Trento sin dalla sua fondazione. Le transizioni, infatti, non sono state analizzate esclusivamente da una prospettiva giuridica "tradizionale", ma attraverso una lente intersettoriale che considera le dinamiche economiche, sociali e tecnologiche, offrendo una visione più completa e articolata dei fenomeni in corso. In questo contesto mai statico, il giurista non è un semplice osservatore, ma un attore attivo del cambiamento, chiamato a contribuire in modo significativo a un vero e proprio procedimento creativo, secondo quelle che sono state definite le *forces imaginantes du droit*.

Uno dei punti di forza del volume è la chiarezza con cui gli autori affrontano snodi intricati, senza mai trascurare l'indagine critica. Le transizioni giuridiche sono presentate come processi non lineari né privi di impedimenti, ma complessi e a volte contraddittori, che richiedono un'analisi attenta, accompagnata da umiltà, apertura e da una disposizione ad adattarsi. Le trasformazioni digitali, per esempio, sollevano questioni cruciali sulla protezione dei diritti individuali e collettivi, sulla gestione delle nuove forme di lavoro e sulla necessità di ridefinire il rapporto tra tecnologia e diritto. Allo stesso modo, le transizioni ecologiche ed energetiche schiudono dibattiti urgenti sulla sostenibilità, sull'equilibrio tra sviluppo economico e tutela ambientale e su una giustizia e una responsabilità intergenerazionale.

Oltre a fornire un quadro dettagliato e aggiornato delle principali transizioni in atto, il volume si distingue per la proposta di soluzioni innovative e per la promozione di un confronto interdisciplinare. Le analisi contenute offrono non solo una panoramica delle sfide attuali, ma anche idee concrete per affrontarle. Il dialogo inter- e multidisciplinare rende questa pubblicazione un punto di riferimento essenziale per chi desidera esplorare le interconnessioni tra diritto, tecnologia, ambiente e società in un'epoca in cui le transizioni sono non solo inevitabili, ma necessarie.

Il volume non si limita a un'analisi critica del presente, ma offre anche proposte concrete per orientare le future evoluzioni del diritto, rappresentando così un invito a guardare al futuro con consapevolezza e responsabilità, senza mai perdere di vista i valori fondamentali di giustizia e sostenibilità. Si tratta, dunque, di un contributo stimolante e ben documentato al dibattito sulle sfide contemporanee, nonché di un utile strumento di riflessione per giuristi, studiosi e professionisti.

Come ogni buon libro, anche questo rappresenta un nuovo inizio, frutto del lavoro di quanti, nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento, hanno svolto le proprie ricerche negli anni più intensi della propria vita.

SUL DIRITTO IN TRANSIZIONE

Federico Puppo

Questo volume raccoglie gli Atti delle Giornate di Studio “Le transizioni e il diritto”, svoltesi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento nei giorni 21 e 22 settembre 2024, organizzate dalle locali Associazioni Alumni di Giurisprudenza e Alumni del Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Si è trattato di due giornate intense, nel corso delle quali ci si è interrogati su “Il diritto in transizione”, “La transizione digitale”, “La transizione digitale nel prisma dell’intelligenza digitale” e “La transizione ecologica ed energetica” (questi i titoli delle quattro sessioni delle Giornate), cercando così di ingaggiare il tema principale se non in tutte le sue possibili diramazioni, almeno in quelle principali e urgenti.

A giudizio di chi scrive, i contributi offerti si lasciano apprezzare per la giusta ambizione di avanzare tesi e proporre riflessioni volte a presentare possibili ‘vie di fuga’, o almeno tentativi di soluzioni, rispetto alle problematiche affrontate. Ciò viene fatto in modo corale, assecondando una precisa indicazione metodologica di tipo inter- e multidisciplinare che è l’unica via per fronteggiare i diversi aspetti di un fenomeno, non solo giuridico, complesso e assai frastagliato laddove, proprio in ragione di tale complessità, le tessere che lo compongono sono tutte intimamente connesse e interdipendenti¹.

Su tali multiformi aspetti del diritto che va formandosi ‘in transizione’ qui nulla si dirà né ci si vuole neppure proporre di ripercorrere suntivamente gli studi che seguiranno. Piuttosto, preme evidenziare in tale

¹ «Si ha complessità quando sono inseparabili i differenti elementi che costituiscono un tutto [...] e quando vi è tessuto interdependente, interattivo e inter-retroattivo tra l’oggetto di conoscenza e il suo contenuto, le parti e il tutto, il tutto e le parti, le parti tra loro. La complessità è, perciò, il legame fra l’unità e la molteplicità» (E. MORIN, *I sette saperi necessari all’educazione del futuro*, Milano, 2001, 38).

sede introduttiva prospettive ulteriori. Dunque, la questione è questa: anche alla luce della *call* che ha preceduto le *Giornate* – e da cui originano questi *Atti* – pare che lo sguardo sia rivolto (a ragione, lo si dica a chiare lettere) verso quei cambiamenti che stanno investendo il diritto; diritto che quindi viene assunto come ‘campo di conoscenza’ e cioè, per dirla in altri termini, come oggetto di quel sapere che, ancora esemplificando, può essere chiamato in molti modi, fra cui “giurisprudenza” o “scienza giuridica” (espressioni non tecnicamente sinonimiche: v. brevemente *infra*). Ed è su questo oggetto che ci si appresta a discutere, ridisegnandone (a fatica) i contorni, per lo più vaghi o sfumati, riconsiderando le nostre usuali categorie dogmatiche che sono messe alla prova da una realtà in costante mutamento e quindi dovendo aumentare il nostro bagaglio di conoscenze in un dialogo costante con saperi altri.

Ovviamente, sia chiaro, tutto ciò è necessario e financo doveroso. Ma sembra che, così facendo, un aspetto della questione non sia adeguatamente messo in risalto: il diritto ha come sua caratteristica fondamentale il fatto che l’oggetto della conoscenza non presenta una differenza ontologica rispetto ai discorsi che su esso vengono fatti². Ciò implica, almeno a parere di chi scrive, che una domanda sul diritto inevitabilmente implichi anche una domanda su chi quel diritto lo fa, ossia sui giuristi (intendendo tale termine, d’accordo, fra gli altri, con Aldo Schiavello³, nel senso più ampio possibile, come “tutti coloro che partecipano alla pratica giuridica”, ma eminentemente coloro che esprimono il sapere giuridico).

² Cfr. R. GUASTINI, voce *Scienza giuridica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Torino, XVIII, 1998, 175-180: 176, il quale sostiene, come noto, che ciò imporrebbe doversi ulteriormente distinguere fra “scienza giuridica propriamente detta” (che si pretende avalutativa e descrittivistica) e “dottrina o dogmatica giuridica” (che invece non lo sarebbe e che parteciperebbe a pieno titolo all’impresa creatrice del diritto). Non è certo questa la sede per neppure tentare di ricostruire il dibattito su tale tema: ci sia consentito per questo il rimando a F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica fra tendenze ‘conservatrici’ e ‘innovatrici’*, Roma, 2013, dove ci si pone in chiave critica rispetto alle distinzioni appena richiamate.

³ Il riferimento è, in particolare, ad A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, Modena, 2023, cui si deve molto del discorso che segue.

Se qui si intende, pertanto, interrogarsi sul diritto in transizione occorre anche interrogarsi su noi stessi, che siamo in transizione al pari del fenomeno che stiamo guardando senza poterne essere separati.

In effetti, il modo in cui rappresentiamo il diritto è inevitabilmente – e nostro malgrado – connesso al modo in cui rappresentiamo noi stessi. Per molto tempo, come noto, ci siamo cullati con l'idea che il nostro fosse un sapere neutrale: tutti sanno che uno dei presupposti del giuspositivismo, giunto sino agli anni Cinquanta e alla speculazione di Norberto Bobbio, è che tanto il diritto quanto la scienza giuridica consistono in discorsi, ma da dover tenere ben separati, propugnando così l'immagine, molto consolatoria, di una scienza giuridica avalutativa (cui verranno, come si cennava, tributate anche denominazioni diverse), che deve limitarsi a fare discorso su un altro discorso.

Il problema, come nuovamente ben noto e come già cennato, è che ciò che effettivamente fanno i giuristi non può essere considerato un meta-linguaggio rispetto al diritto, ma è parte del linguaggio del diritto: la scienza giuridica non descrive il diritto, ma lo modella, lo costituisce. Non solo perché sceglie tra le possibili norme ricavabili da una disposizione, ma anche perché produce norme nuove inesprese⁴.

Il giurista, quindi, non è giammai identificabile nell'idealtipo del c.d. *giurista custode* di cui ci parla ancora Bobbio, ovvero del depositario di un corpo di regole già dato. Il giurista è piuttosto – e inevitabilmente, sempre per usare un'altra definizione del Torinese – un giurista creatore, giacché partecipa «a pieno titolo alla prassi giuridica, laddove contribuisce a modificare, integrare e trasformare [ma aggiungerei: identificare] il diritto di riferimento»⁵, proprio come avviene (e come lo stesso Bobbio sosteneva) nei sistemi aperti tipici degli ordinamenti costituzionalizzati.

Ebbene, in tale prospettiva, afferma Bobbio nel '77,

l'attività principale del giurista non è più l'interpretazione di un diritto già fatto ma la ricerca di un diritto da fare, in fieri, non tanto la convalida in base a un'analisi delle fonti formali del diritto che è, quanto la le-

⁴ Cfr. *ibidem*, 19.

⁵ *Ibidem*, 13.

gittimazione, in base a principi materiali di giustizia, del diritto che deve essere⁶.

Il diritto, in questo modo, si presenta sempre più come una pratica condivisa, ossia come «una pratica sociale che avanza la pretesa di emanare norme giuste»⁷: questo implica che ogni ricostruzione del diritto siffatta (che mi pare l'unica possibile), afferma ancora Schiavello criticando Jori, «deve sobbarcarsi l'onere di giustificare la pretesa del diritto di essere corretto dal punto di vista morale»⁸.

Questo ci porta a qualche osservazione di fondo. Infatti, da un lato, rafforza il venir meno della validità, ormai da tempo screditata anche sul piano epistemologico generale, della avalutatività della conoscenza giuridica, la quale ultima probabilmente è meno 'scienza' (e forse più 'sapere') di quanto si sia raccontata. E questo, insieme al fatto che l'aspirazione alla giustizia è un'altra caratteristica insopprimibile del diritto⁹, implica che «nessuna ricostruzione del diritto può prescindere da una valutazione morale da parte dello studioso»¹⁰. Allo stesso tempo, rafforza anche l'idea, per dirla nuovamente con Schiavello insieme a Raz, che

il diritto è parte della nostra cultura, ricoprendo un ruolo nel modo in cui tanto le persone comuni quanto i giuristi interpretano le proprie azioni e quelle altrui... A differenza di concetti quali "massa" o "elettrone", "diritto" è un concetto utilizzato dalle persone per comprendere loro stesse¹¹.

Tutto ciò ha delle conseguenze molto rilevanti, di cui vorrei almeno menzionarne una in ragione del tema che ci interroga (le transizioni) e che investe, per quanto sin qui detto, il diritto e chi lo studia. Il proble-

⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), Roma-Bari, 2007, 36.

⁷ A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, cit., 28.

⁸ Loc. ult. cit.

⁹ Cfr. R. ALEXY, *Law's Dual Nature*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2020.

¹⁰ A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, cit., 35.

¹¹ J. RAZ, *Autorità, diritto e morale*, in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, Torino, 2005, 286-315: 314.

ma è che, in tali mutamenti, si rischia la perdita di identità del diritto e anche nostra. Poco male, si dirà: si tratta di un cambiamento inevitabile e piuttosto che perder tempo a studiare materie ‘culturali’ o vetuste (tipo la filosofia del diritto, ovvero la riflessione sul diritto e quindi su chi quel diritto fa) meglio studiare ciò che, di volta in volta, si presenta come necessario (in ragione del fenomeno che osserviamo): neuroscienze, genetica, informatica, intelligenza artificiale, ecc. Come noto, non mancano accorati appelli, anche da parte di certo mondo delle professioni forensi, che inclinano proprio in tal senso. Ma, qui, lo sia detto nel modo più chiaro possibile, si dissente e si vuole anche avvertire sui pericoli che tali scelte comportano. Si rilegga la citazione precedente:

il diritto è parte della nostra cultura, ricoprendo un ruolo nel modo in cui tanto le persone comuni quanto i giuristi interpretano le proprie azioni e quelle altrui... A differenza di concetti quali “massa” o “elettrone”, “diritto” è un concetto utilizzato dalle persone per comprendere loro stesse

e si rifletta quindi sul fatto che questo ruolo non può essere demandato ad altri saperi, né il giurista (cioè noi) può abdicare al proprio ruolo (che, beninteso, è sempre stato lo stesso, da sempre) inseguendo le esigenze del momento: identificare, costruire e/o ri-costruire, modificare, emendare, far progredire, istituire un determinato diritto (piuttosto che un altro) «impone di giustificare la pretese di imporre su coloro che sono a esso soggetti genuini obblighi morali di obbedienza»¹², che è tutt’altro dalla mera acquiescenza, investendo uno dei beni più preziosi che noi esseri umani abbiamo – e cioè la nostra libertà.

Solo che, ma questa è solo la mia modesta opinione, trovo assai difficile che tale intrapresa possa essere condotta con successo laddove il diritto e i giuristi, per l’appunto, si lascino travolgere dalle transizioni in atto, pensando di poterle affrontare affidandosi ad altri (altri saperi, altri esperti, altri metodi). Bene quindi, anzi: inevitabile, studiare informatica, neuroscienze, genetica e chi più ne ha più ne metta, ma guai a pensare di fare diritto e il nostro mestiere affidandoci a saperi tecnici che

¹² A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, cit., 53.

col diritto hanno a che fare solo transitoriamente (essendo venuti in contatto con esso e con noi solo per una transizione e dunque in modo accidentale e non sostanziale).

E quindi, oggi più che mai, occorre invocare, con forza e convinzione, le specificità del sapere giuridico e del giurista che non sono, nessuno dei due, surrogabili; che vuol dire, nel confronto ineludibile con le esigenze del momento, non dimenticare delle caratteristiche che un diritto deve avere per essere tale, *in primis* la sua ambizione alla giustizia che, per definizione, deve poter vantare caratteri di universalità e indisponibilità (a volte, mi pare, messe in questioni da spinte particolariste e da tutti quegli arresti in cui si parla di “diritti di/dei”).

Con ciò, nel confronto con i problemi attuali, peraltro, si conferma il dato più intimo del sapere giuridico, che è sapere pratico e non teoretico (come invece da Grozio in poi si insisterà sempre più a dire): il diritto ha, infatti, a che fare con la comprensione di quanto accade nella realtà, cercando le ragioni per fare scelte e intraprendere azioni, nella ricerca mai ultimata di soluzioni che, raramente, se non mai, appaiono semplici e immediate (con buona pace, stavolta, della distinzione hartiana fra ‘casi facili’ e ‘difficili’ e di quanto fa da sfondo ad alcune tendenze dell’informatica giuridica, volte a surrogare l’umano con l’artificiale). Il tutto con una inderogabile assunzione di responsabilità, del diritto e di chi il diritto lo fa (qui si possono tranquillamente inserire anche i decisori politici): responsabilità che fa da contraltare al fatto che, necessariamente, il diritto pretende di poter imporre le proprie scelte.

Laddove il tema del potere, che qui emerge, apre ulteriori scenari e problematiche che si può qui solo menzionare, se non altro per chiarire ulteriormente come la complessità di cui si diceva all’inizio dà costantemente adito a domande di senso collegate e molteplici. Le quali si dischiudono oggi su uno scenario che, in un battito di ciglia (meno di un lustro), ha visto drasticamente cambiare le nostre vite: transitati da una pandemia globale, ci siamo, almeno noi Occidentali, riscoperti più vulnerabili di quanto, ancora una volta, non ci fossimo detti. Ed è bastato attendere solo un poco di più perché noi Europei, per dirla con Euge-

nio Corti¹³, assistessimo al risveglio del Cavallo Rosso, con la paura di un conflitto che sembra assumere sempre di più l'orrore di una dimensione mondiale e nucleare (come se, peraltro, le tragedie che si sono approssimate a noi avessero altrove smesso di accadere: la verità è che altri luoghi, altre popolazioni, non hanno mai smesso di essere in guerra, che magari ha cambiato solo forma e strumenti, senza perdere la capacità di generare dolore, violenza, morte).

Questo è lo scenario in cui, alla fine, ci troviamo tutti noi – e il diritto con noi – a transitare: e non v'è dubbio che molto di quanto sin qui detto sembra perdere significato e spessore. Non è escluso che sia così, ma è del tutto doveroso porsi questa domanda, se non altro per (sperare di) capire se quanto si va dicendo e facendo abbia ancora un senso (non solo per se stessi, ma in se stesso). La risposta non può che quindi essere personale (come d'altra parte è ogni riflessione degna di questo nome) e, almeno da questo punto di vista, essere anche positiva: ha un senso, tutto questo, perché ciò che accade accade per scelte precise e non per eventi che si sottraggono alla nostra decisione. Certo, questo “noi” sembra evaporare rispetto a scelte fatte da altri o addirittura senza sapere nemmeno esattamente da chi, laddove, peraltro (e in modo non casuale), si fa molta fatica anche a comprendere come stanno le cose¹⁴.

Però quel “noi” si riafferma nella sua radicalità almeno quando ci si dispone a semplicemente non accettare che quanto accade sia una fatalità inevitabile. Anzi: ancor più, adesso, si può avvertire l'importanza di rimettere al centro della riflessione domande che, meno di un secolo fa,

¹³ E. CORTI, *Il cavallo rosso*, Milano, 2008²⁴.

¹⁴ La nostra è infatti l'epoca della comunicazione, della post-verità, dove, sofisticamente, i detti sostituiscono i fatti: è un'epoca in cui il già avvenuto venir meno delle ideologie è corrisposto al riemergere della retorica. «Ciò che prima era oggetto di una certezza diventa problematico e viene rimesso in discussione. Nei confronti di tale evento, la nostra epoca può essere paragonata all'avvento della democrazia ateniese e al Rinascimento italiano, due grandi epoche per la retorica» (M. MEYER, *La retorica*, Bologna, 1997, 7). Questo tema è ovviamente collegato a quanto si è sin qui detto e si dirà, apparendo inscindibile anche da una riflessione sul modello antropologico che la retorica addita in modo ancipite, a seconda che la si riconduca a una visione aristotelica piuttosto che moderna. Ma, ancora una volta, non potendoci qui occupare di questo, ci sia concesso rimandare a F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2023.

hanno investito direttamente il diritto¹⁵ e, quindi, in ultima istanza, ciascuno di noi, che quel diritto facciamo o verso cui ci viene richiesto (fors'anche imposto) di obbedire; domande solo sottaciute e che è ora impossibile ignorare.

¹⁵ Il riferimento è qui al celebre scambio epistolare di Einstein e Freud sul perché della guerra e sulla possibilità di eliminarla, su cui da ultimo è tornato A. ANDRONICO, *Protect me from what I want. Cinque lezioni sul carteggio fra Einstein e Freud*, Catania, 2023. Su questo e, più in generale, su un coevo dibattito si possono utilmente vedere i contributi presenti in T. GAZZOLO (a cura di), *Kelsen/Freud*, in *Teoria e tecnica della regolazione sociale*, 2, 2023.

“LE TRANSIZIONI E IL DIRITTO” E L’ASSOCIAZIONE *ALUMNI* DI GIURISPRUDENZA

Flavio Guella

Quelli qui raccolti sono gli atti di due Giornate di Studio sul tema de “Le transizioni e il diritto”, svolte tra il 21 e il 22 settembre 2023, nelle quali dottorandi e dottori di ricerca trentini e di altri Atenei si sono confrontati tra loro, in un’iniziativa che parte dai dottorandi stessi, offrendo del tema un quando che ne rispecchia la problematicità e trasversalità. Queste Giornate, peraltro, non si sono poste come un evento isolato, ma si inseriscono nel solco di un’iniziativa avviata già nel 2011 con l’istituzione dell’Associazione *Alumni* della Scuola di dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei¹.

All’epoca, né l’Ateneo né la Facoltà erano ancora muniti di un’iniziativa *Alumni*, che solo nel 2015 ha preso avvio con due apposite strutture organizzative, dove oggi i dottori di ricerca della Scuola di dottorato trentina attiva presso la Facoltà di Giurisprudenza trovano una loro specifica rappresentanza.

Già il 31 ottobre 2013 l’Associazione *Alumni* SGCE aveva realizzato un primo evento, tramite *call* aperta, con una Giornata di Studio dedicata al tema de “L’eccezione nel diritto”, di cui erano stati raccolti gli atti in questa stessa Collana². Una nuova “edizione” dell’iniziativa è seguita poi il 30 e 31 ottobre 2015 con due nuove Giornate di Studi (e relativi atti) sul tema de “Le definizioni nel diritto”³. Ancora, il 17 e 18 gennaio 2019 si era tenuta la presentazione degli esiti di un’ulteriore *call* sul tema de “Le (in)certezze del diritto”, con atti pubblicati sempre

¹ <https://www.unim.it/drsgce/44/associazione-alumni-sgce>.

² S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L’eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Napoli, 2015.

³ F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio (Trento, 30-31 ottobre 2015)*, Napoli, 2016.

nella Collana *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, che ha rappresentato una conferma del successo dell'idea iniziale⁴.

Anche le Giornate di Studio di cui si raccolgono qui gli atti si pongono in questo solco di indagine e confermano il metodo di lavoro già ben sperimentato. Gli organizzatori e i partecipanti si sono riproposti di analizzare un tema ampio e impegnativo – come sempre di portata generale, tale da sollecitare la curiosità e l'indagine multidisciplinare – attraverso non solo il contributo specifico di studiosi impegnati in percorso di dottorato, o che tale percorso hanno concluso da poco tempo, ma anche con un'organizzazione e un'iniziativa scientifica interamente affidate agli stessi. Focalizzare l'attenzione di coloro che si trovano ad avviare le proprie ricerche, in settori disparati dell'ordinamento, sulla questione generale de “le transizioni e il diritto”, ancora una volta ha dato occasione di mettere alla prova l'intento originario della *Alumni SGCE*, di “conservare l'esperienza di confronto amichevole e interdisciplinare degli anni di dottorato”, quando più è naturale – in una Scuola dai diversi *curricula* – il dialogo tra le diverse aree disciplinari.

Se l'intento è quello di riflettere da prospettive disciplinari diverse su un tema teorico e trasversale di portata generale non sorprende che, come per le precedenti riflessioni, il tema sia tanto non nuovo quanto ampio, tanto solleciti riflessioni sul contingente quanto sul come le questioni del diritto siano in definitiva – per loro natura – costanti nel tempo. L'idea della transizione è infatti un qualcosa con cui il fenomeno giuridico ha da sempre dovuto confrontarsi, posto che attiene al come la realtà regolata cambi, con forme e tempi sempre nuovi. Il tema del convegno investe quindi anche la nota ambiguità delle “regole” del diritto, per loro natura poste prima dei fatti, prefigurando una realtà futura per conformarla; regole che quindi talvolta sono criticate per il loro seguire (e con ritardo) il mutare delle cose, mentre talaltra sono al contrario invocate per sollecitare, opporsi o assecondare mutamenti che – nel mondo dei fatti – sono auspicati, temuti o considerati inevitabili.

⁴ C. PICIOCCHI, M. FASAN, C.M. REALE (a cura di), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio 17-18 gennaio 2019*, Napoli, 2021.

Come il diritto deve porsi davanti alle grandi transizioni della realtà regolata? Gli atti di queste Giornate di Studio, per il metodo di confronto aperto seguito, sembrano ben ricordarci che non possono esistere risposte generali e definitive nella teoria, ma che anche il fenomeno giuridico muta, come le persone che vivono la sua realtà.

SEZIONE II
IL DIRITTO IN TRANSIZIONE

IL DIRITTO IN TRANSIZIONE: COORDINATE PER UN INCESSANTE ERRARE

Carla Maria Reale

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. La transizione come movimento dagli incerti approdi. 3. La transizione come movimento non lineare. 4. Alcune riflessioni conclusive.*

1. Introduzione

Il breve scritto desidera porsi come discorso introduttivo alla sezione di questo volume che raccoglie i saggi che riflettono attorno all'idea di "diritto in transizione".

Ivi si troveranno alcuni spunti per rispondere alla domanda «in quale modo si declina il concetto di transizione in ambito giuridico?», che deriveranno sia da contributi di respiro maggiormente ampio e generale, come anche da ricerche in ambiti più puntuali e circoscritti.

Tutte queste prospettive, provenienti da diversi settori degli studi giuridici, si articolano dunque attorno ai quesiti che il concetto di transizione pone al diritto.

Il contributo di Serena Tomasi, di taglio giusfilosofico ha una portata di ampio respiro e si pone l'obiettivo di delineare il modo in cui la transizione incide sul diritto e sul ruolo del giurista. Passando dalla necessità e difficoltà di definire il concetto di transizione, si sottolineerà come interrogarsi su di esso spinga necessariamente a riflessioni etiche e antropologiche, che riportano il diritto alla sua essenziale caratteristica, quella relazionale. La transizione quindi, in questo contributo, capace di gettare un quadro che accolga le riflessioni di dettaglio delle altre autrici e degli altri autori, si configura come un'occasione per riflettere anche sulle narrazioni che costruiamo sul diritto.

Centrale proprio nella narrazione dell'idea del diritto in transizione è oggi l'elemento apportato dallo sviluppo delle tecnologie digitali, che

emerge come tema focale sia da questa sezione che dall'intero volume. Su questo riflettono infatti i contributi di Gabriele Baratto e Ludovica Tomasini, Anna Bebber, Tommaso De Mari Casareto dal Verme e Ilaria Ongaro.

Nel loro saggio, Gabriele Baratto e Ludovica Tomasini muovono dal presupposto che le tecnologie digitali abbiano mutato e stiano mutando l'approccio del diritto penale e della criminologia al concetto e alla protezione dell'identità personale. Ricostruendo il modo in cui tale nozione transita verso approcci sfaccettati e complessi, non più univoci come nel mondo offline, l'autore e l'autrice forniscono poi una panoramica delle fattispecie penali che si prestano ad oggi alla tutela dell'identità digitale e le problematiche irrisolte connesse alla stessa.

Anna Bebber analizza da una prospettiva giuslavoristica e comparatistica, ma che intreccia anche le riflessioni relative alla digitalizzazione nel settore pubblico, i mutamenti relativi all'ambito del lavoro, con particolare riguardo alle politiche attive del lavoro e ai servizi pubblici per l'impiego. Parte centrale del contributo è quella volta all'analisi del mutamento causato dalle tecnologie di intelligenza artificiale, in particolare di profilazione, nei sopraccitati servizi. Attraverso l'apporto del metodo comparato, l'autrice analizza punti di forza e potenziali rischi di tale uso, mostrando i plurimi approcci giuridici che oggi coesistono in tale ambito, per chiudere poi con delle riflessioni più ampie sulle sfide giuridiche e non solo, che riguardano il mondo del lavoro.

Il contributo di Tommaso De Mari Casareto dal Verme spicca per la capacità di interrogare le categorie del diritto civile tramite conoscenze di matrice interdisciplinare, interrogandosi sull'autonomia contrattuale alla luce dello sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale. Nello specifico il saggio mostra come, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche circa il funzionamento dei processi decisionali e l'uso di tecnologie come quelle di sentiment analysis nell'ambito del marketing, sia necessario abbandonare la visione meramente razionale della parte contrattuale adottata dal Codice civile, per approdare ad approcci più attuali, come quello del diritto europeo in relazione ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

Ilaria Ongaro è invece autrice di un saggio in cui si approfondisce l'evoluzione del diritto di cronaca giudiziaria, con particolare riferimen-

to a un caso studio utilizzato dall'autrice per mostrare i principali nodi evolutivi della questione. Alla luce delle nuove tecnologie digitali, l'autrice analizza il complesso rapporto tra amministrazione della giustizia e mezzi di informazione, con particolare riferimento alla fase delle indagini preliminari in relazione ai fatti criminosi, mostrando questioni aperte ed evidenziando le principali aporie createsi.

I due contributi rimanenti, quello di Marco Gjomarkaj e Federica Foti, si muovono fuori dal prisma delle tecnologie digitali, per interrogare tuttavia questioni non meno attuali e rilevanti.

Il contributo di Marco Gjomarkaj approfondisce il tema delle transizioni nel diritto agroalimentare, soffermandosi in particolare su tutti quei mutamenti di principio (c.d. *transizioni immateriali*) che a partire dal diritto dell'Unione europea penetrano negli Stati membri, fino a coinvolgere la sfera giuridico-personale dei consumatori. In particolare, il riferimento è quello relativo all'inserimento di valori come la tutela ambientale, della biodiversità, degli ecosistemi, del benessere degli animali e dello sviluppo sostenibile, qualificati ora come fondamentali. Il saggio, dunque, approfondisce il tema dei mutamenti del comparto agroalimentare europeo apportati dai temi dell'innovazione verso la sostenibilità, definiti come prioritari dal *New Green Deal* e della PAC 2023/27.

Non da ultimo il tema delle transizioni è declinato nel contesto istituzionale nel contributo di Federica Foti, che ricostruisce le vicende relative ai mutamenti che investono ormai da più di un ventennio le Regioni ordinarie italiane. Il contributo traccia le origini e le principali tappe che, a partire dalla revisione integrale del Titolo V della II Parte della Costituzione del 2001, hanno avviato una transizione ancora in atto, verso una strutturazione del sistema di decentramento istituzionale in direzione maggiormente asimmetrica sul piano funzionale, ancora incompiuta e incerta.

Dal ricco panorama delineato da tali contributi, nella necessità di fornire un quadro introduttivo che potesse abbracciare la varietà dei temi e delle discipline, è stato possibile ricavare due spunti di riflessione che costituiscono, ad avviso di chi scrive, il filo rosso di tutte queste trattazioni. Nella difficoltà di definire in maniera univoca cosa possa essere la transizione e che significato possa avere per le scienze giuridi-

ca, da tali contributi è possibile tuttavia ricavare alcune considerazioni. In particolare, queste constatazioni riguardano l'idea di transizione come movimento e si articolano attorno all'idea che questa non possa essere descritta come una traiettoria definita, che parte dal punto A per approdare al punto B; come allo stesso tempo non sia neanche concepibile come un movimento lineare, sempre e necessariamente proiettato verso l'avanzamento.

2. La transizione come movimento dagli incerti approdi

Con riguardo al primo punto, si osservi come spesso nella transizione in ambito giuridico il punto di partenza A, sia noto, ma in misura speculare sia impossibile definire esattamente quale sarà il punto di approdo di tale transizione. La difficoltà di delineare in maniera netta il punto "B" è legata all'impossibilità di cogliere nel mutamento, l'esatto dove di questo transizionare.

Questo accade per i più disparati motivi, la difficoltà per esempio nel cogliere pienamente una sensibilità sociale che muta, l'impossibilità di seguire la rapida evoluzione tecnologica, la complessità di apportare cambiamenti all'interno di cornici istituzionali. O ancora, per esempio, una difficoltà a trovare una sintesi efficace di posizioni e interessi. Questa transizione verso approdi incerti emerge in maniera molto chiara, per esempio, da diversi contributi come in quelli di Ongaro, De Mari Casareto Dal Verme e anche Baratto e Tomasini.

L'approdo incerto della transizione ci ricorda come il diritto sia nel fenomeno sociale e sia esso stesso fenomeno sociale¹, non elemento statico, ma elemento relazionale, strumento in mutamento perpetuo. Il diritto è dialogo con le istanze dei movimenti sociali, con la contemporaneità, con le nuove tecnologie. Un esempio che pare interessante, in tal senso è quello relativo alle vicende giuridiche della l. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Una transizione non è tale solo se annunciata e questa legge, che ha ormai compiuto vent'anni, è stata

¹ C. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Napoli, 2004.

oggetto – proprio per la necessità di dialogo con il tessuto sociale e i paradigmi scientifici – di un mutamento che ad oggi non si è arrestato e che ha esiti incerti². Come noto a molte, la legge, ha mutato incessantemente e profondamente il suo assetto per via delle numerose pronunce costituzionali che l’hanno riguardata³. Ad oggi ancora, tuttavia, rimangono numerose questioni aperte, fra cui quelle relative all’uso degli embrioni sovrannumerari⁴, ai requisiti soggettivi per l’accesso a tali tecnologie⁵, il ritiro del consenso di una delle parti⁶ e la fecondazione *post-mortem*⁷, che mostrano come si spieghino dinnanzi a questa legge scenari incerti e imprevedibili. A fronte della consapevolezza di una

² Si veda G. D’AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, 2017, 32 ss. In particolare, sull’aspetto relativo al dialogo/scontro fra legge n. 40/2004 si veda S. PENASA, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 179-199.

³ Le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale che hanno riguardato la legge sono le seguenti: C. cost., 8 maggio 2009, n. 151; C. cost., 9 aprile 2014, n. 162; C. cost., 28 maggio 2015, n. 95; C. cost., 21 ottobre 2015, n. 229.

⁴ Con sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale dichiarava l’inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca.

⁵ Con sentenza n. 221 del 2019 la Corte costituzionale rigettava la questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 1, commi 1 e 2, 2, 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10 della legge n. 40/2004 che vietano l’accesso alla procreazione medicalmente assistita (eterologa) alle coppie formate da donne.

⁶ Con sentenza n. 161 del 2023 la Corte costituzionale dichiarava l’infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Roma circa la irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’ovulo.

⁷ La questione relativa alla possibilità di procedere all’impianto dell’embrione dopo la morte del partner/coniuge insieme a quella relativa all’impossibilità di ritirare il consenso dopo la fecondazione dell’ovulo sono state disciplinate dalle ultime linee guida in materia di PMA del Ministero della salute (Ministero della Salute, Decreto 20 marzo 2024). In linea con la giurisprudenza costituzionale già citata nonché con quella della Cassazione, si stabilisce che dopo la fecondazione dell’ovulo, il consenso alla PMA non può essere revocato e la donna può richiedere l’impianto dell’embrione anche se il partner sia deceduto o anche se sia cessato il rapporto di coppia.

transizione giuridica che esalta l'elemento intenzionale e la responsabilità assunta, in luogo del mero fattore biologico, la transizione innescata dall'uso di queste tecnologie e dalla regolamentazione delle stesse ha esiti incerti.

3. *La transizione come movimento non lineare*

Se la transizione in ambito giuridico non può essere definita quindi, ad avviso di chi scrive, come un passaggio da un punto A a un punto B, non può neanche essere descritta come un processo lineare.

Testimone di come appunto la transizione non possa essere immaginata come un incedere incontrovertibile verso un punto che, come abbiamo già detto, non può essere neanche definito in maniera aprioristica è per esempio l'intervento di Federica Foti sul regionalismo che mostra proprio questo la non linearità del mutamento.

La transizione, quindi, è spesso un processo caratterizzato da movimenti irregolari, veloci progressi, lunghi momenti di immobilismo, talvolta anche balzi indietro. A proposito di ciò, se si guarda in particolare al rapporto fra le istanze sociali e il diritto, si può fare riferimento al concetto che, nell'ambito delle scienze sociali, viene denominato *backlash*⁸.

Un fenomeno, quello di contro-reazione rispetto all'avanzamento di determinate istanze sociali, che non è estraneo alla sfera giuridica. A titolo emblematico si pensi alle vicende che a livello globale rimettono in discussione l'approccio affermatosi in molte democrazie costituzionali rispetto all'interruzione volontarie di gravidanza. Tale rimessa in discussione della configurazione del diritto all'interruzione di gravidanza⁹ tocca trasversalmente diversi paesi, emblematici nel contesto europeo la Polonia e l'Ungheria.

⁸ S. FALUDI, *Backlash: The Undeclared War Against American Women*, New York, 1991.

⁹ Si assiste contestualmente invece a maggiori spinte innovative in senso liberale nei paesi dell'America latina, come per esempio l'Argentina che ha approvato una legge nel 2022 o il Messico in cui l'aborto è stato decriminalizzato in conseguenza della

Pare opportuno citare in questa sede l'*overruling* di *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁰, che con la sua matrice argomentativa originalista, mostra come i mutamenti che investono il diritto non abbiano necessariamente un carattere progressivo, ma prettamente irregolare.

4. Alcune riflessioni conclusive

La transizione apparirebbe dunque come un movimento non lineare dagli approdi incerti, ma questa è sempre tuttavia – come appare trasversale a tutti gli interventi di questa sezione – messa in discussione dello *status quo*. Dalla necessità di mettere in discussione la tenuta delle categorie giuridiche tradizionali e talvolta persino le architetture fondanti del diritto sono impegnati tutti i contributi e questa è oggi una riflessione trasversale a tutti gli ambiti delle scienze giuridiche. A titolo meramente esemplificativo, come già fatto per i precedenti paragrafi, si pensi allo sforzo del diritto per ripensarsi fuori dalle categorie binarie

pronuncia della Corte Suprema (Amparo en Revisión n. 267/2023). Nel contesto europeo, si veda il caso francese in cui il 4 marzo 2024, il Congrès du Parlement francese ha approvato una legge costituzionale che prevede l'inserimento all'art. 34 della Costituzione una menzione esplicita alla "libertà garantita alla donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza".

¹⁰ Il riferimento è al caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. 215 (2022). Fra i molti commenti della dottrina rispetto a quanto in questo scritto vuole mettersi in luce si veda G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 165-178; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, 659-673; P. VERONESI, "Un affare non solo di donne": la sentenza *Dobbs v. Jackson* (2022) e la Costituzione "pietrificata", in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2023; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 87-103.

del genere, su cui l'ordine socio-giuridico si è per molti secoli costituito, alla luce delle esperienze di persone intersex e non binarie¹¹.

Nel leggere, dunque, la transizione come messa in discussione dello *status quo*, sembra opportuno ricordare a un auspicio formulato dal giurista Stefano Rodotà nel libro *Diritto d'amore*¹². L'invito era quello di superare la frigidità del diritto, ricordare come questo sia un mezzo, uno strumento e non il fine in sé. La transizione dunque potremmo forse immaginarla nelle fragili democrazie costituzionali contemporanee come un anelito del diritto a farsi sempre di più strumento di realizzazione del singolo nella collettività, un mezzo di perseguimento dell'uguaglianza sostanziale, capace di leggere e scavare profondamente nei meccanismi sociali di produzione delle disuguaglianze; un mezzo per la piena garanzia di tutte le sfumature che i diritti fondamentali, come delineati nelle Costituzioni, saranno capaci di esprimere nel mutare di una sensibilità sociale che forse oggi non siamo neanche ancora in grado di cogliere o persino di immaginare. Una transizione giuridica che, citando la nostra Corte costituzionale, possa esprimere proprio quella civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie anomale¹³.

¹¹ Il nostro ordinamento stesso, come già accaduto per esempio in Austria e Germania, è stato investito da una questione di costituzionalità riguardante il binarismo di genere nelle registrazioni di stato civile, su cui la Corte costituzionale italiana sarà chiamata a pronunciarsi a giugno del 2024. Si veda Ordinanza n. 11 del 12 gennaio 2024 del Tribunale di Bolzano, disponibile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/02/14/24C00015/s1>.

¹² S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, 2015.

¹³ C. cost., 5 novembre 2015, n. 221.

DIRITTO IN TRANSIZIONE E GIUSTIZIA INTERGENERAZIONALE: LA RETORICA DEL DIRITTO ‘FRA-NOI’

Serena Tomasi

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Sulla struttura della transizione. 3. La relazione tra presente e futuro dal punto di vista narrativo. 4. La retorica della transizione. 5. Per una giustizia discorsiva. 6. La retorica del diritto “fra-noi”.

1. Introduzione

La questione riguardante il tempo della transizione e il rapporto con culture giuridiche di innovazione si presenta come un compito improcrastinabile: temi come il cambiamento climatico, la sostenibilità ambientale, l’uso dell’A.I. per sostenere la transizione, l’adeguatezza dei processi educativi, la conservazione culturale, animano un dibattito complesso che interessa sia gli ambiti scientifici-disciplinari, sia i settori professionali, sia la quotidianità nell’esperienza comune.

Questo contributo si inserisce nella traiettoria della riflessione filosofico-giuridica impegnata a indagare non solo gli aspetti giuridici sostanziali della transizione, ma come tali transizioni investano il diritto *ex se* (come disciplina) e il giurista (come ruolo). A nostro avviso, può emergere un apporto teorico promettente all’interno dello studio sullo statuto del diritto nell’epoca vigente delle transizioni a partire da una prospettiva retorica. Il nucleo fondamentale dell’analisi che intendiamo presentare consiste in un’impostazione alternativa al tema di studio, incentrata sulla retorica, come una facoltà e come pratica, che trova – come vedremo – la sua giustificazione in un appello all’alterità.

Al fine di poter mostrare in che modo l’approccio retorico si innesta all’interno del dibattito sul diritto in transizione e quali possano essere i risvolti teorici decisivi, scandirò il mio intervento per tappe, volte a

evidenziare i nodi concettuali e a tracciare un percorso di ragionamento attorno alle domande: come la “transizione” incide sul diritto e sul ruolo del giurista?

In primo luogo, cercherò di introdurre la nozione teorica di transizione e di coglierne gli elementi strutturali: riflettere sul significato di transizione implica porre a tema i confini (spaziali e temporali) e determinare quali soggetti e argomenti siano interessati. Questa operazione ci porterà a evidenziare i punti critici della nozione e le principali obiezioni: di quale diritto ‘in transizione’ ci occupiamo? Il diritto si deve occupare del presente o del futuro? Ebbene, essendo il futuro un tempo astratto e – più o meno – lontano, in quali termini può avere rilevanza giuridica? Questi interrogativi, rivolti a un discorso direttamente giuridico, ci riportano alla questione portante concernente gli obblighi di responsabilità tra generazioni e l’incidenza di una riflessione etica e antropologica di base. Per approfondire questa parte del discorso sulla relazione giuridica tra presente e futuro, mi rivolgerò soprattutto alla proposta teorica di etica intergenerazionale operata da Ferdinando Menga per il quale l’appello che viene dal futuro e che le transizioni esprimono con urgenza è, più concretamente, un invito ad agire *ad alterum*, ad avere non solo uno sguardo temporalmente più ampio, ma a riscoprire, qui e ora, il fondamento relazionale del diritto. La visione del diritto in transizione fa emergere nuove sfaccettature della dialettica tra diritti/doveri e, più profondamente, l’urgenza di riscoprire, al fondamento della nostra cultura giuridica, le relazioni tra persone. Il principale obiettivo che assumiamo è di mostrare che sarebbe un errore trascurare la risorsa linguistica: riflettere sul diritto che cambia per rispondere alla sfida delle transizioni significa riflettere sulle narrazioni del diritto che si possono costruire. Nell’ultimo paragrafo si cercherà, dunque, di delineare, nel particolare, il ruolo della retorica nel diritto nell’epoca delle transizioni.

2. Sulla struttura della transizione

Diritto “in transizione” è una formula che evidenzia un passaggio da uno stato a un altro, rappresentando al contempo un’evoluzione in atto.

Nell'analisi di Pietro Costa¹, il termine transizione è un termine passe-partout che assume una specifica valenza meta-storiografica, potendo essere impiegato in oggetto a diversi fenomeni, con lo scopo di mettere a fuoco processi di mutamento. L'uso di questo termine varrebbe come marcatore di senso, segnalando l'esigenza di individuare una «sintassi del cambiamento, quanto meno di sollecitare l'attenzione sugli elementi che ne permettano la tematizzazione e la narrazione»², quasi a dire che

questo passaggio non è un passaggio qualsiasi – una tranches temporale eguale a ogni altra nel continuo fluire dell'esperienza – ma richiede un surplus di attenzione: richiede una più adeguata diagnosi del punto di partenza e del punto di arrivo, non meno che una tematizzazione degli snodi e degli elementi di contraddizione di cui la “transizione” si compone³.

Questo schema della transizione può valere come modello per elaborare una rappresentazione della realtà e implica un lessico e una sintassi, cioè un termine *a quo*, un termine *ad quem* e il passaggio dall'uno all'altro.

Guardare alla transizione come schema narrativo ha il pregio di farci riflettere sul fatto che il passaggio non è semplicemente un transito da un momento all'altro, in un'accezione di temporalità neutrale e impersonale; la transizione è una rappresentazione che noi facciamo del tempo, nel passaggio tra presente e futuro e implica il coinvolgimento delle persone, o meglio delle generazioni. Considerare la narrazione sulla transizione è un modo per prendere in considerazione l'umanità di questo transito e, così, soffermarsi su un'accezione di tempo non tecnico-meccanico ma, facendo proprio l'insegnamento di Emmanuel Lévinas, «etico»⁴:

¹ P. COSTA, *La “transizione”: uno strumento metastoriografico?*, in *Diacronia*, 1, 2019, 13-41, 13.

² *Ibidem*, 14.

³ *Ibidem*, 2.

⁴ E. LÉVINAS, *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Paris, 1991 (tr. it. *Tra noi. Saggi sul pensare all'altro*, Milano, 1998), 159.

la nozione di tempo etico indica espressamente il fatto che il tempo non è anzitutto un tempo neutro, anonimo, impersonale, il tempo di un essere solitario. [...] Si tratta, insomma, di un tempo che, a differenza di quello della tecnica – involucro vuoto e indifferente, indistinto e infinitamente presente, di cui disponiamo ed entro il quale ci installiamo per realizzare i nostri progetti –, è già sempre indisponibile e preñado di una significanza etica⁵.

La transizione non è, quindi, una categoria formale e astratta da riempire con un contenuto oggettivo ma, trattandosi di una narrazione sul tempo, partecipata dagli uomini, consiste di un'accezione del tempo diversa, che è connotata dalla relazione con l'altro.

A essere in gioco è una questione centrale: la “transizione” non è qualcosa che sta lì, di fronte a noi, oggettiva, che va semplicemente colta per essere trasmessa agli altri; la transizione non ha un contenuto supposto oggettivo ed esterno da noi, poiché ci include ed è una narrazione elaborata da *noi* per *noi*.

L'immagine della transizione come fenomeno oggettivo e misurabile è fuorviante perché lascia intendere che ci sia un contenuto indifferente al modo in cui viene espresso: non viene con ciò negata una realtà indipendente da noi, ma ne viene discussa la complessità, essendovi in gioco anche questioni etiche. L'esistenza di transizioni è, cioè, un fatto molto più complesso di casi come “fuori piove” per il quale è sufficiente aprire la finestra e vedere se effettivamente fuori stia piovendo⁶: sce-

⁵ F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021, 10. Al tema dei diritti delle generazioni future e della giustizia intergenerazionale, l'Autore ha dedicato numerosi scritti, tra cui segnaliamo: L'amore per i lontani e i futuri. Dalla misura della giustizia alla (dis-)misura della misericordia, in *Endoxa – Prospettive sul presente*, 2016, 4, 71-81; Responsabilità e trascendenza: sul carattere eccentrico della giustizia intergenerazionale, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Napoli, 2017, 197-214.

⁶ Sul rapporto verità/realtà e, segnatamente, sul conflitto tra il modo in cui pensiamo la verità e il modo in cui pensiamo la conoscenza, richiamiamo gli studi di Franca D'Agostini. Generalmente, osserva la filosofa, usiamo la parola vero per indicare che così stanno le cose; rispetto a questo concetto di verità ricorrono però due problemi: in primo, conosciamo *non* le cose come stanno, ma quel che *ci* risulta delle cose (fenomenismo); in secondo luogo, ancorché ciò che non è vero dovrebbe essere falso, spesso

gliere di definire in un certo modo il termine *a quo* o *ad quem* non è solo un modo di veicolare o trasmettere un contenuto in modo diverso, ma significa disegnare e imporre un preciso punto di vista.

Sulla base di questa visione, l'espressione "transizione" va calata nel contesto della dinamica narrativa del confronto intergenerazionale: non è affatto un totem, ma si determinerà nelle pieghe di un pensiero necessariamente intersoggettivo, di un io che si pensa, qui e ora, esposto al futuro.

3. *La relazione tra presente e futuro dal punto di vista narrativo*

Abbiamo costruito la nostra prima premessa per la quale "transizione" è uno schema narrativo, dinamico e polivalente, nella misura in cui riflette la dimensione c.d. *etica* del tempo. Ciò ci conduce, ora, a guardare alla transizione in una prospettiva linguistica e in un'ottica intersoggettiva.

Sono, teoricamente, possibili diverse elaborazioni della "transizione" dal presente al futuro:

- a) Futuro come narrazione immaginaria, prodotta dal soggetto presente, di un tempo remoto e altro rispetto a quello vivente;
- b) Futuro come narrazione immaginaria, prodotta dal soggetto presente, di un tempo non lontano che raccoglie i frutti delle decisioni elaborate nel presente;
- c) Futuro come narrazione del presente, prodotta dal soggetto presente, che coglie «l'alterità che irrompe e precipita già nel presente, contaminandolo nella sua più intima tessitura»⁷.

Di queste possibili narrazioni, secondo il filosofo del diritto Ferdinando Menga, solo l'ultima opzione narrativa permetterebbe di «creare giustizia»⁸, in quanto l'unica capace di cogliere una visione del noi, di comunità, che non si compatta nel tempo del presente e del futuro, ma

non possiamo dire che un enunciato sia vero né che sia falso. Così, F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Milano, 2010.

⁷ F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, cit., 28.

⁸ *Ibidem*, 28.

che si riscopre nel presente interpellata da esigenze transgenerazionali. Le altre forme narrative (sub a e b), che sono rappresentate tipicamente dalle teorie contrattualistiche e utilitaristiche, avrebbero il difetto di spingere all'eccesso i caratteri critici di questa relazione tra temporalità, o meglio, tra uomini di tempi diversi. Scrive Menga:

la situazione in cui si imbatte un soggetto genuinamente interpellato è quella di trovarsi immancabilmente investito da una richiesta che gli giunge da un altro tempo rispetto al suo presente (diacronia), da un altro luogo rispetto al suo luogo (atopia) e da una sollecitazione inevitabile, antecedente a qualsivoglia possibilità di previsione, elusione o anche propiziazione (asimmetria)⁹.

In particolare, la narrazione sub a) esaspera l'asimmetria della relazione opponendo due forme di temporalità, il presente e il futuro, come entità incomunicanti, al punto che l'unica elaborazione possibile sul futuro è una sua rappresentazione immaginaria. Questa linea argomentativa è quella tipica del contrattualismo che, segnato dal primato del presente, esclude le generazioni future nel contratto regolativo per il futuro poiché non esistenti e, come tali, impossibilitate a partecipare alla negoziazione di diritti e responsabilità. In quest'ottica, la cura per le generazioni future, non potendo derivare da un contratto, sarebbe possibile solo come un'intuizione morale.

La narrazione sub b) attenua la configurazione della alterità temporale ricostruendo il futuro come una forma di proiezione del presente ovvero come un presente che si allunga al futuro: questa prospettiva, propria per esempio dell'utilitarismo, dal punto di vista argomentativo, è anch'essa viziata dal primato del presente. Posto, infatti, che il futuro non è determinato, ciò che esso sia o ciò che possa essere utile/nocivo per il futuro potrebbe essere determinato solo nel presente e a partire dal presente. Inoltre, questo tipo di narrazione, per quanto si faccia carico delle generazioni future, accoglie un concetto di posterità limitato

⁹ F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2016, 100-101.

alle generazioni più prossime, restringendone l'estensione a una composizione più ristretta, a quella conoscibile a partire da e nel presente.

Le elaborazioni sub a) e b) fanno ricorso a un registro di pensiero che tende a dividere e polarizzare idee e argomenti con l'effetto di, anziché cercare di comprendere le differenze e le sfide, rafforzare le convinzioni preesistenti, contribuendo a una logica che esemplifica le generazioni presenti e future in gruppi, quello del 'noi' distinto da quello del 'loro'.

La narrazione sub c) genera, invece, una riconfigurazione della relazione intergenerazionale come interpersonale: il soggetto, che vive qui e ora e che è impegnato ad affrontare le sfide della transizione, non è chiamato a trascendere la sua epoca e a orientarsi nel futuro, ma a vivere concretamente il suo presente cogliendo l'appello che sopraggiunge dal futuro.

L'appello a una responsabilità *per* il futuro si origina non perché ci proiettiamo verso quest'ultimo a partire dal presente, ma perché è l'appello stesso a sopraggiungersi *dal* futuro, da una lontananza che già sempre ci ingiunge e si mostra irriducibile al dominio della presenza¹⁰.

Per radicare una relazione autenticamente intergenerazionale e superare logiche divisive, la narrazione della transizione non dovrebbe, quindi, essere incentrata sulla dialettica noi/loro poiché questa porterebbe inevitabilmente a enfatizzare lo iato tra le temporalità e ad amplificare la differenza tra le generazioni, attribuendo a quella presente il compito di compiere salti iperbolici verso le generazioni del futuro. L'impostazione di etica intergenerazionale proposta da Menga puntualizza quella che potrebbe, in un certo senso apparire, un'ovvietà:

qualunque cosa diciamo a proposito delle generazioni future siano noi a dirla, e non la diciamo ad altri che a noi stessi, qui, oggi. Le diremo anche ad altri – alle generazioni successive alla nostra, ad esempio, che

¹⁰ *Ibidem*, 117.

dovranno affrontare lo stesso problema – se, e nella misura in cui, l'avremo detto a noi nel nostro presente¹¹.

Il nucleo della proposta teorica di Menga, come apprezzato nella recensione del testo da Tommaso Greco, è quella di prendere le distanze dall'etica noi/loro, riconoscendo che ogni appello alla responsabilità per il futuro, è «un appello rivolto a *noi*, con cui *noi* dobbiamo fare i conti, e al quale *noi* dobbiamo dare una risposta»¹².

4. La retorica della transizione

Il ragionamento sull'etica intergenerazionale, che abbiamo ricostruito facendo riferimento ai lavori di Ferdinando Menga, ci ha condotto a elaborare la relazione etico-giuridica tra presente-futuro nella sua forma più semplice e, come appunta Greco, l'unica che gli uomini hanno realisticamente a disposizione: una relazione tra noi, che ci obbliga oggi, qui e ora, ad affrontare temi che ci riguardano, per il futuro. La portata di questa evenienza, che concerne il tema della giustizia intergenerazionale, risulta, a nostro avviso, più chiara se rivista alla luce del triangolo retorico.

Il riferimento è allo schema ricavato dal noto passaggio contenuto nel terzo capitolo del primo libro della *Retorica* di Aristotele (Rhet. 1358a 37-b1)¹³: colui che parla, ciò di cui si parla e colui a cui si parla

¹¹ Nella rilettura di T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica&Politica*, XX, 2018, 1, 249-264, 254.

¹² *Ibidem*, 254.

¹³ Il riferimento è, segnatamente, all'interpretazione del modello retorico sostenuta da Lo Piparo e Piazza per i quali lo schema della comunicazione retorica non si esaurisce nell'interpretazione del linguaggio come veicolo di un messaggio, trasmesso da mittente a destinatario: secondo i filosofi del linguaggio parlermitani il *logos* è da intendersi non come un oggetto indipendente, bensì come il risultato della relazione tra gli elementi che lo costituiscono. Così F. PIAZZA, *Retorica vivente. Un approccio retorico alla filosofia del linguaggio*, in *RIFL*, 2015, 1, 232-250. Per un approfondimento sul filone della retorica neoaristotelica: EAD., *Il corpo della persuasione. L'entimema nella retorica greca*, Palermo, 2000; EAD., *Linguaggio, persuasione e verità. La retori-*

sono tutti elementi del discorso, nella misura in cui ciascuno di essi concorre alla costituzione del discorso. La metafora del triangolo esprime la necessità di questa relazione che, senza la concorrenza di tutti tre gli elementi, non avrebbe esistenza reale. Dal punto di vista retorico, nella rilettura proposta da Lo Piparo e Piazza, che qui viene assunta a fondamento della prospettiva retorica come filosofia, il processo discorsivo non è lineare e non considera il parlante come punto di partenza e l'ascoltatore come un punto di arrivo. L'ascoltatore non è, cioè, un destinatario passivo ma, anzi, il vero attore protagonista: «il pensiero retorico rende evidente il fatto che parlare è sempre (e non solo, dunque, nelle aule di tribunale o nelle assemblee) parlare a qualcuno, anche quando questo qualcuno coincide con il parlante»¹⁴.

Pensare il discorso in modo retorico conduce a mettere in evidenza colui a cui si parla come ciò che sta al principio di ogni processo di significazione.

Riprendendo retoricamente il ragionamento sviluppato nel paragrafo precedente, gli elementi costitutivi della narrazione sulla transizione possono essere così ricostruiti:

- *Parlante*: siamo noi, nel nostro presente, qui e ora;
- *Ascoltatore-interlocutore*: siamo sempre noi, qui e ora. Come osserva efficacemente Greco:

qualunque cosa diciamo a proposito delle generazioni future siamo noi a dirla e non la diciamo ad altri e a noi stessi, qui oggi. Le diremo anche ad altri – alle generazioni successive alla nostra, ad esempio, che dovranno affrontare lo stesso problema – se, e nella misura in cui, l'avremo detto a noi nel nostro presente¹⁵.

ca nel Novecento, Roma, 2004; EAD., *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008; F. LO PIPARO, *Aristotele e il linguaggio. Cosa fa di una lingua una lingua*, Roma-Bari, 2003; ID., *Prefazione*, in S. BONFIGLIOLI, C. MARMO (a cura di), *Retorica e scienze del linguaggio. Teorie e pratiche dell'argomentazione e della persuasione*, Roma, 2005, IX-X; M. SERRA, *Vedere l'invisibile: modelli di conoscenza e forme della ragione nella Grecia antica*, in *Bollettino Filosofico*, 20, 2004, 111-125.

¹⁴ F. PIAZZA, *Retorica vivente*, cit., 238.

¹⁵ *Loc. ult. cit.*, 254.

- *Oggetto*: un futuro «che non si aggiunge al presente, come un qualcosa che segue all'oggi, ma che si attua insieme all'oggi e nell'oggi»¹⁶; un futuro anteriore, come lo definisce Menga, poiché ci raggiunge nel presente come una «forma di ingiunzione»¹⁷.

L'analisi retorica ci permette di porre in rilievo che la questione della transizione è attuale e che riguarda noi stessi, oggi, quali uomini del presente. Quindi, affinché la narrazione sulle transizioni non degeneri in discorsi iperbolici/irrealistici o persino divisivi tra generazioni, dovrebbe concentrarsi sul 'noi'-destinatari sino a pensare, come propone Greco, «i nostri doveri attuali come un qualcosa che dobbiamo ad altri»¹⁸, recuperando la relazione che c'è “fra noi”.

5. *Per una giustizia discorsiva*

Nella richiamata prospettiva retorica, le parole non sono solo mezzi di comunicazione, ma sono pratiche linguistiche complesse che hanno un impatto concreto sul mondo circostante e sulle relazioni tra le persone. Quando parliamo, stiamo effettivamente creando o modellando la realtà attraverso le parole. Lungi da una visione neutrale del linguaggio ovvero da processi di idealizzazione della comunicazione, la retorica ci insegna che il linguaggio è usato da soggetti in carne e ossa, che le pratiche linguistiche sono strettamente connesse alle pratiche sociali perché contribuiscono a compiere azioni. Fare le cose con le parole, per usare il titolo di un volume di Austin¹⁹, riflette la dimensione performa-

¹⁶ *Loc. ult. cit.*, 254.

¹⁷ F.G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, cit., 107.

¹⁸ T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, cit., 261. Sul tema delle relazioni giuridiche e sul ritorno dei doveri in connubio ai diritti, v. ID., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma, 2022.

¹⁹ Sui rapporti tra retorica e pragmatica, v. C. BAZZANELLA, *Linguistica e pragmatica del linguaggio. Un'introduzione*, Roma, 2005; C. BIANCHI, *Pragmatica del linguaggio*, Roma, 2003; C. CAFFI, *Sei lezioni di pragmatica linguistica*, Genova, 2002; F. VENIER, *Il potere del discorso. Retorica e pragmatica linguistica*, Roma, 2009.

tiva del linguaggio come strumento di azione²⁰. L'attenzione al linguaggio viene per lo più intesa come una questione di dettaglio, di mezzi di presentazione e mero stile: il significato del triangolo retorico è, invece, tutt'altro che superficiale, ed essenzialmente etico, mostrandoci che non solo siamo responsabili delle nostre parole, ma anche delle parole degli altri, sia nel bene sia nel male.

Può accadere che le parole producano forme di ingiustizia discorsiva e partecipino di un fenomeno comunicativo complesso, per il quale «individui o gruppi di individui vengono posizionati su un'ingiusta scala sociale, e i loro comportamenti stigmatizzati o persino de-umanizzati»²¹.

L'ingiustizia discorsiva è quella che amplifica la dialettica tra le parti sino a esprimere forme di odio «alla prima persona plurale»²², polarizzandole in un conflitto che appare assoluto e irrisolvibile²³. Claudia Bianchi, nel suo recente studio sul lato oscuro, quello offensivo, delle parole, raccoglie due forme tipiche di ingiustizia discorsiva, che sono tali perché incidono sulla capacità dei soggetti di agire sul mondo con le parole: la distorsione illocutoria e la riduzione in silenzio. La prima fa riferimento ai casi in cui vengono attribuite a chi appartiene a un gruppo cose diverse da quelle che intendeva fare ovvero ai casi in cui viene amplificata la credibilità dell'altro gruppo; invece, la riduzione in silenzio, si realizza strategicamente ogniqualvolta le parole dell'altro gruppo, anziché essere distorte o indebolite, vengono annullate. Queste strategie discorsive producono l'effetto di tracciare o rafforzare la linea di demarcazione fra *in-group* e *out-group*, cioè tra chi è dentro e fuori dal gruppo, a costruire un “noi” e un “loro” e a marcare il gap tra “noi” e “l'altro da noi”.

²⁰ Sul neo-aristotelismo di Austin, rinviamo nel dettaglio alla critica di F. VENIER, *Il potere del discorso*, cit., 28-29.

²¹ C. BIANCHI, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma, 2021, 10.

²² D. MOSS, *On Hating in the First Person Plural*, in *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 2001, 49, 4, 1315-1334.

²³ Sui discorsi divisivi, v. anche S. DI PIAZZA, A. SPENA (a cura di), *Parole cattive: la libertà di espressione tra linguaggio, diritto e filosofia*, Macerata, 2022.

Il filone della retorica aristotelico è, come sopra accennato, profondamente pragmatico²⁴, spostando l'attenzione sulla costitutività, per il discorso stesso, della relazione tra io e l'altro: la catalogazione topico-retorica degli argomenti è, in particolare, volta a delineare l'orizzonte in cui possa inserirsi la relazione io-tu.

In quest'ottica la linea argomentativa della *Retorica* aristotelica attuata da Perelman nel *Trattato dell'Argomentazione*²⁵, assume che l'argomentazione, contrariamente alla dimostrazione, è personale e che muove sempre un accordo preliminare tra ascoltatore e pubblico, senza il quale nessun confronto sarebbe possibile, ma vi sarebbe spazio solo per lo scontro o il silenzio. Per la neo-retorica, si rende necessaria tra parlante e interlocutore una condivisione di opinioni e di valori che orientano la possibilità di argomentare e di ascoltare: questa parte del lavoro argomentativo del logico belga mette a fuoco la relazione tra io-tu e il rapporto fra noi che c'è al fondamento del confronto dialettico.

Il modello retorico e la sua pratica dovrebbero, perciò, costruire uno strumento prezioso per questa sfida posta dalle transizioni per costruire una narrazione autenticamente intergenerazionale: nell'idea che le narrazioni possono essere un mezzo di controllo delle crisi, l'esercizio delle funzioni discorsive consentirebbe, infatti, di sorvegliare le opposizioni identitarie e di rinnovare il linguaggio per descrivere i legami tra gruppi.

6. La retorica del diritto "fra-noi"

È il momento di mostrare il valore d'uso di questo contributo e di unire le conclusioni di ogni sezione di questo percorso per poter rispondere alla domanda iniziale: se e come le transizioni influenzano il diritto e il giurista.

²⁴ Sull'integrazione della pragmatica linguistica con la retorica, F. VENIER, *Il potere del discorso*, cit., spec. 77 ss.

²⁵ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958 (= *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, ed. it. a cura di N. BOBBIO, Torino, 1966).

Questa riflessione teorica sulla relazione strutturale della transizione ci appare necessaria e dovrebbe contribuire di rimando ad arricchire la pratica giuridica.

La società, inclusi i giuristi, si trovano a confrontarsi con nuove esigenze poste dai cambiamenti delle transizioni in atto. Le transizioni non sono, come abbiamo sostenuto, qualcosa di oggettivo e definito, ma ricostruzioni possibili degli stati della temporalità e dei mutamenti in atto. Quello delle transizioni è, cioè, uno schema narrativo che induce, in chiave retorica, a mettere alla prova le diverse possibili narrazioni e a controllare gli effetti prodotti dalle possibili rappresentazioni sulla società e sul diritto.

Per il cittadino – e a maggior ragione per il giurista impegnato in attività regolative – è urgente esercitare una ragione retorica volta a cogliere il tempo che abbiamo chiamato ‘etico’ della transizione, ovvero, in termini concreti, a definire i limiti della relazione tra presente e futuro, umanizzandola.

Questa istanza di umanizzazione del diritto nelle transizioni, sulla base di quanto sinora discusso, può essere spiegata in diversi modi che, senza pretesa di esaustività, ma per riepilogare gli argomenti avanzati, elenchiamo di seguito.

1. Mettere in discussione la polarizzazione tra presente e futuro, valorizzando la dimensione intersoggettiva della temporalità e le relazioni tra generazioni presenti e future, muovendo dalla constatazione – per quanto ovvia possa apparire – che qualsiasi discorso sulle transizioni e sulle sfide correlate è fatto, retoricamente, per noi, qui e ora.
2. Superare le logiche discorsive divisive “noi/loro” che alimentano argomentazioni oppostive radicalizzanti e incidono sulla realtà generando dinamiche in-group/out-group: l’attenzione al linguaggio ci induce a sorvegliare le strategie argomentative, soprattutto rispetto a fenomeni di ingiustizia discorsiva e a forme d’odio innescate da distorsioni o silenzi, per costruire narrazioni delle transizioni improntate a un’etica autenticamente intergenerazionale.
3. Valorizzare la dimensione relazionale del ‘noi’ con azioni basate sulla fiducia, che permettono la costruzione di alleanze. «Fiducia sostantivo plurale» è il titolo della più recente pubblicazione di Sorgi e

Bertè che, interrogandosi sulla fiducia nel futuro, osservano che le comunicazioni sul futuro prospettato nell'epoca delle transizioni sono costellate da formule come "salviamo il pianeta", declinando, di fatto, il futuro come l'«extra noi», un «estraneo, uno sconosciuto che chiede favori»²⁶. Per ristabilire la connessione con il futuro, secondo il politologo e la sociologa, la chiave è nel dare concretezza a un futuro altrimenti impalpabile, «puntando sulla ricostruzione della fiducia nel futuro, nelle proprie capacità di affrontarlo e di farlo con accanto persone affidabili»²⁷. In altri termini, l'educazione al futuro poggia sulla fiducia, cioè sulla creazione di rapporti di fiducia e di reciprocità, su una visione comunitaria che conduce a essere, già oggi – e per il domani – persone affidabili.

A pensarci bene, il futuro è il luogo in cui transitiamo costantemente debiti pubblici, rischi ambientali, tecnologici, economici. Lo facciamo senza rendercene conto, proprio perché quel futuro non lo vediamo e dunque sentiamo di poterne rubare dei pezzi poiché all'ingresso non c'è nessuno a presidiarlo²⁸.

La conclusione cui pervengono Sorgi e Bertè è che abbiamo bisogno di fiducia reciproca nei rapporti interpersonali: per essere, quindi, pronti a gestire i cambiamenti del futuro avremo bisogno di essere preparati alle novità, aiutandoci come cittadini a comprendere la portata, per esempio, delle infrastrutture digitali e le dinamiche di questi nuovi mondi.

Meritare la fiducia, curarla e conservarla è una questione di educazione, che deve essere orientata alla cura dell'altro: come ha scritto il politologo Eric Uslaner, la fiducia è «la zuppa di pollo della vita sociale»²⁹ e risulta essere lo strumento per una società civica, anche nelle transizioni. Solo concedendo fiducia possiamo stimolare nella contro-

²⁶ S. SORGI, F. BERTÈ, *Fiducia sostantivo plurale. Meritarla, curarla, conservarla*, Milano, 2022, 131.

²⁷ *Ibidem*, 132.

²⁸ *Ibidem*, 137.

²⁹ E.M. USLANER, *Producing and Consuming Trust*, in *Politic Science Quarterly*, 115, 4, Winter, 2000-2001, 569-590.

parte l'assunzione di responsabilità e, viceversa, partecipare a una situazione di affidamento reciproco.

1. In questa catena di riflessioni, che da ultimo hanno fatto riferimento al modello educativo, emerge l'istanza di prendere sul serio la proposta di educazione umanistica, rilanciata da studiosi autorevoli come Martha Nussbaum, che difende le scienze umane e l'importanza di una formazione che tocchi gli ambiti dell'etica e dell'estetica³⁰. In questo contesto, la retorica, come parte del *Trivium*, da esercitarsi con grammatica e dialettica, impegna ciascuno a una coscienza critica e riflessiva dei legami sociali, mediante un uso responsabile delle parole. Emanuelle Danblon definisce efficacemente, a nostro avviso, il ruolo della retorica come «frontaliere»³¹: questo termine, focalizzando l'ambito di operatività lungo un confine – non solo spazio-temporale, ma concettuale – accentua la funzione della pratica della ragione retorica di collegamento rispetto a opinioni, prospettive e culture diverse. Scrive Danblon:

Lungi dall'essere superflua, essa è vitale per l'uomo. Ma non deve mai avere alcuna pretesa di sostituirsi a un ambito specifico. La retorica è di tutte le discipline, ma non ne rimpiazza nessuna. Se le correnti riduzioniste hanno voluto eliminarla, le correnti irrazionaliste hanno invece voluto imporla ovunque. Nessuna di queste due opzioni ha saputo vedere nella retorica la sua propria essenza: quella di essere un frontaliere tra differenti ambiti della ragione e dei saperi umani³².

2. Questa istanza di umanizzazione della società riguarda anche il diritto: autorevoli studiosi e giuristi rappresentano l'esigenza di «réhumaniser le droit»³³, di riportare la fiducia alle basi del diritto³⁴, di

³⁰ M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005; EAD., *Non per profitto: perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2011, 31-44.

³¹ E. DANBLON, *L'uomo retorico. Cultura, ragione, azione*, Milano-Udine, 2014, 157.

³² *Ibidem*, 158.

³³ M. COUDRAIS, *Réhumaniser le droit*, Paris, 2023.

³⁴ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit.

riorganizzare i rapporti, sia personali, sia politici, sia giuridici, nella prospettiva della «cura»³⁵.

Secondo Federico Puppo, la retorica si rivela ineludibile anche per il diritto e capace di tenere insieme le diverse dimensioni richiamate: antropologica, sociale e normativa³⁶. Nella speculazione aristotelica e nella dottrina dell'essere umano che vive e parla nella polis, emerge che

la condizione esistenziale originaria è quella di un parlare concreto che è sempre, assieme, un parlare ad altri e con altri e quindi simultaneamente anche un ascoltare: parlare e ascoltare non possono cioè che darsi cooriginariamente assieme³⁷.

La retorica è, per Puppo, alla fondazione dei legami giuridici perché «si prende cura della relazione che ne istanzia la sussistenza»³⁸: l'esigenza fondativa del diritto, espressa sin dai poemi omerici o nel giudizio delle *Eumenidi* è che ci si parli e ci si ascolti; questa attività, tipicamente retorica, è imprescindibile per la formazione del diritto, sia esso la decisione giudiziale o la deliberazione politica. Risolvere o prevenire le controversie richiede praticare la ragione retorica, cioè prendersi cura della relazione con l'altro in cui si sostanzia la nostra esistenza. Nel sistema retorico, osserva Puppo, la parola fondamentale è *fides* (*pistis*): la fiducia è, infatti, centrale nella dinamica della persuasione e, quindi, sul piano della costruzione dei legami giuridici.

Riteniamo che si sia delineato, a seguito di queste riflessioni, con più precisione, il tema dell'impegno retorico del giurista: abbiamo mostrato come nel rapporto con l'alterità (nelle varie forme di una persona, di una cultura, del futuro), la retorica giunga, infatti, ad agire sulla diffidenza e a introdurre la cura delle parole per l'altro come

³⁵ F.G. MENGA, *Cura. Le parole della filosofia*, Milano, 2023; T. GRECO, *Curare il mondo con Simone Weil*, Roma, 2023; F. DI DONATO, P. HERITIER (a cura di), *Humanities e cliniche legali. Diritto e metodologia umanistica*, TCRS, Milano-Udine, 2017.

³⁶ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2023.

³⁷ *Ibidem*, XVII.

³⁸ *Loc. ult. cit.*, XVIII.

un dispositivo protettivo delle incertezze che si insinuano in ogni passaggio verso l'ignoto.

LE REGIONI ORDINARIE
VERSO UNA STRUTTURAZIONE DEL SISTEMA
DI DECENTRAMENTO ISTITUZIONALE
IN DIREZIONE ASIMMETRICA:
UNA 'TRANSIZIONE' DA COMPLETARE

Federica Foti

SOMMARIO: 1. Alcuni rilievi preliminari sulla nozione di «transizione» e sul regionalismo ordinario italiano in perdurante «transizione». 2. Le Regioni ordinarie: da un modello di regionalismo vocato alla simmetria verso un modello tendente alla asimmetria nelle competenze. 2.1. La prevalente tendenza all'uniformità del sistema regionale italiano desumibile dalla Costituzione repubblicana e il carattere marginale della soluzione asimmetrica. 2.2. La «costituzionalizzazione» di un nuovo e ulteriore elemento di asimmetria funzionale: l'art. 116, co. 3, Cost. 3. Le soluzioni asimmetriche negli ordinamenti composti di Spagna, Belgio e Regno Unito. 4. Ancora sul dibattito accademico in ordine ai problemi teorici e applicativi della «clausola di asimmetria» e sugli infruttuosi tentativi della sua attuazione. 5. I contenuti del d.d.l. «Calderoli» sul «regionalismo asimmetrico» ex art. 116, co. 3, Cost. 5.1. Segue: i nodi problematici della disciplina del disegno di legge «Calderoli». 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Alcuni rilievi preliminari sulla nozione di «transizione» e sul regionalismo ordinario italiano in perdurante «transizione»

Nel momento storico che viviamo, la nozione di «transizione» è spesso impiegata nell'opinione pubblica, nel dibattito politico e accademico, nonché nel diritto positivo italiano, oltre che europeo. Specialmente negli ultimi anni, infatti, «transizione ambientale», «transizione ecologica», «transizione energetica», «transizione digitale» sono alcune delle espressioni cui sovente si ricorre nel nostro Paese (e non solo) per indicare quell'insieme di programmi, di piani e di regole, che, in virtù della loro capacità trasformativa e della loro connotazione prospettica verso il futuro, dovrebbero condurre da una già nota e presi-

stente a una nuova e diversa situazione di fatto, ingenerando, dunque, un cambiamento¹.

In effetti, sebbene l'eterogeneità delle «transizioni» e delle loro possibili connessioni, dovute alle differenti modalità, al momento e al contesto in cui esse possono realizzarsi, evidenzia il carattere ampio e confuso del concetto di «transizione» – come, del resto, sembrano confermare gli sforzi definitivi e classificatori della letteratura giuridica, specie costituzionalistica, che, anche in tempi più recenti, lo hanno interessato² – certo è che in tutte le molteplici «transizioni» possibili sono implicite una data e consolidata condizione di partenza e una situazione nuova cui si ambisce ad arrivare. D'altra parte, come nel linguaggio comune, ove la locuzione «transizione» indica un passaggio da una condizione o situazione già conosciuta a un'altra non (ancora) nota e/o, comunque, nuova e diversa, da un determinato modo di essere o di vita

¹ In generale, sull'impiego della nozione di «transizione» e, più in particolare, sulle «transizioni» in parola, attualmente in atto anche nel nostro Paese, fra i diversi contributi, si vedano, per tutti, A. COLOMBO, P. MAGRI, *La grande transizione*, Rapporto ISPI, 2022. Quanto, invece, al riferimento da parte del diritto positivo (anche europeo) al concetto di «transizione», si pensi, per esempio, al progetto «Next Generation EU», proposto dalla Commissione europea nel maggio del 2020, nel quale uno dei pilastri fondamentali è rappresentato dalla transizione ecologica e nel cui ambito, peraltro, si colloca il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), approvato dal Parlamento italiano il 27 aprile 2020, la cui Missione 2 s'intitola «Rivoluzione verde e transizione ecologica»; oppure alla precedente ridenominazione del vecchio Ministero dell'Ambiente in «Ministero della Transizione Ecologica» (MITE) e alla istituzione del «Comitato interministeriale per la Transizione Ecologica» (CITE), incaricato di assicurare il coordinamento delle politiche nazionali per la transizione ecologica e la relativa programmazione (d.l. n. 22/2021, convertito nella l. n. 55/2021).

² Cfr. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio delle mutazioni costituzionali*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 1 ss., in cui l'A., stante il suo carattere ambiguo e aperto, segnala l'esigenza di isolare la nozione giuridica di «transizione», onde scongiurare possibili confusioni con altre e differenti nozioni nonché di individuare cosa è «transizione» e cosa non lo è, in particolare distinguendo fra possibili *species* del medesimo *genus*: transizioni «nel regime» e transizioni «di regime»; transizioni «tacite» e transizioni «esplicite»; transizioni «pacifiche» e transizioni «violente»; transizioni «lunghe» e transizioni «breve»; transizioni «nazionali» e transizioni «sovranazionali».

a un altro³, così anche in quello tecnico-giuridico, il termine finisce per evocare un processo di modifica, di trasformazione, di evoluzione in corso e ancora da completare, di cui, peraltro, pur individuandosene alcuni tratti fondamentali, non sempre si riesce a predeterminare con assoluta certezza l'esito finale⁴.

Se si volge lo sguardo al nostro Paese, in cui le vicende di «transizione» in atto sono molteplici⁵, risulta difficilmente eccezionale che anche le Regioni ordinarie italiane vivano, ormai da più di un ventennio, una fase definibile di «transizione». Con tale espressione, difatti, si vuole qui indicare quel passaggio da una realtà già nota (*rectius* un originario modello di regionalismo tradizionalmente vocato alla simmetria funzionale) a un prossimo avvenire (*rectius* una strutturazione del sistema regionale in direzione sempre più asimmetrica sul piano delle competenze), che la revisione integrale del Titolo V della II Parte della Costituzione, attuata nel lontano 2001, sembrerebbe capace di determinare⁶. Una «transizione istituzionale», questa, ancora in atto e dagli sbocchi aperti e incerti, atteso che, come è notorio, la previsione della «clausola di asimmetria»⁷, prevista dall'art. 116, co. 3, Cost., è rimasta lettera morta, essendo la sua attuazione risultata tutt'altro che semplice.

³ La definizione è di TRECCANI (s.d.). *Vocabolario Treccani online*, disponibile al sito internet <https://www.treccani.it/vocabolario/transizione/>.

⁴ Cfr. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio delle mutazioni costituzionali*, cit., 3.

⁵ In particolar modo, si allude ai processi di transizione «ecologica» e «digitale», messi in moto dal PNRR, le cui Missioni 2 e 5 tracciano delle vere e proprie *road maps* finalizzate a realizzare un profondo cambiamento del Paese in direzione più ecologica, inclusiva, sostenibile e competitiva. Cfr. Il testo del «Piano Nazionale di Resilienza e Resistenza» disponibile al sito internet www.governo.it.

⁶ Al riguardo, si vedano le riflessioni di F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 689 e ss. e R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative e incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, i cui stessi titoli sono paradigmatici.

⁷ Questa formula sintetica, fra le varie etichette impiegate nella letteratura specialistica in riferimento all'art. 116, co. 3, Cost. («regionalismo differenziato», «regionalismo a geometria variabile», «regionalismo a doppia velocità», «federalismo asimmetri-

Del resto, mentre ci si avvia verso una nuova stagione segnata dalla riattivazione dei processi di attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost., con l'approvazione da parte del Senato, a fine del gennaio scorso, del disegno di legge n. 615 recante «Disposizioni sull'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione» (c.d. d.d.l. *Calderoli*)⁸, valutazioni contrastanti in ordine agli effetti della disposizione costituzionale in parola sul sistema istituzionale complessivo permangono ancora oggi nel dibattito tecnico-giuridico e politico, non essendo predeterminabile in modo chiaro la direzione verso la quale si dovrà in concreto muovere per la completa attuazione dei principi che hanno ispirato il revisore del 2001, e, più in particolare, per la realizzazione della torsione verso un nuovo e diverso modello di regionalismo connotato da maggiore asimmetria nelle competenze. Un modello di regionalismo declinato in chiave più asimmetrica, che, tuttavia, evitando il travolgimento di quel già delicato equilibrio fra il principio di autonomia e il principio di unità, nel segno di quanto espressamente stabilito dall'art. 5 Cost., possa dirsi «sostenibile».

Tutto questo prospetta e tiene ancora aperti, rendendoli di estrema attualità, alcuni importanti interrogativi riassumibili nei seguenti due: a che punto è la vicenda di «transizione» del regionalismo italiano (ordinario) verso una strutturazione del sistema di decentramento istituzionale in direzione maggiormente asimmetrica sul piano funzionale; e fino a dove potrà spingersi tale processo di mutazione giuridica oramai in atto da oltre un ventennio.

Nel tentativo di provare a fornire una risposta, il presente lavoro si propone di riflettere sulla fase di perdurante «transizione» che le auto-

co», regionalismo «a specialità diffusa»), è di S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze normative nella riforma regionale*, in ID., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2001, 141.

⁸ Atto Senato n. 615 (XIX Leg.), il cui testo è disponibile al sito internet <http://www.senato.it>. Il testo è stato approvato, con alcune modifiche, in prima lettura dal Senato della Repubblica il 23 gennaio scorso e, poi, assegnato all'esame della Camera dei Deputati in seconda lettura il successivo 29 maggio. A tal proposito, vedasi Atto Camera n. 1665 (XIX Leg.), disponibile anch'esso online <http://www.camera.it>.

nomie ordinarie vivono ormai da decenni e che richiederebbe di essere finalmente completata. In particolare, senza alcuna pretesa di esaustività – e comunque senza prescindere dagli studi già ampiamente condotti al riguardo dalla dottrina costituzionalistica – l'indagine verrà sviluppata ripercorrendo le vicende maggiormente salienti che hanno interessato lo Stato regionale italiano fino ad oggi, onde, da ultimo, isolare i contenuti del recente d.d.l. «Calderoli», i quali, a una prima attenta osservazione, sembrano rendere assai prevedibile un processo di «transizione» verso una “riconfigurazione” dell'originaria architettura istituzionale italiana in chiave asimmetrica ancora complesso, confuso e di non breve durata.

2. Le Regioni ordinarie: da un modello di regionalismo vocato alla simmetria verso un modello tendente alla asimmetria nelle competenze

Col proposito di meglio comprendere lo stato dell'arte della perdurante «transizione» del regionalismo italiano (ordinario) da un modello tradizionalmente vocato alla simmetria verso un modello di decentramento istituzionale sempre più tendente all'asimmetria nelle competenze, non appaiono inutili alcuni cenni in ordine ai momenti maggiormente significativi delle ormai notorie vicende che hanno interessato lo Stato regionale italiano a partire dal 1948 e che palesano come la sua attuale confusa configurazione sia il frutto di un lungo processo caratterizzato da una perenne e ciclica tensione tra vocazione alla simmetria e tendenze all'asimmetria, costantemente alla ricerca di difficili forme di equilibrio.

2.1. La prevalente tendenza all'uniformità del sistema regionale italiano desumibile dalla Costituzione repubblicana e il carattere marginale della soluzione asimmetrica

È noto che la tensione fra vocazione alla simmetria e tendenze di segno opposto verso l'asimmetria, specie di tipo funzionale, ha caratterizzato l'evoluzione del regionalismo italiano sin dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948.

Nel quadro costituzionale pre-revisione del 2001, il Titolo V della II Parte della Costituzione, configura(va), infatti, il sistema regionale italiano come un modello prevalentemente tendente all'uniformità e alla simmetria funzionale, in quanto marcatamente contraddistinto dalla identità di attribuzioni delle Regioni ordinarie, quali titolari del medesimo patrimonio di potestà legislative e – in virtù del principio del parallelismo delle funzioni – dei corrispondenti ambiti di esplicazione delle competenze amministrative (artt. 117, 118 Cost.)⁹.

D'altro canto, che, nell'ambito di tale modello di stampo spiccatamente simmetrico (anche) sul piano funzionale, la soluzione asimmetrica sia sempre esistita pare indubitabile se si considera che essa si è manifestata, sin da subito, nel riconoscimento e nella previsione, accanto alla disciplina uniforme fissata dalle disposizioni costituzionali per tutte le autonomie ordinarie, di un *status* giuridico speciale e differenziato, soprattutto con riguardo alla dimensione funzionale, per cinque realtà regionali, giustificato dalla necessità di preservare e valorizzare, pur sempre all'interno dell'ordinamento giuridico generale, quegli «elementi pregiuridici»¹⁰ di varia natura (etnico-linguistica, socio-economica, geografica, politica, culturale) in ciascuna di esse presenti e, in taluni casi, preesistenti alla stessa entrata in vigore della Carta fondamentale (art. 116, co. 1, Cost.)¹¹.

⁹ Così M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, Convegno dell'Associazione «Gruppo di Pisa» su «Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni», Università degli Studi di Trento, 18-19 settembre 2020, 120 e ss.; P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 16-18.

¹⁰ Così A. D'ATENA, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, cit., 6.

¹¹ Sul punto, cfr. P. GIANGASPERO, *La nascita delle Regioni speciali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo dell'Unità alla Costituzione e alla sua riforma. Atti delle giornate di studio*, Roma, 20-21-22 ottobre 2011, I, Milano, 2012, 119-157; A. D'ATENA, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*, *Rivista AIC*, 4, 2014, 6 e ss.; ID., *La specialità regionale tra deroga e omologazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 3; G. ROLLA, *Alcune considerazioni in merito al fondamento costituzionale del regionalismo speciale. L'apporto del diritto comparato*, in *Le Regioni*, 2, 2015, 333-356; G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nell'incerta evoluzione del regionalismo italiano*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa» su

Si ricorderà, tuttavia, che, sebbene l'originaria configurazione dell'assetto regionale italiano come tendenzialmente simmetrico sul piano delle competenze sia rimasta del tutto inattuata a fronte di un regionalismo asimmetrico «effettuale» sino alla istituzione delle Regioni ordinarie, avvenuta, poi, solamente nel giugno del 1970¹², il ruolo marginale e recessivo della soluzione asimmetrica, *ab origine* prevista e tradotta nel riconoscimento costituzionale della specialità regionale, rispetto alla prevalente formula simmetrica, ha trovato ulteriore conferma nella tendenza all'omogeneizzazione, oltre che della giurisprudenza costituzionale, soprattutto del legislatore statale, orientato, una volta attuata la riforma regionale, nel senso di mitigare progressivamente le differenze originariamente esistenti (non solo fra le stesse autonomie regionali speciali bensì anche)¹³ fra le autonomie speciali e le autonomie ordinarie sul piano sia strutturale che funzionale¹⁴. Al riguardo, infatti, che tali

«Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni», Università degli Studi di Trento, 18-19 settembre 2020, 199.

¹² In questo senso, M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, cit., 133-134, parla – da un lato – di regionalismo «on the books» uniforme e simmetrico e – dall'altro – di «regionalismo in action» come differenziato e asimmetrico, a conferma della circostanza che l'inattuazione della riforma regionale rendeva più marcato il carattere asimmetrico e differenziato del regionalismo italiano, con una iniziale regionalizzazione che, di fatto, nella prassi, ha interessato, almeno fino agli anni Settanta, solamente le Regioni a Statuto speciale. Peraltro, sull'accidentata vicenda dell'inattuazione del regionalismo ordinario italiano, si rinvia, per tutti, a T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 5-13.

¹³ Sull'argomento, cfr. M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, cit., 135-137.

¹⁴ Per un ulteriore approfondimento del problema del «livellamento» dello status giuridico riconosciuto originariamente dalla Costituzione, rispettivamente, alle Regioni speciali e ordinarie sul piano delle competenze legislative e amministrative, realizzatosi a partire dal 1970 e, soprattutto, di seguito dell'entrata in vigore della legge cost. n. 3/2001, si rinvia, fra l'altro, alle riflessioni già svolte da A. POGGI, *Le competenze legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, in *Italian Papers on Federalism*, 1-2, 2016, 19-20; A. BARONI, *Il rapporto tra regioni ordinarie e regioni speciali: la "rincorsa" sul terreno delle funzioni amministrative dopo la riforma del Titolo V*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, cit., 121 e ss.; D. GALLIANI, *Brevi os-*

spinte verso l'uniformazione abbiano conosciuto il loro momento culminante nel biennio 1999-2001 è pacifico, dal momento che il legislatore della revisione costituzionale di quegli anni si è mosso lungo due direzioni: da un lato, sul piano organizzativo, nel senso di un avvicinamento delle cornici istituzionali dei due «tipi» di enti regionali, ormai (quasi) tutte incentrate sull'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale¹⁵; dall'altro, invece, sul piano delle attribuzioni, nel senso di un significativo potenziamento dell'autonomia (anche) legislativa delle Regioni ordinarie, per effetto, fra le altre cose, dell'introduzione del riformato art. 117 Cost.¹⁶, così ponendosi in linea di sostanziale continuità con quel processo di omogenizzazione sul piano amministrativo sviluppatosi già a partire dai primi anni Settanta¹⁷.

servazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo differenziato, in *Ist. fed.*, 2, 2003; A. D'ATENA, *La specialità regionale tra deroga e omologazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 3 e ss.; G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nell'incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 205-209.

¹⁵ Al riguardo, cfr. i contributi dello Speciale, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla legge costituzionale n. 1 del 1999*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020. In particolare, sull'omogenizzazione sul piano strutturale delle Regioni speciali e delle Regioni ordinarie, cfr. F. PALERMO, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla riforma: cosa resta della specialità?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2020.

¹⁶ Così T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 15; 21-22; 183.

¹⁷ Si allude al processo di omogenizzazione fra autonomie ordinarie e autonomie speciali quale risultato dell'approvazione di alcuni decreti di trasferimento delle funzioni amministrative a favore delle prime (d.P.R. nn. 1-11/1972; d.P.R. n. 616/1997; l. n. 59/1997 e d.lgs. n. 112/1998), a fronte dei quali il ritardo o, in certi casi, l'assenza di un trasferimento contestuale operato a favore delle seconde tramite le norme di attuazione statutaria ha posto le Regioni speciali nella situazione definita in letteratura di specialità «alla rovescia» o «in negativo». Così P. GIANGASPERO, *I decreti di attuazione dello Statuto speciale tra garanzia della specialità regionale ed esigenze di tutela del ruolo costituzionale degli enti locali dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *Norme di attuazione dello Statuto speciale regionale e nuovo ruolo degli enti locali*, Atti del Convegno, 8 maggio 2006, 26-29; A. BARONI, *Il rapporto tra regioni ordinarie e regioni speciali: la "rincorsa" sul terreno delle funzioni amministrative dopo la riforma del Titolo V*, cit., 746-771; D. GALLIANI, *Brevi osservazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo*

La preferenza per un sistema fortemente simmetrico nell'attribuzione delle competenze, tuttavia, è avvenuta a fronte della conferma dell'istituto della specialità regionale, che, da originario e unico elemento asimmetrico, addirittura preesistente alla formula simmetrica delineata dalla Costituzione del '48, si è ritrovato a vivere una stagione di «crisi»¹⁸, determinata da quel conseguente «appiattimento» sull'ordinarietà¹⁹; appiattimento, questo, peraltro, neppure scongiurato dalla introduzione della «clausola di maggior favore» (art. 10, l. cost. n. 3/2001), la cui applicazione – come osservato in dottrina – ha, tutt'al più, finito per sollevare numerosi inconvenienti pratici derivanti, soprattutto, da quel necessario confronto, affidato al giudice costituzionale, da effettuare volta per volta fra due sistemi differenti per l'individuazione delle ulteriori e maggiori competenze, deducibili dal riformato Titolo V, da attribuire anche alle Regioni e Province speciali, ove più vantaggiose e favorevoli per l'autonomia rispetto a quanto statutariamente stabilito²⁰.

Neppure in questa sede è necessario ricordare l'ampio e notorio dibattito sviluppatosi a suo tempo in dottrina in ordine alle difficoltà ermeneutiche incontrate dalla Corte costituzionale nella interpretazione e nell'applicazione del riformato Titolo V nonché nella valutazione sulla «maggiore autonomia»²¹. Certo, per quel che interessa, non costituisce

differenziato, cit., 225; M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Napoli, 2017, 121-122.

¹⁸ Parla di «crisi» della specialità regionale, declinandola sia in termini di “crisi d'identità” sia di crisi strettamente connessa al processo di omogenizzazione fra Regioni ordinarie e Regioni speciali sul piano funzionale e strutturale, G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 201; 205-207.

¹⁹ P. GIANGASPERO, *I decreti di attuazione dello Statuto speciale*, cit., 28.

²⁰ In proposito, si veda M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, cit., 138-139; P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., 336-337.

²¹ La bibliografia è vasta. Senza pretese di completezza, sia consentito di rinviare ai contributi più recenti: F. FABRIZI, A. POGGI, G.M. SALERNO, *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, in *Federalismi.it*, 20, 2022; A. POGGI, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, in *Ist. fed.*, 2, 2021, 77 e ss.; ID., *Le competenze legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, disponibile al sito internet

uno sforzo inutile evidenziare ancora una volta come la conferma della tradizionale propensione dell'ordinamento regionale italiano alla simmetria (anche) funzionale ad opera delle novità normative introdotte dal revisore costituzionale del 2001 non abbia mai messo in discussione, superandola o travolgendola, la soluzione asimmetrica, data dall'istituto della specialità regionale. Quest'ultimo ha, sì, mantenuto la propria marginalità nel confronto con la prevalente soluzione simmetrica e uniforme del regionalismo ordinario, con il quale ha, però, continuato a convivere all'interno di un assetto complessivo nel cui ambito è, nel frattempo, emersa una sempre maggiore attenzione alla possibilità di introdurre nuove e diverse soluzioni di asimmetria funzionale, le quali, traducendosi, più in generale, nella previsione e nel riconoscimento di competenze legislative particolari per ciascuna realtà regionale, sembrano possedere il pregio di essere più flessibili e maggiormente idonee a consentire, pur sempre all'interno dell'ordinamento generale, una valorizzazione delle peculiari specificità dei diversi territori regionali e delle corrispondenti comunità²².

2.2. La «costituzionalizzazione» di un nuovo e ulteriore elemento di asimmetria funzionale: l'art. 116, co. 3, Cost.

L'attenzione verso l'opportunità di introdurre nuovi elementi di asimmetria di tipo funzionale è emersa nell'ordinamento italiano, quando, con la legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V della II Parte della Costituzione, è stata introdotta la costituzionale previsione

*<https://www.ipof.it/le-funzioni-legislative-e-amministrative-nelle-autonomie-speciali-tr-a-vecchie-e-nuove-fonti-e-realta-effettiva/>, 1-2, 2016; I. RUGGIU, *Le «nuove» materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge cost. n. 3/2001*, in *Le Regioni*, 5, 2011, 775-820; M. ROSINI, *La funzione legislativa delle Regioni speciali e il suo «adeguamento autonomico» all'art. 117 Cost. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2010, 1-18.*

²² Sul concetto di asimmetria «funzionale», cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Ist. fed.*, 2, 2018, 262 e ss.; più in generale, per un'analisi approfondita del concetto di asimmetria, si rinvia a B. BALDI, *Asimmetria e differenziazione regionale delle politiche: approfondimenti per un'agenda di ricerca*, in *Ist. fed.*, 4, 2020, 871 e ss.

della «clausola di asimmetria», prevista dall'art. 116, co. 3, Cost. È noto che tale disposizione costituzionale abbia previsto la possibilità per le Regioni ordinarie di accedere a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» in tutte le materie di competenza legislativa concorrente (art. 117, co. 3, Cost.) e limitatamente ad alcune materie di competenza legislativa esclusiva statale (art. 117, co. 2., lett. c), lett. n), lett. s), Cost.). E ciò mediante uno specialissimo procedimento, ispirato al metodo negoziale, il quale richiede una legge «rinforza», adottata su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali infra-regionali e approvata dal Parlamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti, previa «intesa» tra lo Stato e la Regione medesima²³.

Se, da una parte, con specifico riguardo al rapporto ordinarietà-specialità, l'art. 116, co. 3, Cost. si è inserito in quel processo di uniformazione fra autonomie ordinarie e speciali sul piano delle attribuzioni – alimentando, peraltro, le tesi di quanti hanno messo in dubbio la stessa sopravvivenza del tradizionale modello di «regionalismo duale» a fronte della nuova possibilità di differenziazione garantita dalla disposizione costituzionale in parola anche alle Regioni ordinarie²⁴ – dall'altra, la sua introduzione ha «costituzionalizzato» un nuovo e ulteriore (rispetto a quello originariamente manifestatosi unicamente nella specialità regionale) elemento di asimmetria nelle competenze, nel dichiarato inten-

²³ In proposito, M. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 22-24.

²⁴ Sulle tesi che mettono in questione la sopravvivenza delle Regioni (e Province) ad autonomia speciale, prospettandone un ripensamento, se non superamento, si vedano le contestazioni a suo tempo provenienti, fra l'altro, da A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, in *Federalismi.it*, 19, 2019, 15; anche A. RUGGERI, *La specialità regionale: dalle sofferte e non gratificanti esperienze dal passato (e del presente) una lezione da mettere a frutto nella ricerca di una nuova e qualificante identità*, in *Diritti regionali*, 3, 2020, 542-543, il quale si spinge, per l'appunto, sino a ipotizzare la possibilità del superamento del modello costituzionale «misto» originariamente immaginato dai Costituenti tramite la previsione di una «specialità diffusa», estesa cioè a ogni ente regionale, che può «differenziarsi dagli altri del suo stesso genere non soltanto al piano dell'organizzazione ma anche (e soprattutto) a quello delle funzioni, in ragione della peculiare natura degli interessi emergenti dal proprio territorio e, riassumendo, della propria identità».

to di consentire alle anche autonomie ordinarie di estendere ulteriormente il proprio *set* di competenze, secondo il criterio della differenziazione (e non più dell'uniformità)²⁵, così da adattarle e calibrarle alle specifiche e diversificate esigenze espresse dai rispettivi regionali²⁶.

In questo senso, l'art. 116, co. 3, Cost. ha, dunque, individuato gli aspetti fondamentali del possibile percorso di «transizione» dell'assetto regionale italiano, tradizionalmente più propenso alla simmetria funzionale, verso un diverso modello aperto al riconoscimento costituzionale dell'asimmetria nelle competenze, intendendola non più quale fattore marginale e recessivo, bensì come una generale soluzione giuridica più flessibile e dinamica, in quanto capace garantire una migliore ed efficace valorizzazione delle diversità e specificità regionali, o meglio – prendendo in prestito le parole di autorevole dottrina – quale «chiave di generale accomodamento delle differenze»²⁷, pur sempre all'interno dell'ordinamento generale.

3. Le soluzioni asimmetriche negli ordinamenti composti di Spagna, Belgio e Regno Unito

Del resto, lo sviluppo dell'attenzione a soluzioni asimmetriche di tipo funzionale non ha interessato unicamente lo Stato regionale italiano.

In effetti, assumendo l'angolo visuale del diritto comparato, lo scenario degli Stati composti europei conferma non soltanto che, in qualche caso, l'asimmetria funzionale ha costituito un elemento connotativo e intrinseco alla loro originaria architettura istituzionale, ma altresì che,

²⁵ P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., 366; G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 210-213.

²⁶ R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative e incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, cit., 658.

²⁷ Così A. MASTROMARINO, *Asimmetria, fiducia, integrazione*, in A. MORELLI, G. SOBRINO, C. BERTOLINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit., 141.

in certe specifiche esperienze statali, l'attenzione a modelli di tipo asimmetrico sul piano delle competenze si è progressivamente sviluppata ed è emersa nel corso del tempo, addirittura prima del 2001²⁸.

Fra i diversi esempi degni di nota, si pensi, innanzitutto, al sistema regionale spagnolo, la cui originaria caratterizzazione asimmetrica, sebbene segnata nell'ultimo quarantennio dall'alternarsi di fasi di più accentuato sviluppo di spinte di segno opposto verso un modello di stampo uniforme²⁹, permane, manifestandosi tutt'ora, oltre che nella presenza di «speciali» competenze di cui sono titolari alcune realtà regionali in ragione della loro specifica identità culturale e linguistica (si pensi alla Catalogna e ai Paesi Baschi), nella possibilità per ciascuna delle diciassette *Comunidades Autónomas* costituenti l'*Estado Autonomico* di individuare, attraverso i rispettivi Statuti – e, dunque, almeno in linea di principio, in maniera e misura differenti – le loro specifiche competenze, alla luce di quel principio dispositivo che innerva la Costituzione spagnola del 1978³⁰.

²⁸ Più in generale, cfr. F. PALERMO, “*Divided we stand*”. *L'asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. TORRE (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Bologna, 24-25 novembre 2006, Torino, 2007, 149-170; ID., *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Ist. fed.*, 2, 2018, 255-271, il quale evidenzia che l'asimmetria costituisce un elemento intrinseco di tutti gli ordinamenti unitari composti, compresi, fra l'altro, anche quelli federali, tradizionalmente connotati da simmetria.

²⁹ Sull'alternanza di fasi asimmetriche e di fasi simmetriche nel processo di evoluzione del sistema regionale spagnolo, cfr. D. CAMONI, *Il sistema costituzionale delle Comunidades Autónomas spagnole: un breve confronto con l'ordinamento regionale italiano*, in A. MORELLI, G. SOBRINO, C. BERTOLINI (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale*, cit., 151-168, soprattutto, 155-159; M. IACOMETTI, *Il regionalismo differenziato: una buona soluzione per gli ordinamenti composti? Minime considerazioni comparative su Spagna e Italia*, A. LO CALZO, G. SERGES, C. SICCARDI (a cura di), *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto. Atti del Seminario telematico di Milano (12 giugno 2020) in memoria di Paolo Carrozza*, in *Rivista dell'Associazione “Gruppo di Pisa”*, Fascicolo speciale monografico, 2, 2020, 327-328.

³⁰ Più nello specifico, si parla di «asimmetria nelle competenze» per alcune Comunità autonome che possono legiferare su materie diverse e in maniera maggiore rispetto

Se in Spagna l'asimmetria funzionale ha caratterizzato *ab origine* il sistema autonomico, un vero e proprio percorso di mutazione giuridica dell'ordinamento statale in direzione asimmetrica ha, invece, riguardato il Belgio. Come si sa, infatti, è stato all'esito di un lungo processo evolutivo iniziato già a partire dal 1970, culminato, poi, con l'adozione della Costituzione belga nei primi anni Novanta del secolo scorso, che lo Stato belga, fin a quel momento unitario, è stato ridefinito come un «*État fédéral qui se compose des Communautés et des Régions*», le cui sei entità federate che lo compongono, peraltro, sono distinte, a loro volta, in due diverse tipologie di enti sub-statali e cioè, per l'appunto, le Comunità (rispettivamente, francese, fiamminga e germanofona) e le Regioni (Regione vallona, Regione fiamminga e Regione di Bruxelles), organizzate in maniera differente, nonché, rispettivamente, titolari di competenze in materie differenti secondo quanto previsto dal testo costituzionale³¹.

alle altre; asimmetria, questa, che, peraltro, si combina con l'«asimmetria fiscale», posto che alcune Comunità godono di un regime speciale anche sul piano finanziario (è il caso delle due comunità basche: Paese Basco e Navarra). Per ulteriori approfondimenti sull'argomento, sia consentito rinviare ai contributi di M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, cit., 125-126; B. BALDI, *Asimmetria e differenziazione regionale delle politiche: approfondimenti per un'agenda di ricerca*, cit., 881-884; C. CARNERO JIMÉNEZ, *Descentralización territorial y asimetría constitucional*, in A. LO CALZO, G. SERGES, C. SICCARDI (a cura di), *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*, cit., 118, per cui il c.d. «derecho a la autonomía [...] lo vamos a encontrar configurando de un modo asimétrico, ya que, la Constitución Española propone dos vías para ese acceso a la autonomía. La primera de ellas, la prodriamos denominar como “vía rápida”, y que a su vez, viene recodiga en su artículo 151 del texto constitucional. Junto con este artículo, existe otro medio para poder acceder a la autonomía, y que sería al de “vía lenta”, diseñado para el resto de comunidades, que no pudieran acceder po la otra vía».

³¹ Anche in questo caso si ha «asimmetria competenziale» combinata, però, a una asimmetria riguardante anche la diversa natura istituzionale delle Regioni che compongono l'ordinamento composto belga. Cfr. M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all'uniforme regionalismo italiano*, cit., 128; C. CARNERO JIMÉNEZ, *Descentralización territorial y asimetría constitucional*, cit., 158-161.

La connotazione asimmetrica dell'assetto istituzionale presenta, però, i caratteri più vistosi nel Regno Unito³², ove il dibattito sull'avvio del processo «devolutivo», cominciato anch'esso negli anni Settanta del secolo corso, è successivamente culminato nell'adozione dello *Scotland Act*, del *Government of Wales Act* e del *Northern Ireland Act* del 1998, i quali, insieme alle successive leggi di attuazione della c.d. *devolution*, hanno determinato una definitiva trasformazione da uno Stato originariamente unitario a un nuovo Stato regionale, la cui natura asimmetrica si manifesta non soltanto nell'attribuzione di competenze differenti nelle diverse materie espressamente «devolute» dal Parlamento britannico a favore della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord, bensì anche nella completa estromissione dell'Inghilterra dal processo di devoluzione, che ha, appunto, riguardato solamente le tre predette «regioni»³³.

Così, se da un lato il diritto comparato sembra palesare la diffusione di una tendenza di una «transizione» degli ordinamenti statali composti europei da un modello originariamente tendente alla simmetria verso un sistema asimmetrico, specialmente sul piano delle competenze, dall'altro esso offre una lezione sulla differenza di esiti concretamente raggiunti nei suddetti differenti contesti europei, rispetto a ciò che si è verificato, negli ultimi decenni, in Italia. A ben vedere, infatti, se in Spagna e, soprattutto, in Belgio e nel Regno Unito, pur non mancando momenti di sviluppo di tendenze all'omogenizzazione e di spinte alla simmetria sul piano competenziale, il processo di «transizione» si è di fatto con-

³² Sul punto cfr. I. RUGGIU, *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale "a metà" tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, in *Le Regioni*, 6, 2005, 1158, per cui «l'aggettivo che per antonomasia qualifica l'assetto descritto è quello di asimmetrico»; A. MCHARG, *The model of territorial decentralisation in the United Kingdom*, in A. LO CALZO, G. SERGES, C. SICCARDI (a cura di), *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*, cit., 65.

³³ Così I. RUGGIU, *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale "a metà" tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, cit., 1159. Sul punto, si veda anche B. BALDI, *Asimmetria e differenziazione regionale delle politiche: approfondimenti per un'agenda di ricerca*, cit., 881-883, per cui, con specifico riferimento al caso del Regno Unito, all'asimmetria competenziale, che riguarda la Scozia, il Galles e l'Irlanda del Nord, si affianca un'asimmetria c.d. *territoriale*, stante la mancanza di un'intera regionalizzazione del territorio.

cluso con l'approdo, almeno sul piano formale, ad architetture istituzionali caratterizzate da un maggiore grado di asimmetria funzionale, come noto e come si dirà meglio poco oltre, il nostro ordinamento regionale ha manifestato diverse ambiguità e contraddizioni in ordine all'implementazione della «clausola di asimmetria» prevista dall'art. 116, comma 3° Cost., non essendo, peraltro, tutt'ora chiaro quale modello di «regionalismo asimmetrico» potrà e dovrà in concreto realizzarsi, onde meglio «accomodare» tutte le differenze territoriali, evitando, allo stesso tempo, di destabilizzare e travolgere l'unità e la coesione territoriale nel rispetto di quanto sancito dall'art. 5 Cost.

4. Ancora sul dibattito accademico in ordine ai problemi teorici e applicativi della «clausola di asimmetria» e sugli infruttuosi tentativi della sua attuazione

Come si sa, la significativa opportunità di realizzare una trasformazione in chiave asimmetria del sistema regionale italiano, offerta dall'art. 116, co. 3, Cost., ha costituito, sin dell'entrata in vigore del riformato Titolo V, un nodo critico attorno al quale, stante anche la non esaustività della formulazione della disposizione costituzionale in parola, si è sviluppato a suo tempo un ampio e fitto dibattito scientifico.

In effetti, pur non essendo in questa sede neppure sommariamente possibile richiamare tutte le posizioni assunte dalla dottrina al riguardo, si rammenterà che, dal momento in cui si è iniziato a ragionare intorno a una concreta implementazione della «clausola di asimmetria», la riflessione costituzionalistica non ha mancato di mettere in luce non soltanto le difficoltà connesse all'esatta individuazione delle «forme e condizioni particolari di autonomia» ex art. 116, co. 3, Cost., alla luce anche della disciplina generale prevista per le Regioni ordinarie dal riformato Titolo V, come – peraltro – reinterpretata dalla giurisprudenza costituzionale in senso spesso poco generoso nei confronti dell'autonomia regionale. Attenzione particolare, difatti, è stata altresì rivolta ai problemi pratici relativi alla necessità di definire con maggiore chiarezza le tappe dell'*iter* da seguire per addivenire all'approvazione della

legge di «devoluzione» dei maggiori spazi di autonomia, tracciato solo per sommi capi dalla predetta disposizione costituzionale³⁴.

Si spiega (probabilmente) anche così – oltre che con l'*impasse* imposta al dibattito dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 – che, sino al marzo del 2023, l'unico punto di partenza per individuare il percorso lungo il quale il procedimento di differenziazione previsto dall'art. 116, co. 3, Cost., avrebbe dovuto svolgersi è stato rappresentato dalle richieste formulate e promosse in parallelo da Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto per accedere alle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». Le vicende sono notorie, ma non è inutile rammentare che tali iniziative regionali per l'attivazione della «clausola di asimmetria» sono rimaste in una fase embrionale, poiché culminate nella mera adozione dei tre «Accordi preliminari» del 2018 e delle successive «Bozze d'intesa» del 2019, in cui, come si sa, sono stati tradotti i negoziati avviati da ciascuna di esse con il Governo³⁵. Sebbene gli «Accordi preliminari» e le «Bozze d'intesa» appena richiamati individua(va)no l'elenco di materie dedotte dall'art. 116, co. 3, Cost. oggetto di attribuzione delle maggiori forme di autonomia, prefigurando anche il procedimento per giungere all'approvazione delle future «intese» col

³⁴ In argomento la bibliografia è ampia e non è possibile ricostruire in questa sede pedissequamente il dibattito dottrinale sviluppatosi al riguardo. Pertanto, si rimanda ai contributi più recenti di particolare interesse: M. COSULICH (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Trento 18-19 settembre 2020; C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRIANO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*. Atti del IV Convegno annuale della rivista *Diritti Regionali*. Rivista di diritto delle autonomie territoriali, Torino, 2020; R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative e incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, cit.; F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3*, cit.; E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2018. Inoltre, per una ricostruzione di insieme delle diverse posizioni assunte dalla riflessione costituzionalistica, di particolare rilievo è il contributo di M. MANCINI, *Percorsi di regionalismo "differenziato"*. *Problemi e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019, 3 e ss.

³⁵ I testi degli «accordi preliminari» e delle «bozze d'intesa» sono pubblicati sul sito del Dipartimento Affari regionali della Presidenza del Consiglio: www.affariregionali.it.

Governo necessarie, secondo il dettato costituzionale, per il conseguimento dei nuovi e maggiori spazi di autonomia, nessuna «intesa» è, però, stata raggiunta fra lo Stato e ciascuna delle tre Regioni ordinarie richiedenti³⁶.

A ben vedere, pertanto, il percorso di «transizione» da un modello tendente alla simmetria verso un modello maggiormente tendente all'asimmetria funzionale, che la riforma integrale del Titolo V delinea nei suoi aspetti fondamentali, rendendolo possibile almeno in potenza, è ancora in divenire. Non soltanto, infatti, le iniziative sino ad oggi avanzate per l'attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost. non hanno reso visibili gli esiti cui si approderà e gli effetti che una definitiva «transizione» in direzione asimmetrica del regionalismo italiano (ordinario) potrebbe in concreto esplicitare sul sistema complessivo e, soprattutto, sull'equilibrio autonomia-unità, alla luce del quale va, in ogni caso, letta la configurazione del nostro ordinamento statale quale Stato decentrato organizzato su basi regionali³⁷. Come si dirà poco oltre, anche le proposte normative contenute nel d.d.l. «Calderoli», recentemente approvato dal Senato, non fanno definitiva chiarezza sui problemi teorici e applicativi connessi all'implementazione della «clausola di asimmetria» di cui all'art. 116, co. 3 Cost., al tempo già sollevati dalla dottrina, sembrando essi, tutt'al più, prefigurare un'altra mancata occasione per il definitivo completamento della «transizione» del sistema regionale italiano verso un modello «sostenibile» di asimmetria nelle competenze.

³⁶ Per ulteriori approfondimenti in ordine alle infruttuose richieste di avviare i processi di differenziazione avanzati nel biennio 2018-2019 da Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, cfr. il Dossier *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Servizio studi del Senato*, n. 104/1 del marzo 2019.

³⁷ Così A. RUGGERI, *La specialità regionale: dalle sofferte e non gratificanti esperienze del passato (e del presente) una lezione da mettere a frutto nella ricerca di una nuova e qualificante identità*, cit., 513, in cui evidenzia che l'art. 5 Cost., il quale coniuga due valori solo apparentemente antitetici – il principio unitario e il principio autonomistico – è la disposizione che occorre richiamare per comprendere il significato del nostro modello di Stato quale Stato regionale.

5. *I contenuti del d.d.l. «Calderoli» sul «regionalismo asimmetrico» ex art. 116, co. 3, Cost.*

Superata l'*impasse* imposta dall'emergenza sanitaria da Covid-19 al relativo dibattito politico-istituzionale e dottrinale, il problema dell'implementazione della «clausola di asimmetria» ex art. 116, co. 3, Cost. è tornato al centro delle priorità del Governo, con la circolazione, già a partire dal novembre dello scorso anno, di uno schema di disegno di legge di attuazione del «regionalismo asimmetrico», poi tradotto nel già citato d.d.l. n. 615 (c.d. *d.d.l. Calderoli*), licenziato dal Consiglio dei ministri e, dopo l'approvazione da parte del Senato, attualmente assegnato alla Camera dei Deputati per la discussione³⁸.

Quanto ai suoi contenuti, dando, anzitutto, lettura all'art. 1 dei dieci di cui esso si compone, la finalità dichiarata del d.d.l. «Calderoli» è quella di porsi come un testo organico e unitario volto a regolare quanto previsto dall'art. 116, co. 3, Cost.³⁹, individuando, più in particolare, sia i principi generali che devono guidare l'attribuzione dei maggiori spazi di autonomia alle Regioni richiedenti, sia le modalità procedurali alla luce delle quali deve svolgersi il procedimento finalizzato al raggiungimento dell'«intesa» bilaterale (e, comunque, al livello intergovernativo) Stato-Regione.

In quest'ultimo senso, il successivo art. 2 del disegno di legge prevede, infatti, che l'iniziativa regionale – rimessa in via esclusiva agli organi regionali e infra-regionali secondo quanto disposto statutariamente – deve essere trasmessa al Presidente del Consiglio e al Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie, che, acquisita entro sessanta giorni una valutazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze e

³⁸ Vedi *supra*, nt. 8.

³⁹ Così nella *Analisi tecnico-normativa* che accompagna il disegno di legge, ove si legge che «l'adozione di una disciplina unitaria e organica è necessaria alla luce tanto del ricordato silenzio serbato dalle disposizioni costituzionali, quanto dall'esigenza di assicurare che i procedimenti attinenti a ciascuna singola Regione siano omogenei e coordinati». Cfr. il testo al sito https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DDLPRES/0/1372900/index.html?part=ddlpres_ddlpres1-analitecniconormativa_analitecniconormativa1, pag. 1.

dei Ministri competenti – «anche ai fini dell'individuazione delle necessarie risorse da assegnare dall'art. 14 della legge 5 maggio 2009, n. 42» – avvia il negoziato per il raggiungimento dell'intesa necessaria per la devoluzione delle «ulteriori e maggiori forme e condizioni di autonomia» con la Regione richiedente; decorso inutilmente il termine dei sessanta giorni, peraltro, il negoziato fra lo Stato e la Regione verrebbe comunque avviato, tenendo comunque conto del quadro finanziario della Regione e, prima del suo avvio, informando la Conferenza permanente Stato-Regioni dell'atto di iniziativa (co. 1 e 2).

Ai successivi commi, l'art. 2 nel testo approvato dal Senato dopo aver precisato che, sebbene l'atto di iniziativa di ciascuna Regione possa concernere una o più materie o ambiti di materie e le relative funzioni, il Presidente del Consiglio dei Ministri può limitare l'oggetto del negoziato ad alcune materie o ambiti materiali individuati dalla Regione richiedente, delinea poi le tappe dell'*iter* successive all'avvio del negoziato: (1) approvazione dello «schema preliminare d'intesa» da parte del Consiglio dei Ministri, alla cui seduta partecipa il Presidente regionale interessato (co. 3); (2) trasmissione dello schema d'intesa alla Conferenza unificata, incaricata di esprimere un parere entro il termine di sessanta giorni, decorso inutilmente il quale esso è trasmesso alle Camere per l'esame da parte dei competenti organi parlamentari, udito il Presidente regionale (co. 4); (3) predisposizione da parte del Governo, entro il termine di novanta giorni, dello «schema definitivo d'intesa» da trasmettere alla Regione interessata per l'approvazione, secondo le modalità statutariamente previste e con la consultazione degli enti locali (co. 5), con l'ulteriore precisazione che il Presidente del Consiglio dei ministri, ove ritenga di non conformarsi agli atti di indirizzo di cui al co. 4, riferisce alle Camere con apposita relazione motivata; (4) deliberazione da parte del Consiglio dei Ministri del disegno di legge di approvazione dell'intesa, con la partecipazione del Presidente regionale alla relativa seduta (co. 6); (5) sottoscrizione dell'intesa definitiva da parte dei Presidenti del Consiglio dei ministri e della Regione (co. 7); (6) trasmissione del disegno di legge alle Camere per l'approvazione della legge di devoluzione *ex* art. 116, 3° c. Cost. (co. 8).

Disposizioni importanti sono, poi, quelle contenute nell'art. 1, co. 2. e negli artt. 3, 4 e 5, volti a disciplinare «i livelli essenziali delle presta-

zioni» (LEP) e il trasferimento delle funzioni devolute alle Regioni ordinarie con le relative risorse finanziarie, umane e strumentali.

In particolare, quanto ai LEP che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, si prevede che la loro determinazione avvenga prima dell'attribuzione delle ulteriori competenze nelle materie o ambiti materiali a essi riferibili, «ivi compresi quelli connessi alle funzioni fondamentali degli enti locali» (art. 1, 2° c.) e, soprattutto, tramite uno o più decreti legislativi che il Governo deve adottare «entro ventiquattro mesi dalla data di entrata della presente legge», secondo quanto previsto dalla legge di bilancio per il 2023 (n. 197/2022), cui il d.d.l. si riconnette (art. 3, co. 1). Quest'ultima, infatti, contiene un insieme di disposizioni (cc. 791-805 dell'articolo unico), indirizzate all'attuazione dell'art. 116, 3° c. Cost., in base alle quali, fra l'altro, è prevista l'istituzione di una Cabina di regia – incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e coadiuvata da una Commissione tecnica per i fabbisogni *standard* con funzioni consultive – incaricata della determinazione dei LEP, nonché l'intesa fra il Presidente del Consiglio dei Ministri e la Conferenza unificata per l'adozione degli schemi di decreti di definizione dei medesimi (cc. 792-793; cc. 795-796); schemi, questi ultimi, poi, trasmessi al Parlamento chiamato a esprimersi entro il termine di quarantacinque giorni, la cui inutile decorrenza non arresterebbe, comunque, il procedimento, peraltro ulteriormente aggravato dal momento che, nel caso di parere di non conformità ai principi e criteri direttivi della presente legge di alcune disposizioni del decreto da parte delle competenti commissioni parlamentari, il Governo è tenuto a trasmettere nuovamente i testi alle Camere con le sue eventuali osservazioni e modificazioni motivate, sulle quali gli organi parlamentari competenti possano esprimersi nel termine di venti giorni, decorso il quale il decreto legislativo può in ogni caso essere emanato (art. 3, co. 2). In estrema sintesi, il testo prevede la necessaria subordinazione della valutazione della Regione ordinaria interessata in ordine alle ulteriori competenze da richiedere per differenziarsi alla definizione dei LEP.

In riferimento, invece, al trasferimento delle funzioni, il d.d.l. «Calderoli» prevede che, nel caso di funzioni riferibili ai LEP, esso debba avvenire secondo le modalità stabilite dalle intese, solo dopo la determinazione dei medesimi LEP, con l'ulteriore previsione per cui, nel

caso in cui dalla determinazione dei LEP dovessero derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il trasferimento può avvenire

solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie volte ad assicurare i medesimi livelli essenziali delle prestazioni sull'intero territorio, ivi comprese le Regioni che non hanno sottoscritto le intese al fine di scongiurare disparità di trattamento tra Regioni, coerentemente con gli obiettivi di finanza pubblica e con gli equilibri di bilancio (art. 4, co. 1).

Mentre invece, nel caso di trasferimento di funzioni non riferibili ai LEP, esso deve avvenire secondo le modalità disciplinate dalle intese «nei limiti delle risorse previste a legislazione vigente, dalla data di entrata in vigore della presente legge» (art. 5, co. 2).

Di non minore rilevanza è, inoltre, la disposizione contenuta nell'art. 5 d.d.l., che, per la determinazione delle risorse legate alle competenze differenziate, prevede l'istituzione di una Commissione paritetica Stato-Regione, la cui composizione è disciplinata dall'intesa stessa, ma, in realtà, affidata al disegno di legge, il quale, oltre a individuarne i componenti di derivazione statale e, seppur con una formulazione sbrigativa e incompleta, regionale, attribuisce alla medesima anche una funzione di monitoraggio con riguardo agli oneri finanziari derivanti dall'esercizio delle funzioni e dall'erogazione dei servizi connessi alle maggiori forme di autonomia richieste, così configurandola quale sede permanente del raccordo intergovernativo fra lo Stato e la singola Regione interessata (art. 8).

Ulteriori indicazioni, infine, sono contenute nel testo del decreto in ordine alle funzioni attribuite agli enti locali (art. 6), alla durata dell'intesa (art. 7), alle clausole finanziarie (art. 8), alle misure di perequative e di promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale per i territori che non accedono alla differenziazione (art. 9), e, in estrema chiusura, alle disposizioni finali e transitorie, fra cui, spicca soprattutto il riferimento alle Regioni e Province ad au-

tonomia speciale nei cui confronti si estenderebbe, ai sensi dell'art. 10, l. cost. n. 3/2001, l'applicazione dell'art. 116, co. 3 Cost.⁴⁰.

5.1. Segue: i nodi problematici della disciplina del disegno di legge «Calderoli»

Così isolati i suoi contenuti, a una sua prima lettura e anche dopo le limitate modifiche approvate dal Senato, il disegno di legge «Calderoli» non sembra possedere il pregio di fornire indicazioni chiare sui binari lungo i quali ci si potrà muovere per una completa implementazione della «clausola di asimmetria» di cui all'art. 116, co. 3, Cost.

D'altra parte, già a partire dalla sua presentazione, le riflessioni dei primi commentatori non hanno mancato di segnalare le criticità della disciplina contenuta in esso contenuta, attinenti, più nello specifico, sia alla forma dell'atto scelto per disciplinare l'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., sia ai suoi contenuti e alla procedura da seguire per addivenire all'adozione della «legge devolutiva» delle maggiori competenze per le autonomie regionali interessate a differenziarsi⁴¹.

⁴⁰ Sul punto, il testo del d.d.l. di iniziativa governativa, prima delle modifiche approvate al Senato, si limitava soltanto a stabilire che «nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, si applica l'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3». Tuttavia, già nella Relazione tecnica al disegno di legge si leggeva che «con riferimento alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, si ribadisce l'applicazione dell'art. 19 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, nel senso che, sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, anche le suddette Regioni a statuto speciale e Province autonome possono concludere intese per acquisire nuove competenze nelle materie indicate dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione».

⁴¹ Al riguardo, fra gli altri, si vedano le riflessioni di A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, 3, 2024, IV-XIV; A. SCIORTINO, *Regionalismo differenziato e ddl Calderoli: notazioni di merito e di metodo*, in *Diritti regionali*, 18 aprile 2024; ID., *L'attuazione del regionalismo differenziato: prime impressioni sul disegno di legge S. 615*, in *Diritti regionali*, 9 maggio 2023; C. BUZZACCHI, *L'autonomia differenziata: un'analisi del ddl Calderoli*, in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2024; R. DI MARIA, *Prime impressioni sulla bozza di disegno di legge per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato" ex art. 116, co. 3, Cost.*, in *Diritti regio-*

Sul piano formale, anzitutto, è stata dai più segnalata l'inadeguatezza della fonte legislativa prescelta per regolare l'*iter* destinato all'approvazione della legge rinforzata di devoluzione dei maggiori spazi di autonomia alle Regioni. In particolare, è stato osservato che l'identità della loro forza normativa farebbe sì che, approvato il disegno di legge (ordinario) «Calderoli», il Parlamento potrebbe procedere, con le successive leggi (anch'esse, per l'appunto, ordinarie) di differenziazione, alla modifica del contenuto della necessaria «intesa» raggiunta fra lo Stato e la Regione coinvolta, col rischio di attribuire a quest'ultima competenze differenti rispetto a quelle in precedenza negoziate⁴². D'altra parte, sempre dal punto di vista formale, dubbia è altresì la stessa necessità di un d.d.l. – neppure costituzionalmente richiesto – per l'implementazione del «regionalismo differenziato», che, in effetti, potrebbe in ogni caso essere realizzato attivando, dopo anni di quiescenza, la procedura delineata dall'art. 116, 3° c. Cost., come, del resto, già in passato avvenuto con l'avvio dei negoziati col Governo da parte di alcune Regioni.

Sul piano contenutistico, invece, nessuna indicazione viene fornita dalla disciplina contenuta nel disegno di legge in ordine agli ambiti materiali oggetto di attribuzioni delle «ulteriori forme e condizioni partico-

nali, n. 1/2023; F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di attuazione del regionalismo differenziato. Una lettura critica*, in *Rivista quadrimestrale di scienza dell'amministrazione*, disponibile al sito <https://www.piemonteautonomie.it/6010-2/?pdf=6010>; A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, n. 2/2023.; R. CALVANO, *Il Mostrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, 23 aprile 2023, disponibile al sito internet <https://www.lacostituzione.info/index.php/2023/04/26/il-monstrum-del-regionalismo-differenziato-e-le-sue-vittime/>; M. CARLI, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2023, 9 e ss.; A. APOSTOLI, *Lo spazio-tempo del d.d.l. Calderoli: accelerazioni e rinvii oltre l'attuazione procedurale*, in *Diritti regionali*, 2023; L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, in *Federalismi.it*, 10, 2023.

⁴² In questo senso, A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 515 e ss.; F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di attuazione del regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 3; R. CALVANO, *Il Mostrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit., che, peraltro, suggerisce l'impiego della legge costituzionale per tale disciplina.

lari di autonomia», tenendosi così ferma la possibilità per le iniziative regionali di spingersi fino a richiedere il trasferimento di tutte le materie deducibili dall'art. 116, co. 3 Cost., con conseguenti ripercussioni sulla disciplina generale di riparto delle competenze fra Stato e Regioni contenuta nel Titolo V della Costituzione⁴³ nonché sul significato da attribuire all'istituto della specialità regionale; e questo – come poc'anzi osservato – anche alla luce dell'applicazione della clausola di cui art. 116, co. 3, Cost. alle Regioni (e Province) a Statuto speciale⁴⁴. A ciò si aggiunga, poi, che, una volta richieste, laddove tutte le Regioni ordinarie interessate ottenessero le medesime competenze *ex* art. 116, co. 3 Cost., la possibile «transizione» del regionalismo italiano (ordinario) verso un nuovo modello asimmetrico risulterebbe reversibile, aprendo di fatto le porte per un ritorno a un sistema simmetrico nelle competenze, sulla scorta – peraltro – di un non infrequente fenomeno di mimetismo, per cui tutte le autonomie ordinarie, onde evitare di rima-

⁴³ Sul punto, per tutti, si veda più recentemente R. CALVANO, *Il Mostrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit. Si osservi altresì che il problema era già stato segnalato in dottrina, soprattutto all'esito dei procedimenti di differenziazione avviati da Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna nel biennio 2018-2019. D'altra parte, si ricorderà che, già nella bozza di intesa sottoscritta dalla Regione Veneto, si richiedeva l'accesso a 23 materie, ovverosia tutte quelle possibili in base a quanto espressamente disposto dall'art. 116, co. 3, Cost., con un'evidente torsione della *ratio* della disposizione costituzionale medesima, la quale, come è stato osservato, dovrebbe essere quella di consentire il soddisfacimento di esigenze di efficienza nel rispetto delle esigenze e peculiarità di ciascuna realtà regionale. A quest'ultimo riguardo, si veda, soprattutto, G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 203-204, che, al tempo, aveva già paventato il rischio del contrasto fra le richieste avanzate in ordine a tutte (o quasi tutte) le materie deducibili dall'art. 116, co. 3, Cost. e la *ratio* della «clausola di asimmetria», che è quella di ampliare le competenze per plasmarle alle esigenze espresse in maniera diversificata dei singoli territori regionali e non già di consentire un mero potenziamento dell'autonomia regionale per ragioni schiettamente identitarie e/o ideologiche, il quale, peraltro, ingenererebbe una inevitabile confusione con le diverse ragioni «storico-identitarie» sulle quali si regge la previsione del regionalismo speciale.

⁴⁴ Vedi *supra*, par. 5.

nere indietro rispetto alle altre, finirebbero per seguire l'esempio di quelle più intraprendenti⁴⁵.

Sempre sul piano contenutistico, poi, i veri nodi problematici rimangono la definizione dei LEP e l'impatto finanziario del decentramento. Al riguardo, non solo si è prospettato il rischio della adozione della legge di differenziazione ancor prima della determinazione dei LEP⁴⁶, ma si è altresì segnalata l'inadeguatezza degli stessi d.P.C.M. – atti non soggetti al sindacato di costituzionalità e deliberati dal Governo su proposta di una Cabina di regia coadiuvata da comitati tecnici – cui è affidata la loro determinazione, contrariamente a quanto esplicitamente previsto dall'art. 117, 2° c., lett. m), Cost., ai sensi del quale è il Parlamento a doverli determinare con legge, a esso spettando la valutazione in ordine alla determinazione dei livelli di prestazione concernenti i diritti costituzionalmente protetti meritevoli di essere garantiti su tutto il territorio nazionale⁴⁷. Ma vi è di più. Non sono neppure state definite le modalità di attribuzione delle risorse finanziarie che devono necessariamente accompagnare la devoluzione dei maggiori spazi di autonomia. Anzi, proprio a quest'ultimo riguardo, il d.d.l. in commento si limita a prevedere che l'esercizio delle ulteriori funzioni alle Regioni, in attuazione del «regionalismo asimmetrico» di cui all'art. 116, co. 3 Cost., dovrà essere finanziato con «compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale» (art. 5, co. 2). Il

⁴⁵ Del resto, il problema era già stato sollevato da autorevole dottrina prima della predisposizione del d.d.l. in parola, allorché, dopo le iniziative per l'attuazione della clausola di asimmetria, presentate, in maniera non del tutto dissimile fra loro, da Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto, anche molte altre Regioni ordinarie avevano manifestato la propria intenzione di attivare il processo di differenziazione di cui all'art. 116, co. 3, Cost. Sul punto, cfr., per tutti, R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative e incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, cit., 658.

⁴⁶ F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di attuazione del regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 3 e ss.

⁴⁷ Sul punto, vedasi L. SPADACINI, *L'autonomia differenziata: considerazioni a margine del disegno di legge Calderoli e delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023*, cit., 223-224; F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di attuazione del regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 9-12.

che – come già osservato – implicherà che, per potersi differenziare sul piano delle competenze legislative, ciascuna Regione potrà fare affidamento unicamente sulla capacità fiscale della propria popolazione, con conseguenti dubbi di costituzionalità del medesimo disegno di legge rispetto al principio di solidarietà economica, di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 53 Cost.⁴⁸.

Non meno rilevanti appaiono i nodi problematici che restano sul tappeto in ordine alle regole procedurali, dovendosi soprattutto segnalare che il d.d.l. «Calderoli», lungi dal superare le perplessità a suo tempo sollevate intorno al ruolo marginale del Parlamento nell'ambito delle richieste di differenziazione avanzate nell'epoca ante-pandemia⁴⁹, riduce l'assemblea legislativa a mero organo incaricato dell'approvazione o della reiezione dell'«intesa» raggiunta fra gli esecutivi dei due enti territoriali coinvolti – Governo e Presidente della Regione – considerando implicita la sua inemendabilità, con conseguenti ripercussioni sulla stessa tenuta dei principi democratici che informano l'ordinamento costituzionale italiano⁵⁰. A ben vedere, infatti, l'impossibilità per l'organo legislativo nazionale di intervenire nel procedimento, eventualmente anche modificando i contenuti dell'«intesa» rivolti a ridurre le proprie competenze legislative a vantaggio della Regione interessata, almeno

⁴⁸ Cfr. A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 530. Certo, in senso contrario, non mancano anche opinioni favorevoli a soluzioni di tal fatta. A questo riguardo, si rinvia, soprattutto, ad A. GIOVANNARDI, D. STEVANATO, *Autonomia, differenziazione, responsabilità*. Numeri, principi e prospettive del regionalismo rafforzato, Venezia, 2020.

⁴⁹ Sul punto, si veda, fra l'altro, da ultimo M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento che c'è e il Parlamento che dovrebbe esserci: riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, cit., 299-324; P. PIRAINO, *Ancora sul regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento e unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, 15 e ss.; M. PERINI, *Il procedimento parlamentare di approvazione della legge di differenziazione: spunti propositivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019, 4 e ss.

⁵⁰ In proposito, F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di attuazione del regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 6-8. Ma anche recentemente C. BUZZACCHI, *L'autonomia differenziata: un'analisi del ddl Calderoli*, cit., 3-4.

secondo parte della dottrina, si porrebbe in evidente contrasto con quanto espressamente disposto dall'art. 116, co. 3, Cost., il quale, invece, affida un ruolo di particolare rilevanza al Parlamento, in quanto unico titolare del potere di decidere in via definitiva sull'approvazione della legge di devoluzione della maggiore autonomia alla singola Regione coinvolta⁵¹.

Da ultimo, non può segnalarsi che anche il riferimento contenuto nel testo del disegno di legge alle Regioni speciali a favore delle quali, in virtù dell'applicazione della «clausola di maggior favore», della possibilità anche per le autonomie speciali di accedere al «regionalismo differenziato», in realtà rivolto alle sole Regioni ordinarie⁵², solleva non pochi dubbi, inducendo la dottrina a evidenziarne la sua incostituzionalità⁵³ nonché la necessità di una sua soppressione stante la mancanza dei presupposti della sua applicazione⁵⁴. Al riguardo, infatti, da un lato, il testo del d.d.l. «Calderoli», non precludendo alle Regioni e Province ad autonomia speciale la possibilità di richiedere ulteriori ambiti di competenza rispetto a quanto già previsto nei rispettivi testi statuari, non tiene in conto che, sul piano procedurale, la richiesta e il riconoscimento di maggiori spazi di autonomia per tali enti dovrà avvenire tramite una legge costituzionale e non già tramite la legge di devoluzio-

⁵¹ Così A. LOLLO, *Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, cit., 522-523; F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 6-7. Vedi altresì R. CALVANO, *Il Mostrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, cit., 1-2.

⁵² Cfr. F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 3-4. Del resto, già prima della pandemia, si era segnalato in dottrina che l'art. 116, 3° c. Cost. riguarda soltanto le autonomie ordinarie e che la sua applicazione a quelle speciali determinerebbe un superamento dell'originario assetto di decentramento istituzionale basato sulla contrapposizione ordinarietà-specialità, in palese contrasto con l'art. 116, 1° c. Cost., il quale conferma l'istituto della specialità regionale e che, altrimenti, finirebbe per perdere di significato. Cfr. per tutti G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo italiano*, cit., 201 e ss.; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 155-157.

⁵³ F. PALLANTE, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., 4.

⁵⁴ M. CARLI, *In tema di L'attuazione dell'autonomia differenziata*, cit., 11.

ne, approvata in riferimento, invece, alle autonomie ordinarie secondo quanto previsto dall'art. 116, 3° c. Cost., che dunque neppure l'applicazione dell'art. 10 legge cost. n. 3/2001, stante la sua "transitorietà", potrebbe estendere al regionalismo speciale⁵⁵. Dall'altro lato, invece, sul piano sostanziale, l'ampio numero di spazi materiali potenzialmente acquistabili ex art. 116, 3° c. Cost. finisce per riproporre il problema dell'allineamento fra specialità e ordinarietà, non dimostrando di cogliere e valorizzare quelle specificità che hanno giustificato la previsione costituzionale di uno *status* giuridico particolare per le Regioni ad autonomia speciale, il cui riconoscimento è, del resto, stato pienamente confermato dalla stessa revisione del Titolo V.

6. Alcune considerazioni conclusive

Come si è visto, le questioni sul tavolo sono ancora parecchie e appare assai probabile che, a fronte della ritrovata attualità del problema dell'implementazione della «clausola di asimmetria» di cui all'art. 116, co. 3, Cost., esse interesseranno il dibattito politico-istituzionale e accademico nei prossimi mesi.

Se da un lato, infatti, il recente via libera del Senato al disegno di legge «Calderoli» sembrerebbe aprire – quantomeno sul piano formale – la strada verso il possibile approdo a un assetto regionale la cui definitiva "torsione" verso un modello declinato in chiave più asimmetrica nell'allocazione delle competenze non pare improbabile, soprattutto laddove anche la Camera dovesse approvare l'impianto complessivo del testo elaborato dal Governo; dall'altro, tuttavia, a una prima osservazione dei contenuti del d.d.l. «Calderoli» approvato in Senato, la possibile «transizione» dell'assetto regionale italiano verso un nuovo mo-

⁵⁵ Fra i molti, con riguardo alle questioni problematiche connesse alla possibile applicazione del «regionalismo differenziato» alle Regioni e Province ad autonomia speciale si vedano le riflessioni sviluppate ancor prima dell'elaborazione del d.d.l. Calderoli da T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo speciale e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, 17, 2020, 681-700.

dello di regionalismo connotato da un maggiore grado asimmetria funzionale sembra rimanere soltanto potenziale, in quanto ancora una volta essa appare soltanto abbozzata nei suoi tratti fondamentali, con conseguenti limitate possibilità di prevedere fino a che punto essa potrà in concreto spingersi.

Certo è che di fronte a un quadro ancora così pieno di incertezze e di rischi e in cui, peraltro, l'esercizio differenziato delle (medesime) competenze è di per sé già possibile e di fatto praticato dalle Regioni ordinarie, la soluzione non può essere quella di abbandonare l'idea di dare attuazione all'art. 116, co. 3 Cost. Anzi: la perdurante vicenda di «transizione» del sistema regionale italiano verso una diversa configurazione in direzione maggiormente asimmetrica andrebbe una volta per tutte completata, anche nella consapevolezza che, come ha osservato autorevole dottrina, l'autonomia è di per sé un fattore almeno potenzialmente «differenziante»⁵⁶ – certo, seppur con gradi assai diversi di differenziazione – e che soluzioni asimmetriche sul piano funzionale possono, sì, riuscire a garantire meglio la tutela e la valorizzazione delle differenze territoriali, ma sempre all'interno dell'ordinamento generale⁵⁷. In quest'ultimo senso, infatti, pur non essendo possibile prevedere con assoluta certezza se la «clausola di asimmetria» rimarrà ancora a lungo un miraggio oppure se (ed eventualmente come), dopo ventidue anni, verrà attuata, qualunque pretesa di dare attuazione all'art. 116, co. 3, Cost., la quale potrebbe sviluppare in senso asimmetrico sul piano delle competenze lo Stato regionale italiano, non potrà che essere letta alla luce dell'art. 5 Cost. Non potrà, difatti, sottovalutarsi la necessità di non ostacolare l'attuazione dei diritti costituzionali su tutto il territorio nazionale, nonché di predisporre adeguati strumenti di garanzia necessari

⁵⁶ Cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, cit., 256.

⁵⁷ Sul punto R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 52-53, per cui è evidente che le Regioni italiane «sono diverse sotto ogni profilo, fisico, economico, culturale, storico, di tradizione amministrativa e di tessuto infrastrutturale. Se così è, autonomia e differenziazione non sono curiose rivendicazioni da giustificare, ma precise esigenze costituzionali, tratti del nostro ordinamento che non si possono eliminare».

e idonei a garantire la valorizzazione delle differenze regionali senza travolgere il valore dell'unità della Repubblica e della coesione territoriale, economica e sociale. Solo per questa via, d'altra parte, sarà possibile scongiurare il rischio che la possibilità di un esercizio differenziato e asimmetrico delle competenze, come prevista dall'art. 116, co. 3, Cost., diventi appannaggio delle sole Regioni economicamente più sviluppate del Paese e, dunque, si traduca nel sopravvento di istanze secessionistiche o indipendentistiche⁵⁸, le quali aprirebbero la strada a una competizione territoriale destinata ad aumentare ancora di più il divario già esistente fra Nord e Sud, in palese violazione del principio autonomistico⁵⁹.

Se solo così sarà allora possibile completare la lunga vicenda di trasformazione istituzionale verso un diverso modello di regionalismo asimmetrico nelle competenze che possa, in ogni caso, essere «sostenibile»⁶⁰, vero è che, mentre si riapre il dibattito politico-istituzionale e accademico sull'attuazione del «regionalismo asimmetrico» di cui all'art. 116, co. 3 Cost., il percorso per la sua definitiva e concreta realizzazione si profila ancora lento, aperto, confuso e dagli esiti imprevedibili, i quali dipenderanno in larga parte dalla capacità del legislatore di individuare efficaci forme di equilibrio fra spinte alla simmetria e tendenze alla asimmetria funzionale e, più in particolare, di creare quelle pre-condizioni indispensabili per la definitiva strutturazione di un modello di decentramento istituzionale che possa essere pronto a far coesi-

⁵⁸ G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2019.

⁵⁹ Sul punto, vedasi A. ANZON DEMMING, *Quale "regionalismo differenziato"?*, in *Ist. fed.*, 1, 2008, 52 e ss.; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid Rassegna*, 14, 2017, 15 e ss.; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti regionali*, 3, 2019, 3.

⁶⁰ Al riguardo, di particolare interesse sono, fra l'altro, le riflessioni di M. COSULICH, *Autonomia e specialità nell'ordinamento repubblicano*, Torino, 2024.

sterete l'unità della Repubblica con una effettiva e generalizzata valorizzazione costituzionale delle differenze e specificità territoriali⁶¹.

⁶¹ M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato: problemi e prospettive*, in *Rivista Bene comune*, 30 giugno 2019, per cui «una Repubblica delle autonomie è infatti una esigenza costituzionale necessaria proprio per preservare l'unità».

IL DIRITTO AGROALIMENTARE IN TRANSIZIONE

Marco Gjomarkaj

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La nascita del diritto ambientale in Europa e dei fondamenti per una transizione radicale. 3. Dalla qualità alla sostenibilità: la riforma UE per le indicazioni di origine.

1. Introduzione

Il comparto produttivo agricolo è sin dall'origine un settore particolarmente “fragile”, condizionato dalla diretta incidenza sulla produzione degli agenti atmosferici stagionali, della limitatezza delle risorse, dai bassi livelli di istruzione degli addetti e, talvolta, anche dei conduttori.

Tali punti di “fragilità naturale” tipici del settore agroalimentare rendono tale comparto produttivo e il relativo quadro giuridico sottostante degli elementi estremamente dinamici e cioè dotati di una intrinseca necessità di essere aggiornati e rivisti alla luce di esigenze (di sicurezza e salubrità alimentare, climatico-ambientali, economiche, sociali) che, come vedremo, hanno subito negli anni profondi mutamenti: di principio e applicativi¹.

Ma prima di approfondire il tema delle c.d. *transizioni* nel diritto agroalimentare, con particolare riguardo all'evoluzione degli indirizzi giuridico-programmatori della Politica Agricola Comune, che pone oggi quali condizioni necessarie per la sopravvivenza e l'evoluzione del

¹ Occorre inoltre sottolineare che fino a pochi anni fa l'agricoltura ha assunto un ruolo marginale in materia di investimenti pubblici per la materia “innovazione”. Il riferimento va al periodo antecedente agli ultimi periodi di programmazione della PAC e, in particolare, il periodo 2023-2027 ove la materia innovazione per le aziende agricole cammina in parallelo con quella che più avanti definiremo *transizione sostenibile (o verso la sostenibilità)* dell'intero comparto agroalimentare europeo.

mercato agroalimentare europeo i concetti di “sostenibilità” e di “sviluppo sostenibile”, occorre muovere alcune considerazioni generali.

Nel mercato agroalimentare vengono messi in commercio dei c.d. *beni necessari* e, in quanto tali, atti a raggiungere la totalità dei consumatori. Questa considerazione non è di poco conto quando si studiano le transizioni in atto, in quanto il nesso tra cibo e società coinvolge una molteplicità di fattori, valori e discipline che evidenziano di volta in volta prospettive differenti.

In altri termini, le scelte dei consumatori – che, come noto, orientano i piani della produzione –, oltre a indicare la tipologia del bene alimentare che si intende acquistare, sono altresì espressione della personalità stessa del consumatore, delle sue idee, dell’etica e della sensibilità da esso manifestata verso certi temi.

Sembra pertanto condivisibile l’assunto secondo cui *il cibo è un grande vettore di sapere connettivo* nel quale convergono in un unico oggetto alimentare (bene alimentare di consumo) una pluralità di fattori che toccano i diversi saperi della fisica, chimica, fisiologica, antropologia, sociologia, semiologia, dietologia, semiologia, economia, ecologia, politica e di diritto².

Assodato che la scelta nutrizionale sia a tutti gli effetti un atto sociale e culturale che tutti i consociati sono chiamati a compiere (essendo il cibo un *bene necessario*), è agevole comprendere come il concetto di *transizione* in questo settore debba inevitabilmente essere socialmente condiviso e sostenuto.

Come noto, dal punto di vista giuridico, il mercato agroalimentare nazionale ed europeo è fortemente condizionato da numerosi vincoli e limitazioni al libero scambio delle merci, atti a garantire il rispetto di principi fondamentali delle Costituzioni di tutti gli Stati europei, come, per esempio, il diritto alla salute, il principio di eguaglianza, la libertà di culto, il diritto al cibo, i quali orientano, in ottica *performativa*, le

² Cfr. N. PERULLO, *Per un’estetica del cibo*, Palermo, 2006; F. GIARÈ, *Il contenuto immateriale del cibo. Nuove sfide per l’innovazione del settore agroalimentare*, in M. DE CRASTRIS, *Cibo e società una relazione da esplorare*, Roma, 2018, 13.

scelte di produzione e di commercializzazione al rispetto dei diritti dei consumatori e, pertanto, dell'intero corpo sociale³.

In generale, con riguardo alle *transizioni* nel settore agroalimentare, la dottrina è solita distinguere tra *transizioni materiali* e *immateriali*, intendendo nel primo caso le innovazioni riguardanti l'evoluzione delle tecniche agricole, dei macchinari aziendali, della logistica e dell'organizzazione del lavoro, della presentazione dei prodotti, delle tecniche di conservazione, dei canali di commercializzazione, ecc.; nel caso, invece, delle *transizioni immateriali* le innovazioni in questione riguardano il bagaglio informativo che si intende comunicare al consumatore per il mezzo di etichette o sistemi di etichettatura, i contenuti sociali propri

³ Nell'ordinamento costituzionale italiano le *transizioni* si traducono in opere di revisione della Carta, le quali, in fin dei conti, consistono in processi evolutivi che incidono sulla personalità sociale e sulla consapevolezza che il corpo sociale assume innanzi a certi temi sin da rendere necessaria una modifica della Costituzione (interpretazione c.d. *performativa* delle leggi di revisione costituzionale).

Il dibattito dottrinale circa la funzione astratta del processo di evoluzione/revisione costituzionale è riassumibile nei termini che seguono. Al pensiero di coloro che sostengono che la legge di revisione costituzionale consista in un'opera di mero aggiornamento della Carta rispetto al sentimento sociale esistente in un dato momento e che, pertanto, la norma costituzionale non possa *emancipare* i contenuti del precetto sino a promuovere logiche che esulano dalla condivisione sociale – c.d. *interpretazione riflessiva* –, si oppongono i sostenitori della c.d. *interpretazione performativa*, secondo cui la Carta costituzionale sia dotata di una propria *normatività*, idonea ad attribuirle un ampio grado di autonomia rispetto al volere sociale e che, per meglio dire, origini dalla società per successivamente orientarla e trasformarla verso obiettivi esterni cui sottende la legge di revisione. Quest'ultima tesi, a parere dello scrivente, sembra quella che maggiormente si attaglia all'evoluzione costituzionale di questi tempi. Basti pensare al fatto che, per esempio, il principio di eguaglianza non esisteva nella società originaria, pervasa ai tempi da distinzioni sociali e discriminazioni razziali. L'evoluzione sociale verso il superamento di queste forme di distinzioni è avvenuta proprio in forza dell'introduzione sociale, quale valore fondamentale costituzionalmente garantito, del principio di eguaglianza formale e sostanziale di cui all'articolo 3 Cost. Cfr. A. MORRONE, *L'ambiente in Costituzione: problemi e prospettive*, intervento al Convegno *Agricoltura e ambiente nella sfida epocale della sostenibilità fra crisi climatica e crisi geopolitica*, Università Ca' Foscari, Venezia, 24-25 giugno 2022.

del prodotto commercializzato, i contenuti valoriali e sensoriali che lo caratterizzano, ecc.⁴.

La medesima distinzione può essere riproposta in prospettiva parzialmente diversa, intendendo per *transizioni immateriali* i mutamenti che direttamente coinvolgono la sfera giuridico-personale dei consumatori, come le innovazioni che incidono sui diritti fondamentali della persona espressi in Costituzione. Si pensi, tra gli altri, alla modifica recente degli articoli 9 e 41 della Carta a seguito della assoluta necessità di rendere “fondamentali” i valori della tutela ambientale, della biodiversità, degli ecosistemi, del benessere degli animali e dello sviluppo sostenibile (all’articolo 9) e di porre l’ulteriore “controlimite” della tutela ambientale all’iniziativa economica privata (all’articolo 41), in forza della legge cost. n. 1/2022⁵.

Detti valori, che nascono nel diritto dell’Unione e penetrano in modo “performativo” nelle società degli Stati membri, a tal punto da modificarne la Costituzione come è accaduto in Italia, sono espressione di una c.d. *transizione immateriale* che può essere ora declinata quale cambiamento di principio o dei fondamenti di un sapere scientifico ampiamente articolato e radicato nella quotidianità sociale.

Per *transizioni materiali*, invece, possono intendersi tutti i mutamenti e le innovazioni compiute lungo tutto il processo di filiera, di commercializzazione e di consumo del prodotto agricolo. Rientrano certamente nella categoria la c.d. *digitalizzazione della filiera*, l’innovazione dei macchinari agricoli a tutela della sicurezza della produzione e del benessere animale, gli interventi di economia circolare, le modifiche

⁴ Cfr. F. GIARÈ, *Il contenuto immateriale del cibo. Nuove sfide per l’innovazione del settore agroalimentare*, cit., 13.

⁵ Si pensi altresì alla giurisprudenza costituzionale precedente alla revisione del 2022, in cui la Corte costituzionale ha posto in più battute il problema della compatibilità tra la libertà dell’iniziativa economica privata e la tutela ambientale proprio in termini di contrasto all’utilità sociale (cfr. C. cost., ordinanza 27 maggio 1996, n. 186; sentenze 14 giugno 2001, n. 190 e 8 marzo 2006, n. 116, disponibili al sito www.corte costituzionale.it). Per un più ampio quadro circa la compatibilità del concetto di sviluppo sostenibile con la libertà di iniziativa economica privata cfr. G. LEMME, *Articolo 41 Cost. e sviluppo sostenibile: contrasto o concordanza? Note minime sulla modernità del concetto di utilità sociale*, in *Gazzetta ambiente*, 4, 2007, 85.

per la riduzione delle emissioni, per l'installazione di impianti elettrici ecosostenibili, ecc.

Poste in quest'ottica le *transizioni materiali* appaiono quali dirette conseguenze delle *transizioni immateriali (o di principio)*, essendo quest'ultime preordinate proprio sulla base dello stretto legame tra diritto, cibo e società tipico dell'intero settore.

Nelle pagine che seguiranno saranno approfonditi i temi dell'innovazione verso la sostenibilità (oggi assoluta priorità del *New Green Deal* e della PAC 2023/27) dell'intero comparto agroalimentare europeo, concentrandoci sulle c.d. *transizioni immateriali (o di principio)*.

2. La nascita del diritto ambientale in Europa e dei fondamenti per una transizione radicale

L'Unione europea, come noto, ha da sempre posto le basi giuridico-programmatiche dell'intero comparto produttivo agricolo attraverso la Politica Agricola Comune che, a partire dagli anni Sessanta, ha attraversato molteplici momenti di transizione. Ne è prova la diversità dei contenuti dei regolamenti e delle direttive europee che ne hanno via via delineato gli obiettivi e le strategie.

In termini sintetici, la PAC è una politica comune a tutti gli Stati membri, gestita e finanziata dall'Unione con risorse del bilancio UE, rappresentativa di una stretta intesa tra l'Europa, i suoi agricoltori e la società.

Sul presupposto che l'Unione riconosce a pieno l'importanza di un comparto agricolo "forte" per uno sviluppo equo e stabile, l'articolo 39 TFUE (ex articolo 33 TCE) costituisce la base giuridica della PAC e ne indica gli obiettivi fondamentali: incrementare la produttività dell'agricoltura, assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, stabilizzare i mercati, garantire la sicurezza degli approvvigionamenti, assicurare prezzi ragionevoli ai consumatori⁶.

⁶ Cfr. Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste (MASAF), *Politica Agricola Comune*, disponibile all'indirizzo web www.politicheagricole.it. L'art. 39 TFUE (ex art. 33 TCE) recita: «1. Le finalità della politica agricola

Almeno in un primo momento le intenzioni del legislatore europeo erano quelle di garantire la stabilità dei prezzi nell'intero mercato agroalimentare attraverso misure finalizzate a incrementare la produzione così da pareggiare l'offerta alla domanda di prodotti alimentari sul mercato, e, in tal modo, di garantire gli approvvigionamenti a tutti i consociati, assicurando inoltre un tenore di vita equo anche ai meno agiati, tutto nel rispetto delle regole della sicurezza alimentare, le quali, anch'esse gradatamente, sono divenute assoluta priorità per la commercializzazione dei prodotti alimentari.

Pertanto la PAC nasce nel 1962 con l'obiettivo di rafforzare il settore agricolo incrementandone i livelli di produzione generale, ciò sulla base sia di necessità commerciali ed economico-funzionali (ci si riferisce all'obiettivo di pareggiare la domanda e l'offerta di prodotti alimentari sul mercato, stabilizzandone i prezzi), sia di esigenze sociali (che da sempre coinvolgono principi costituzionalmente garantiti come l'uguaglianza e la non discriminazione, in un settore che, come ampiamente detto, per sua natura si rivolge e coinvolge inevitabilmente tutti i consociati)⁷.

In Europa, dunque, in un primo momento, essendo stati certamente anteposti interessi economici volti a incrementare la produzione, si è assistito a un inevitabile processo di "intensivizzazione" delle produzioni e di eliminazione di ogni tipo di barriera commerciale potenzial-

comune sono: a) incrementare la produttività dell'agricoltura, sviluppando il progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera; b) assicurare così un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura; c) stabilizzare i mercati; d) garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; e) assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori. 2. Nell'elaborazione della politica agricola comune e dei metodi speciali che questa può implicare, si dovrà considerare: a) il carattere particolare dell'attività agricola che deriva dalla struttura sociale dell'agricoltura e dalle disparità strutturali e naturali fra diverse regioni agricole; b) la necessità di operare gradatamente gli opportuni adattamenti; c) il fatto che, negli Stati membri, l'agricoltura costituisce un settore intimamente connesso all'insieme dell'economia».

⁷ A quel tempo non rientravano ancora tra le c.d. *esigenze sociali* quelle che oggi possono definirsi come "esigenze ambientali".

mente idonea a ostacolare il funzionamento del mercato unico europeo (è stata attuata una politica che ha sostanzialmente impedito agli Stati membri di tutelare interessi non economici ponendo barriere giuridico-normative che contrastassero con gli obiettivi di libero scambio)⁸.

In tale contesto, l'Unione europea si è trovata in pochi anni ad affrontare problemi diametralmente opposti e strettamente connessi all'impostazione di fondo che reggeva l'intero sistema agroalimentare, come l'assoluta necessità di garantire la sicurezza alimentare di produzioni sovrabbondanti o l'esigenza di fronteggiare le emergenze climatico-ambientali che in poco tempo hanno raggiunto stadi molto avanzati e preoccupanti.

Con riguardo al primo, l'Unione ha inizialmente posto in essere interventi specifici e settoriali al fine di contingentare la produzione, quale, per esempio, il c.d. *regime delle quote latte*, introdotto nel 1984 ai sensi del regolamento (CEE) n. 856/1984⁹ (oggi abrogato) – che ha inserito l'articolo 5-*quater* nel regolamento (CEE) n. 806/1968 sulla organizzazione comune di mercato del settore lattiero-caseario – e protrattosi sino all'aprile 2015¹⁰. La norma in parola ha introdotto un arti-

⁸ La prevalente considerazione di fattori economici e commerciali del tempo emergeva con chiarezza da una sentenza della Corte di giustizia europea del 1998 – 19 marzo 1998, in causa C-1/96, *The Queen contro Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Compassion in World Farming Ltd*, ECLI/EU/C/1998/113, in *Racc.* 1998, I-01251 – in cui veniva sancita l'impossibilità, per uno Stato che avesse attuato la raccomandazione del 1988 concernente i bovini (*Recommendation concerning cattle adopted by the Standing Committee on 21 October 1988*) di basarsi sull'art. 36 TFUE (ex art. 30 TCE) e, in particolare, su motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico o di protezione della salute e della vita degli animali, per giustificare restrizioni all'esportazione di vitelli vivi allo scopo di sottrarli ai metodi di allevamento in recinti di legno per vitelli usati in altri Stati membri che non applicavano la raccomandazione. Cfr. L. LEONE, *La tutela della biodiversità animale in agricoltura*, Milano, 2021, 79 ss.; K. VELS, *Trade Restrictions on Animal Welfare Grounds in the European Union*, in *RGS Working papers*, n. 18, 2004.

⁹ Reg. (CEE) n. 856/1984 del Consiglio, del 31 marzo 1984, che modifica il regolamento (CEE) n. 804/1968 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari.

¹⁰ Cfr. Documentazione Parlamentare, Camera dei Deputati, *La vicenda delle cosiddette quote latte*, disponibile all'indirizzo web temi.camera.it.

colato sistema organizzativo che ripartisse il *quantitativo globale garantito* di latte, previamente distribuito dall'Unione per ogni Stato membro, in quote individuali per ogni produttore, procedendo infine alla riscossione delle c.d. *multe* in caso di superamento della quota assegnata. In altri termini, queste sanzioni avevano la funzione di disincentivare la produzione di latte oltre una certa soglia.

Il regime delle quote latte ha avuto un'insoddisfacente applicazione in Europa, e, con riguardo all'esperienza italiana, sono state registrate numerose violazioni della soglia di produzione, oltre che imprecisioni nelle ripartizioni delle quote tra singoli produttori che hanno generato vasti contenziosi giudiziari¹¹.

Quanto al secondo problema – relativo alla proliferazione di numerose e sempre più incisive crisi climatico-ambientali – già negli anni

¹¹ A causa di un insoddisfacente grado di attuazione del c.d. *regime delle quote latte* in Europa, è stata prevista, a decorrere dalla campagna 2023-2024, la obiettiva responsabilità degli Stati nei confronti dell'UE nella corretta gestione del sistema (cfr. Documentazione Parlamentare, Camera dei Deputati, *La vicenda delle c.d. quote latte*, cit.), rendendo questi debitori del prelievo dovuto dalle aziende relativo alle quote in eccesso. Ove lo Stato non avesse versato l'importo dovuto nelle tasche del FEAGA (prima FEAOG) entro i termini stabiliti, questo sarebbe stato decurtato dai successivi finanziamenti della PAC per lo Stato in questione. Con riguardo, invece, al contenzioso giudiziario generato dalle violazioni della norma comunitaria da parte del nostro Paese, si segnala, tra le altre, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, del 24 gennaio 2018, causa C-433/15, riguardante una procedura di infrazione contro la Repubblica italiana per mancata riscossione dei prelievi sul latte nelle campagne dal 1995/1996 al 2008/2009. In particolare, la Corte ha condannato la Repubblica italiana per aver omesso di garantire che il prelievo supplementare dovuto per la produzione realizzata in eccesso rispetto al livello nazionale (per il periodo 1995/2009) fosse effettivamente addebitato ai produttori che avessero contribuito al superamento della quota e che venisse da questi pagato. Si segnala altresì la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, del 17 giugno 1987, causa 394/85, in cui la Corte ha ritenuto l'Italia inadempiente degli obblighi comunitari, consentendo peraltro alla Commissione europea di operare delle rettifiche in sede di liquidazione dei conti FEAOG per i periodi 1984/85 e 1986/87. Cfr. tra gli altri I. CANFORA, *Il sistema delle quote latte in Germania*, in *Riv. dir. agr.*, 1, 1995, 198; EAD., *Rassegna di giurisprudenza delle quote latte*, in *Riv. dir. agr.*, 1, 1994, 349; L. COSTATO, *Le quote-latte e l'anomala applicazione di esse in Italia*, in *Riv. dir. agr.*, 1, 1992, 146.

Sessanta l'Unione europea aveva iniziato a cogliere gli impulsi del c.d. *diritto ambientale*.

Pur non avendo l'Unione ai tempi nessun ruolo significativo nella politica ambientale internazionale, ha dato vita a un processo di transizione – di cui si dirà meglio *infra* – che ha posto, per l'ordinamento comunitario, le basi giuridiche di diritto ambientale, favorendo così l'attecchimento di grandi processi transitori, tutt'oggi in atto (come quello verso la sostenibilità: ambientale, economica e sociale). Con riguardo invece ai rapporti internazionali, si è progressivamente consolidato il ruolo guida dell'Unione nel contesto della *governance* ambientale globale¹².

In Europa, pertanto, verso la fine degli anni Novanta, è emersa la necessità di garantire due valori oggetto di prioritaria considerazione politica e sociale, non del tutto coincidenti. Da una parte, il tema della garanzia della sicurezza e della salubrità alimentare (che include, a sua volta, quello della garanzia degli approvvigionamenti e della sanità/qualità dei prodotti commercializzati), dall'altra, alla luce delle sempre più frequenti emergenze climatico-ambientali verificatesi in Europa e con la nascita del diritto ambientale, la presa di coscienza circa l'esau-

¹² Cfr. A. JORDAN, *Editorial introduction: the construction of a multi-level environmental governance system*, in *Environment and Planning C: Government and Policy*, 17, 1, 1999, 1 ss.; N. OLIVETTI RASON, *La disciplina dell'ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2002, 12 e 20; F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. amm.*, 2004, 513; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 512; I. VON HOMEYER, *The evolution of EU environmental Governance*, in J. SCOTT (ed. by), *Environmental Protection. European Law and Governance*, Oxford, 2009, 2; P. SANDS, *Principles of international environmental law*, II edition, Cambridge, 2003; S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2005; A. FODELLA, L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009; P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International law & environment*, III ed., New York, 2009; S. MANSERVISI, *I riflessi del diritto ambientale sulla PAC prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO, S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto alimentare e ambientale*, Atti del Convegno di Ferrara del 6-7 maggio 2011, 245; L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, trad. it., Milano, 2002.

ribilità delle risorse naturali e rurali (terra, aria, acqua, ecc.) ha ampiamente responsabilizzato le Istituzioni europee verso l'introduzione di un efficace sistema giuridico-programmatorio a tutela di quest'ultimo elemento. La PAC, come vedremo, negli anni avvenire ha assunto la materia ambiente quale obiettivo di tutela generale cui mira l'intero sistema di Politica agricola e che, nei successivi periodi di programmazione, costituisce l'obiettivo finale di una pluralità di approcci differenziati che l'Unione e gli Stati membri hanno applicato per il raggiungimento di una più efficace e mirata tutela ambientale e delle zone rurali europee.

La nascita del diritto ambientale in Europa ha altresì consentito l'apertura di nuove prospettive e nuovi paradigmi metodologici che richiedevano adeguata e inedita protezione giuridica, come quello che è stato successivamente definito quale principio dello *sviluppo sostenibile*, che impone a tutti gli appartenenti al corpo sociale di soddisfare i propri bisogni senza compromettere le possibilità delle generazioni future di soddisfare i loro, ovvero, quello della *sostenibilità*, che concentra in un unico concetto (declinabile nelle tre accezioni *economica*, *ambientale* e *sociale*) una molteplicità di fattori e di valori i quali, come vedremo, erano già in grossa parte oggetto di attenzione da parte delle Istituzioni europee ma con un approccio settoriale e specifico che da poco tempo a questa parte sembra essere stato accantonato¹³.

Si pensi che il principio dello sviluppo sostenibile, il quale, come anticipato, insieme a quello della *sostenibilità*, costituiscono le assolute priorità delle politiche comunitarie odierne, ha recentemente trovato spazio tra i principi fondamentali della Carta costituzionale italiana (articolo 9, terzo comma, Cost.) in forza della legge cost. n. 1/2022, la quale ha ufficialmente sancito la supremazia del valore ambientale rispetto ad altri molteplici principi e valori i quali, essendo anch'essi co-

¹³ La sostenibilità, sebbene rischi di essere affetta da quella indeterminatezza che viene contestata ad altre discipline sociali, assolve oggi un ruolo assai rilevante nei confronti delle norme in generale, sia sotto il profilo interpretativo, che sotto quello del controllo della loro legittimità. Cfr. in tal senso M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in *Riv. it. dir. com.*, 1, 2017, 17 ss.; H.E. DALI, *Beyond Growth*, Boston, 1996, 1-2.

stituzionalmente garantiti, sono esercitabili nei limiti del rispetto della materia ambientale (il riferimento va, tra gli altri, alla introduzione dell'ambiente quale generale controlimita alla libertà di iniziativa economica privata, articolo 41 Cost., nuova formulazione).

Un processo di transizione così penetrante, che incide sulle Carte fondamentali degli Stati membri o che modifica drasticamente a garanzia di temi inediti (come quello dell'ambiente) il funzionamento di istituti rimasti immutati da decenni (come quello del negozio giuridico), che stimola la coscienza e la solidarietà sociale dei singoli cittadini dei Paesi UE, non può che essere il frutto di numerosi moti transitori, talvolta anche minori, che toccano diversi ambiti giuridici e sociali e che radicano le proprie origini negli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo.

Ciò detto, il primo significativo momento in cui l'Europa, attraverso la PAC, ha iniziato a corredarsi di efficaci e penetranti strumenti per tutelare e proteggere valori ulteriori e differenziati rispetto al mero incremento *quantitativo* degli *output* della produzione agricola (valori ecocentrici, biocentrici, etici, ecc. come la tutela ambientale), è stato con l'introduzione della c.d. *politica disaccoppiata* al reddito ai sensi del Reg. (CE) n. 1782/2003 (*Riforma Fischler*)¹⁴. Nel 2003 la Politica

¹⁴ La riforma *Fischler* (Reg. (CE) n. 1782/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1454/2001, (CE) n. 1868/94, (CE) n. 1251/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71 e n. 259/2001) è nata come "revisione di medio termine" di Agenda 2000 per verificare l'effetto delle riforme introdotte nel 1999, ma, in realtà, si è trasformata in una riforma più incisiva della stessa Agenda 2000, approfondendo di gran lunga il processo di riorganizzazione degli strumenti e della finalità stessa del sostegno agli agricoltori europei. I principali obiettivi della riforma del 2003 consistevano in: *i.* migliorare la competitività dell'agricoltura europea; *ii.* riorientare la produzione al mercato; *iii.* promuovere un'agricoltura sostenibile e socialmente accettabile; *iv.* rafforzare lo sviluppo rurale; *v.* semplificare il regime di sostegno; *vi.* rendere la Pac più rispondente agli impegni assunti o da assumere in sede WTO. Il Reg. (CE) n. 1782/2003 è stato successivamente abrogato ai sensi dell'art.149 del Reg. (CE) n. 73/2009 del Consiglio, del 19 gennaio 2009, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto agli agricoltori nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a fa-

Agricola Comune ha introdotto un sistema di sostegno al reddito agricolo sganciato dalla produzione e ancorato alla *superficie detenuta* dall'imprenditore, a prescindere dal fatto che in essa venisse concretamente praticata un'attività agricola. Sono state così predisposte misure di sostegno anche per coloro che si limitassero a mantenere la *terra* (o altra base produttiva potenzialmente idonea alla pratica di attività agricola) nelle condizioni agronomiche e ambientali richieste nei regolamenti europei, nei PSN e nei PSR dei singoli Paesi membri.

Con la riforma *Fischler* è stato introdotto il concetto di *condizionalità ambientale*, che ha inteso valorizzare e incentivare gli imprenditori agricoli esercenti pratiche produttive rispettose dell'ambiente, riducendo al minimo gli sprechi e il consumo del suolo e dell'aria, rispettando gli ecosistemi, la biodiversità, le future generazioni e il benessere degli animali lungo tutta la filiera agroalimentare. La condizionalità ambientale costituisce il cuore della c.d. *politica disaccoppiata* in materia di aiuti alle imprese agricole, in quanto, da quel momento storico, il sistema imprenditoriale di produzione agricola è divenuto a tutti gli effetti un'attività onnicomprensiva¹⁵, orientata, come detto, al raggiungimento di una pluralità di obiettivi eterogenei (e non più, soltanto, al fine di garantire l'accesso pubblico ai beni di primaria necessità e la sicurezza dei prodotti stessi) e in costante evoluzione a seconda della periodica emersione di nuove esigenze di tutela climatico-ambientale (*lato sensu* intese) o, come vedremo, di sostenibilità, individuate dall'Europa.

In dottrina si è parlato di transizione dalla *food security* alla c.d. *food safety* che, a ben guardare, costituiscono due facce della medesima medaglia e parti del medesimo disegno programmatico. Si pensi, tra tutti, alla centralità tutt'oggi assunta dal regolamento (CE) n. 178/2002

vore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CE) n. 1290/2005, (CE) n. 247/2006, (CE) n. 378/2007 e abroga il regolamento (CE) n. 1782/2003.

¹⁵ Cfr. F.E. CELENTANO, *L'ordinamento dell'Unione europea alla prova del diritto al benessere degli animali*, in AA.VV., *Scritti su etica e legislazione medica e veterinaria*, Bari, 2017, 27; H. BRUYNINCKX, *Towards global sustainability*, in *European Environment Agency newsletter*, 3, 2015, 1.

(*General Food Law*)¹⁶ a sostegno di un impianto europeo di *food security* sempre più consolidato, ma altresì al c.d. *pacchetto igiene* che ne regola i controlli e mira a garantire un livello elevato di tutela della salute umana dei cittadini europei assicurando l'immissione sul mercato esclusivamente di alimenti sicuri e sani¹⁷.

Parallelamente, negli anni successivi, l'attenzione che l'Unione ha affidato – attraverso le descritte novità normative – alla valorizzazione di elementi ulteriori che esaltassero sempre più il legame tra prodotti e territori, ovvero tra la c.d. *qualità* di un prodotto e il pregio del processo produttivo, inteso in termini di naturalità, tradizionalità, ecosostenibilità o eticità dello stesso, ha ampiamente stimolato i consumatori europei a concentrarsi sui detti ulteriori elementi di valorizzazione dei beni alimentari oggetto di acquisto.

In altri termini, è proprio attraverso la certificazione e la conseguente comunicazione *business to consumer* per il tramite delle etichette alimentari e dei sistemi di etichettatura che gli imprenditori agricoli riescono a ottenere concreti vantaggi economici a seguito delle scelte indotte dalla PAC attraverso la *politica disaccoppiata*. E, in un settore in cui le scelte di consumo incidono sulla realtà e sulla solidarietà so-

¹⁶ Reg. (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.

¹⁷ La sicurezza che gli alimenti siano privi di rischi per la salute dipende dal corretto svolgimento delle fasi della filiera agroalimentare. Uno degli obiettivi primari del pacchetto è stato quello di uniformare la legislazione di tutti gli Stati membri in modo tale da definire identici requisiti di sicurezza degli alimenti.

Il pacchetto igiene è composto dai seguenti dati normativi: Reg. (CE) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari; Reg. (CE) n. 853/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale; Reg. (CE) n. 854/2004, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano; Dir. (CE) n. 99/2002 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, che stabilisce norme di polizia sanitaria per la produzione, la trasformazione, la distribuzione e l'introduzione di prodotti di origine animale destinati al consumo umano.

ciale nei termini sopra detti, ancora una volta, è il consumatore a modulare l'intensità dei c.d. *moti transitori* nel settore agroalimentare.

3. Dalla qualità alla sostenibilità: la riforma UE per le indicazioni di origine

Il sistema di *condizionalità* introdotto nel 2003 è rimasto un caposaldo della PAC anche per i successivi periodi di programmazione (2014/20 2021-23/2027), durante i quali, in particolare, il processo di valorizzazione di temi ambientali ed economico-sociali ha raggiunto il momento di apice.

L'articolo 93 del regolamento (UE) n. 1306/2013, relativo al periodo di programmazione della PAC 2014/2020, ha posto i settori *i)* dell'ambiente, del cambiamento climatico e delle buone condizioni agronomiche; *ii)* della sanità pubblica, della salute delle piante e degli animali; *iii)* del benessere degli animali, quale perimetro entro il quale possono normativamente disporsi i criteri di gestione obbligatori (CGO) e le norme per il mantenimento del terreno in buone condizioni agronomiche e ambientali.

In questi anni si è assistito alla proliferazione di un impianto giuridico-programmatico sempre più strutturato per la politica rurale da parte del FEASR (Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale), orientato all'innalzamento della c.d. *qualità* dei processi produttivi, intesa quale innovazione, ecologicità, naturalità, socialità, correttezza, eticità, ecc. della produzione e in generale dell'intero comparto commerciale agricolo europeo.

Sin dai *considerando* il regolamento (UE) n. 1305/2013¹⁸ ha ampiamente incoraggiato, in materia di sviluppo rurale, il miglioramento della competitività dei produttori primari integrandoli meglio nella filiera agroalimentare attraverso l'applicazione dei c.d. *regimi di qualità*, la creazione di un valore aggiunto per i prodotti agricoli, la promozione

¹⁸ Reg. (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio.

dei prodotti nei mercati locali, le filiere corte, soprattutto attraverso la costituzione di associazioni e organizzazioni di produttori che consentissero agli agricoltori di affrontare insieme le sfide poste dall'inaspirarsi della concorrenza e dalla necessità di consolidamento degli sbocchi di mercato a valle¹⁹.

È proprio l'aver fissato una molteplicità di obiettivi differenziati e dettagliati che ha reso innovativa la programmazione della PAC 2014/2020 ma che, sulla base dell'esperienza concretamente vissuta, ha fatto emergere le criticità di un sistema esageratamente aperto e multilivello, con obiettivi ambiziosi ma ancora acerbo per ciò che concerne l'organicità strategica e la coerenza di sistema. L'articolo 5 del regolamento (UE) n. 1305/2013, che ha posto le priorità dell'Unione in materia di sviluppo rurale per il periodo 2014/2020, ha menzionato in un'unica norma i temi dell'innovazione tecnologica, della gestione equa delle risorse, della preservazione e del ripristino degli ecosistemi connessi al-

¹⁹ Il riferimento va innanzitutto al Considerando n. 14 che, dopo aver ribadito che i regimi di qualità unionali e nazionali dei prodotti agricoli e alimentari offrono al consumatore garanzie circa la qualità e le caratteristiche del prodotto o del procedimento di produzione, aggiungendo così valore aggiunto ai prodotti interessati, dispone che «per garantire le risorse del FEARS, il sostegno dovrebbe essere limitato agli agricoltori in attività quali definiti all'articolo 9 del regolamento (UE) n. 1307/2013. Poiché al momento dell'adesione ai regimi in parole e nei primi anni della partecipazione gli agricoltori non sono sufficientemente compensati dal mercato per i costi aggiuntivi e per i vincoli imposti loro da tale partecipazione, il sostegno dovrebbe essere previsto per le nuove adesioni e non protrarsi per più di cinque anni [...]». Si fa riferimento, inoltre, al Considerando n. 21 il quale, oltre a enunciare la centralità del ruolo delle associazioni o delle organizzazioni dei produttori sul consolidamento degli sbocchi sul mercato e per la rappresentatività degli imprenditori agricoli di piccole e medie dimensioni, dispone che «gli Stati membri hanno la possibilità di dare priorità alle associazioni e organizzazioni di produttori relative ai prodotti di qualità di cui alle misure sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari ai sensi del presente regolamento. Per assicurare che l'associazione o l'organizzazione di produttori diventi un'entità vitale, la concessione di un sostegno da parte dello Stato membro dovrebbe essere subordinata alla presentazione di un piano aziendale. Affinché il sostegno non si trasformi in aiuto al funzionamento ma conservi la sua funzione di incentivo, occorre limitarne la durata a un massimo di cinque anni a decorrere dalla data di riconoscimento dell'associazione o dell'organizzazione di produttori in base al suo piano aziendale».

l'agricoltura e alla silvicoltura, dell'inclusione sociale e della riduzione della povertà, ecc. Trattasi di temi che alludono tutti al concetto di sostenibilità, già presente nel 2013, ma che sono risultati sostanzialmente privi di contenuti concreti, proprio in forza della poliedricità tipica della sostenibilità, carattere quest'ultimo di difficile contrazione in un unico concetto giuridico. D'altra parte, ancora oggi uno dei principali ostacoli alla proliferazione di sistemi di certificazione e di comunicazione *business to consumer* relativi alla *sostenibilità* dei prodotti alimentari è quello della enorme difficoltà di reperire e coniugare in un'unica fonte giuridica tutte le voci che la compongono.

Nel decennio 2010/20 – e ciò è anche esplicitato all'articolo 5, n. 3, lett. *a* e all'articolo 16 dell'ultimo regolamento citato – il legislatore europeo ha preferito spronare la proliferazione di regimi di qualità che fossero idonei, seppur con riguardo ad alcuni singoli aspetti della sostenibilità, a garantire la certificazione e la trasmissione di informazioni chiare e facilmente intuibili sui processi di filiera che costituissero un valore aggiuntivo, sovvenzionandone l'adesione degli imprenditori agricoli.

Guardando ora ai più noti regimi di certificazione della *qualità* dei prodotti agricoli esistenti in Europa, al fine di comprendere la più o meno intensa influenza di questi sul processo di transizione verso la sostenibilità, sembra opportuno menzionare i regimi di certificazione *biologico* (introdotto con il regolamento (CE) n. 834/2007 e oggi disciplinato dal regolamento (UE) n. 848/2018) e il regime delle *indicazioni geografiche* dei prodotti agricoli (disciplinato, dapprima, dal regolamento (CE) 2081/1992, poi, dal regolamento (CE) n. 5010/2006 e, ancora, dal regolamento (UE) n. 1151/2012, oggi abrogato dal Regolamento (UE) n. 1143/2024)²⁰.

Con riguardo all'agricoltura biologica, che consiste in un metodo di produzione agricola che esalta e rispetta la naturale fertilità dell'ecosistema,

²⁰ Regolamento (UE) 2024/1143 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, relativo alle indicazioni geografiche dei vini, delle bevande spiritose e dei prodotti agricoli, nonché alle specialità tradizionali garantite e alle indicazioni facoltative di qualità per i prodotti agricoli, che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013, (UE) 2019/787 e (UE) 2019/1753 e che abroga il regolamento (UE) n. 1151/2012.

stema del suolo, il ciclo naturale della vita e la salubrità dei prodotti, è agevole affermare che – con l’eccezione degli aspetti c.d. *sociali* della sostenibilità, i quali sfuggono alla normativa in commento e accendono il dibattito dottrinale sul punto – tali tecniche di produzione rispecchiano i canoni della sostenibilità, non (soltanto) per il fatto che sfuggono all’utilizzo di prodotti di sintesi (es. fitofarmaci, concimi chimici, antimicrobici stimolanti, ecc.), ma proprio in forza della capacità di coinvolgere e di proteggere anche una pluralità di altri valori, quali l’ambiente, gli ecosistemi, la sicurezza alimentare, aspetti etici riguardanti per esempio il benessere animale, le tradizioni culturali, la biodiversità, lo sviluppo sostenibile, ecc.

Proprio sulla base di tale forza espansiva tipica della certificazione biologica, nel periodo di programmazione della PAC 2023/27, e, dunque, nel momento in cui è stata messa agli atti la piena transizione verso la sostenibilità, intesa proprio quale concetto a sé stante, contraddistinto dagli altri proprio in forza della capacità di includere una molteplicità di sottosectori tutti collegati da un unico filo conduttore (poliedricità), quello del biologico è rimasto uno dei principali strumenti strategici per condurre le aziende verso, appunto, una gestione sostenibile della filiera e del mercato agroalimentare in generale.

Avendo avuto modo di valutare i punti di forza e le criticità delle misure della PAC 2014/2020, la Commissione, a partire dal 2017, ha emanato una serie di Comunicazioni – dalla portata storica come la Comunicazione *Il futuro dell’alimentazione e dell’agricoltura*²¹ del 2017 o, ancor più centrale, il *New Green Deal*²² del 2019 – volte a porre le basi per una nuova PAC che sia in grado di ridurre di astrattezza i contenuti della sostenibilità timidamente posti nel 2013 (attraverso la predisposizione di *target* minimi centralmente fissati) e che conceda un

²¹ COM(2017)713 *final*, Bruxelles, del 29 novembre 2017, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni Empty, “Il futuro dell’alimentazione e dell’agricoltura”.

²² COM(2019)640 *final*, Bruxelles, dell’11 dicembre 2019, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, “Il Green Deal europeo”.

grado decisamente maggiore di sussidiarietà agli Stati nella individuazione delle strategie e degli impegni di medio termine, fondamentali per il compimento di un processo di transizione di tale calibro.

La certificazione biologica e, in particolare, le modalità di produzione biologica hanno condotto e ispirato il legislatore della nuova PAC, ritenendolo idoneo a integrare i canoni della sostenibilità e, pertanto, già nella strategia *From farm to fork* del *Green Deal europeo*, viene posto l'obiettivo del conseguimento del 25% della superficie agricola dell'UE in agricoltura biologica. Obiettivo quest'ultimo confermato dai regolamenti della nuova PAC emanati nel 2021.

È interessante notare come il regolamento (UE) n. 2115/2021 fissi gli obiettivi generali e, in coerenza con la Comunicazione “Il futuro dell'alimentazione e dell'agricoltura”, rimandi ai Piani strategici degli Stati membri quanto ai modi e le forme di raggiungimento di tali obiettivi²³. Anche tale scelta di principio ha importanti conseguenze sul pia-

²³ Il 2 dicembre 2022 la Commissione europea ha approvato la versione ufficiale del Piano Strategico Nazionale italiano inerente alla PAC 2023/2027 (COM(2022)8645 *final*, Bruxelles, Decisione di esecuzione della Commissione del 2 dicembre 2022 che approva il piano strategico della PAC 2023-2027 dell'Italia ai fini del sostegno dell'Unione finanziato dal fondo europeo agricolo di garanzia e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale), il quale – a partire dal 1 gennaio 2023 – attuerà una serie di strategie inedite, innovative e specificamente designate per il raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Europa ai sensi dei regolamenti (UE) nn. 2115 (reg. (UE) n. 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013), 2116 (reg. (UE) n. 2021/2116 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune che abroga il regolamento (UE) n. 1306/2013) e 2117 del 2021 (Reg. (UE) 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1212 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione).

no della sostenibilità, fosse solo per quanto concerne la maggiore tutela delle diversità sociali e paesaggistiche delle varie aree rurali cui si applicano i regolamenti della PAC.

In tal contesto il PSN italiano mira al potenziamento della competitività del sistema in ottica sostenibile dal punto di vista ambientale, economico e sociale e a ciò predispone 5 ecoschemi e 26 interventi agroclimatico-ambientali di cui al secondo pilastro. In particolare, sono stati stanziati 2.5 miliardi di euro all'agricoltura biologica (oggi pacificamente considerata la tecnica di produzione privilegiata per concorrere al raggiungimento di tutti gli obiettivi ambientali previsti dalle strategie europee) e 1.8 miliardi di euro per il miglioramento del benessere animale e per combattere il fenomeno dell'antimicrobico resistenza. Anche questo secondo obiettivo ha di fatto concretamente incluso il sistema di produzione biologico, il quale è stato posto quale unica alternativa all'adesione, da parte degli imprenditori agricoli che intendono beneficiare del sostegno, a un nuovo disciplinare "di sostenibilità" SQNBA relativo al trattamento fisico-sanitario e psicologico degli animali nelle aziende zootecniche (Sistema di Qualità Nazionale sul Benessere Animale) e che, insieme al disciplinare biologico, costituisce il filtro per l'adesione ai più alti livelli remuneratori dell'ecoschema (1) sul benessere animale²⁴.

Il metodo di produzione biologico, quantomeno per ciò che concerne le tematiche ambientali, etiche e di sicurezza e salubrità alimentare, risponde certamente ai canoni della sostenibilità e sembra oggi costituire uno strumento utile per le Istituzioni europee e nazionali per contribuire alla transizione che si descrive.

²⁴ Sebbene SQNBA non riesca a toccare tutti gli aspetti sottesi al tema, tuttavia, sulla scia della certificazione biologica, sembra essere scientificamente fondata e strategicamente valida a selezionare adeguatamente le produzioni maggiormente sostenibili per quanto concerne il benessere animale e il relativo trattamento farmacologico, valorizzando così le filiere tradizionali ed estensive, che non avranno bisogno di modifica alcuna per accedere ai più alti livelli dell'ecoschema e mettendo, altresì, ordine tra i vari protocolli di certificazione esistenti nel medesimo ambito, divenendo per quest'ultimi obbligatorio allinearsi al disciplinare SQNBA.

Lo stesso non può dirsi con riguardo alle indicazioni geografiche dei prodotti agricoli UE, il cui settore era inizialmente regolato da specifiche discipline differenti per ogni Stato e, successivamente, l'Unione ha unificato il quadro giuridico con il regolamento (UE) n. 1151/2012 del novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari contenente la disciplina delle denominazioni di origine protetta (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP), in modo da assicurare ai produttori e ai consumatori europei di recepire i messaggi *di qualità* in maniera *chiara e non decettiva*²⁵.

L'indicazione geografica non è altro che espressione del

collegamento, al nome del prodotto, delle proprietà organolettiche impresse al prodotto da un particolare terreno e da un particolare clima, proprietà che il consumatore si aspetta di ritrovare nei prodotti indicati con quel nome geografico²⁶

ma con riguardo al nesso tra indicazioni geografiche e sostenibilità nulla disponeva il regolamento (UE) n. 1151/2012.

Sembra inoltre condivisibile l'assunto secondo cui senza una riforma radicale della PAC votata alla sostenibilità, difficilmente le produ-

²⁵ Cfr. A. DI LAURO, *Le denominazioni d'origine protette e le indicazioni geografiche protette di fronte alla sfida dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2018, 381; M. GOLDONI, *Denominazioni di origine*, in *Dig. Civ.*, vol. V, Torino, 1989, 190; L. COSTATO, *La protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine e le attestazioni di specificità*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1995, 488; E. ROOK BASILE, *I segni distintivi dell'impresa e dei prodotti agricoli*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2004, 735; N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato agroalimentare: marchi e segni del territorio*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, vol. 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 321; A. GERMANÒ, V. RUBINO, *La tutela dell'origine dei prodotti alimentari in Italia, nell'Unione europea e nel commercio internazionale*, Milano, 2015; L. SALVI, *Le DOP, le IGP (e le STG): il regolamento (UE) n. 1151/2012 sul regime di qualità degli alimenti*, in L. COSTATO, P. BORGHI, S. RIZZIO-LLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, IX ed., Milano, 2019, 287.

²⁶ Cfr. A. GERMANÒ, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, II ed., Torino, 2019, 141.

zioni DOP e IGP potranno essere sistematicamente considerate sostenibili²⁷. E tale *incipit* sembra essere stato ricevuto dal legislatore europeo in un contesto di generale transizione dell'Europa e delle sue politiche economiche e alimentari verso i valori variegati e aggiuntivi propri della sostenibilità, il Regolamento (UE) n. 1143 dell'11 aprile 2024²⁸.

In particolare, il nuovo Regolamento sulle DOP e sulle IGP mira a contribuire agli obiettivi perseguiti dalla Politica agricola comune e, specificamente, a migliorare la risposta dell'agricoltura unionale alle esigenze della società rivolte ai risultati in termini di sostenibilità economica, sociale e ambientale della produzione agricola²⁹.

A ben guardare, sono proprio gli emendamenti a tale proposta a detenere la maggior parte del potere evolutivo verso la transizione che si descrive. Invero, sin dall'inizio, il Parlamento europeo ha rimarcato l'importanza del ruolo che le indicazioni geografiche possono svolgere in termini di sostenibilità, anche nel settore dell'economia circolare, *il che potrebbe accrescerne il valore di patrimonio culturale e rafforzarne così il peso nel quadro delle politiche nazionali e regionali al fine di conseguire gli obiettivi del Green Deal europeo* (cfr. emendamento 1-bis). Ciò nella consapevolezza che la Commissione – nella comunicazione del 2021 rubricata *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040* – ha espressamente riconosciuto alle indicazioni geografiche un ruolo chiave tra le iniziative faro che promuovono zone rurali prospere, alla luce del loro contributo alla diversificazione economica delle zone rurali e della forte associazione tra un prodotto e la sua origine territoriale.

Tutto ciò induce a ritenere che anche le indicazioni geografiche come DOP, IGP e STG sono strumenti che, ove poggiati su un quadro normativo idoneo a valorizzare la spinta potenziale di questi elementi di

²⁷ Cfr. A. DI LAURO, *Gli effetti dei cambiamenti climatici sulla disciplina delle indicazioni geografiche: curiosità e prospettive*, in *Riv. dir. al.*, 3, 2022, 22.

²⁸ Cfr. nota 20.

²⁹ Tale opera di revisione era già stata prospettata nel quadro del *Green Deal europeo* del 2019 e delle iniziative per l'adeguatezza e l'efficacia della regolamentazione (REFIT) e anticipata nel documento relativo alla *Farm to fork strategy*.

qualità, possono concretamente contribuire (tanto quanto il biologico) al raggiungimento di obiettivi chiave per la nuova PAC e, più in generale, per il raggiungimento degli standards di sostenibilità nell'intero comparto agroalimentare europeo, quali, per esempio, la realizzazione dello sviluppo rurale sostenibile, la prevenzione della delocalizzazione e dello spopolamento attraverso la creazione e il mantenimento dei posti di lavoro nelle zone rurali europee e il sostegno ai produttori su piccola scala, locali e tradizionali, alla conservazione della diversità culturale e socioeconomica, alla tutela del paesaggio, alla gestione e riproduzione sostenibili delle risorse naturali, alla conservazione della biodiversità, al benessere animale e alla sicurezza e alla tracciabilità degli alimenti³⁰.

Inoltre – e sembra questo l'elemento di maggiore innovazione – il Regolamento (UE) 1143/2024 dispone testualmente che per contribuire alla transizione verso un sistema alimentare sostenibile e rispondere alle esigenze della società rivolte a metodi di produzione sostenibili, rispettosi pertanto dell'ambiente, economicamente funzionanti e socialmente ed eticamente responsabili,

i produttori di prodotti designati da indicazioni geografiche dovrebbero essere incoraggiati a rispettare pratiche sostenibili comprendenti obiettivi ambientali, sociali ed economici, che vadano al di là delle norme obbligatorie. Tali pratiche potrebbero essere stabilite nel disciplinare o in un'iniziativa separata. Le pratiche di sostenibilità comprese nel disciplinare dovrebbero essere correlate ad almeno uno dei tre principali tipi di sostenibilità: ambientale, sociale ed economica (Considerando n. 23).

Pertanto, con il detto Regolamento, l'Unione europea ha voluto arricchire la disciplina delle indicazioni geografiche con una serie di ele-

³⁰ Quanto detto sembra trovare conferma, tra gli altri, al considerando 8 del Regolamento in commento, ove è sancito che «prodotti di qualità rappresentano una delle maggiori risorse dell'Unione, sia per la sua economia che per la sua identità culturale. Tali prodotti, la più forte rappresentazione del marchio «made in the EU», riconoscibile in tutto il mondo, generano crescita e tutelano il patrimonio dell'Unione. I vini, le bevande spiritose e i prodotti agricoli, compresi i prodotti alimentari, sono una risorsa dell'Unione che deve essere ulteriormente rafforzata e protetta».

menti ulteriori che, oltre al legame tra prodotti e territori, valorizzano il carattere multidimensionale della sostenibilità (ambientale, economica e sociale).

Osservando dall'esterno il fenomeno se ne deduce che non trattasi di una migrazione (giuridico-programmatoria) dal concetto di *qualità* verso quello di *sostenibilità* con conseguente finalità di abbandono del primo che da anni costituisce un punto di forza del sistema agroalimentare europeo in favore del secondo, ma piuttosto le Istituzioni europee attraverso la PAC e i detti documenti settoriali stanno in tutti i modi cercando di far penetrare i valori della sostenibilità (economica, ambientale e sociale) all'interno di concetti, processi e valori immateriali che sin dalle origini muovono i fili dell'intera transizione, quale quello, appunto, della *qualità* dei prodotti strettamente legati al luogo di naturale produzione.

Va ulteriormente precisato che quest'ultimo Regolamento consente di svolgere ulteriori considerazioni sul tema delle etichette alimentari.

Come già detto, uno dei principali elementi ostativi all'introduzione di un disciplinare europeo unico di sostenibilità – attuabile in forma obbligatoria o facoltativa, ma che includa nel medesimo bene immateriale tutti i canoni della sostenibilità centralmente riconosciuti dall'Unione – è proprio la difficoltà di racchiudere in un unico documento (disciplinare) una molteplicità di elementi, così tanto variegata che risulta di difficile contrazione nel medesimo concetto giuridico.

L'inclusione dei canoni della sostenibilità nell'apparato regolamentare che disciplina la certificazione dei prodotti di qualità relativa alle indicazioni geografiche di provenienza degli stessi – sistema già completo e funzionante da diversi anni – sembra costituire un valore aggiunto anche con riguardo al tema generale dell'etichettatura di sostenibilità. Infatti, da una parte, consente di allineare i contenuti normativi che regolano il funzionamento dei c.d. *marchi di qualità* dei prodotti alimentari già esistenti e funzionanti sul mercato europeo, evitando eccessivi e controproducenti divari contenutistici tra le varie forme di etichettatura alimentare (che, in ogni caso, costituiscono tutte dei più o meno concreti mezzi per orientare le scelte dei consumatori verso prodotti che rispecchiano gli obiettivi generali comunitariamente imposti) e, dall'altra, tale inclusione sembra costituire un passo obbligato anche

per evitare di indurre in (eccessiva) confusione il consumatore nel momento della selezione e dell'acquisto del prodotto, il quale sarà messo in condizione di assumere scelte consapevoli e giuridicamente garantite da vincoli maggiori che, una volta per tutte, ineriscono direttamente ai canoni della sostenibilità.

LA PROTEZIONE DELL'IDENTITÀ NELLA SOCIETÀ DIGITALE

CONSIDERAZIONI CRIMINOLOGICHE E GIURIDICHE

*Gabriele Baratto, Ludovica Tomasini**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Furto di identità digitale: una panoramica criminologica.* 2.1. *La definizione di «furto di identità»: questioni lessicali e contenutistiche.* 2.2. *Le fasi dell'attività criminale: l'appropriazione dell'identità digitale.* 2.3. *Segue: la detenzione e il trasferimento dell'identità digitale.* 2.4. *Segue: l'utilizzo illecito dell'identità digitale.* 2.5. *La diffusione del fenomeno.* 3. *La tutela penale dell'identità digitale.* 3.1. *Identità digitale: un bene giuridico «in transizione».* 3.2. *La tutela penale dell'identità digitale: un quadro composito.* 3.3. *Segue: la tutela penale dell'identità digitale: criticità pratico-applicative.* 4. *Conclusioni.*

1. Introduzione

La transizione digitale ha profondamente modificato e plasmato la società in ogni suo aspetto, tanto che dal punto di vista sociologico l'avvento di internet e delle nuove tecnologie viene considerato un «fatto umano totale»¹, locuzione utilizzata per identificare tutti quei fenomeni che permeano profondamente e trasversalmente sia il mondo che i modi in cui gli individui lo vivono. Tale trasformazione ha infatti riguardato ogni aspetto della vita sociale: non solo il modo di lavorare, ma anche il contenuto stesso dei lavori; non solo il modo di relazionarsi con gli altri

* Sebbene il contributo debba essere considerato frutto del lavoro condiviso e sinergico dei due autori, le sezioni possono essere così attribuite: Gabriele Baratto (parr. 1, 2, 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4), Ludovica Tomasini (parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3 e 4).

¹ A. DI NICOLA, *Criminalità e Criminologia Nella Società Digitale*, Milano, 2021, 15-16; N. MARRES, *Digital Sociology. The reinvention of social research*, Cambridge, 2017, 13.

individui ma anche le stesse relazioni interpersonali, non solo le forme di accesso alle informazioni, ma anche la quantità e la tipologia di informazioni a cui si può avere accesso.

In questo contesto, il processo di cambiamento ha toccato uno dei concetti chiave in ogni società, ovvero quello di identità. Cosa significa tale termine? Dare una risposta univoca a questa domanda non è possibile, considerando che esistono diverse prospettive teoriche e disciplinari da cui può essere analizzato (psicologia sociale, psicologia dello sviluppo, filosofia, sociologia, ecc.). Nonostante ciò, fino a qualche tempo fa non suscitava particolari problematiche identificare cosa si intendesse per identità personale dal punto di vista giuridico. Tradizionalmente, infatti, l'identità personale faceva riferimento all'insieme delle caratteristiche che permettono a un soggetto di distinguersi dagli altri consociati (vedi anche Cass. n. 978/1996). Allo stesso tempo, la protezione giuridica dai possibili abusi è offerta dal reato di sostituzione di persona (art. 494 c.p.), che punisce tutti i casi in cui qualcuno

al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici [...].

L'identità giuridica comprende quindi elementi come il nome, la data di nascita, il genere, la cittadinanza, il numero di identificazione fiscale, altri dati biografici essenziali e alcune qualifiche. Queste informazioni sono utilizzate per distinguere le diverse persone e per attribuire loro responsabilità legali e diritti specifici. Un concetto di identità, quindi, unitario e fortemente collegato alla materialità dell'essere umano.

La digitalizzazione della società ha reso tuttavia tale panorama molto più complesso dal momento che, di fianco all'identità personale, si è inserita la c.d. *identità digitale*. Benché il termine sia ormai diventato molto diffuso, non esiste una definizione universalmente accettata che ne chiarisca i contorni in modo univoco. A livello nazionale, un riferimento viene dato dall'art. 1 del c.d. *Decreto SPID*² che parla, in modo

² D.P.C.M., 24 ottobre 2014.

molto generale, di «rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale». Il concetto di identità digitale è stato anche inserito nella «Dichiarazione dei diritti di internet», documento promosso nel 2015 dalla Commissione per i diritti e i doveri di internet della Camera dei Deputati. L'art. 9, rubricato «Diritto all'identità», stabilisce che

1. Ogni persona ha diritto alla rappresentazione integrale e aggiornata delle proprie identità in Rete. 2. La definizione dell'identità riguarda la libera costruzione della personalità e non può essere sottratta all'intervento e alla conoscenza dell'interessato. 3. L'uso di algoritmi e di tecniche probabilistiche deve essere portato a conoscenza delle persone interessate, che in ogni caso possono opporsi alla costruzione e alla diffusione di profili che le riguardano [...].

Dalla lettura del testo emerge chiaramente una sostanziale differenza tra l'identità personale (tradizionalmente collegata al mondo *offline*) e l'identità digitale. La prima, sebbene sia composta da una serie di diversi attributi, è una e una soltanto per ciascun individuo. La seconda, invece, non è un concetto unitario: una singola persona può infatti essere collegata a diverse «identità in Rete» o a diversi «profili». In sintesi, il concetto di identità digitale è molto variegato e fa riferimento alle varie manifestazioni di un individuo negli ambienti virtuali. Queste possono essere, per esempio, le credenziali di accesso a un determinato servizio (come la casella di posta elettronica o il servizio di *home banking*), ai dati dei sistemi di pagamento (quali i codici delle carte di credito e di debito), ai dati biometrici utilizzati per accedere ad alcuni dispositivi elettronici, agli account nei social media o agli avatar nei metaversi.

La transizione digitale ha non solo ampliato il concetto stesso di identità (tanto che, forse, oggi è meglio parlare al plurale di «identità digitali»), ma anche la frequenza e le tipologie di minacce connesse alla stessa. L'esistenza di efficaci tecniche (sia informatiche che di ingegneria sociale) per «sottrarre» l'identità personale ai legittimi proprietari ha infatti offerto ai criminali, spesso in forma organizzata, l'opportunità di elaborare schemi illeciti di diversa natura finalizzati, per esempio, alle

frodi finanziarie, alla facilitazione di altri reati, o all'arrecare danni reputazionali.

Sorge quindi spontanea una domanda. Gli strumenti giuridici elaborati per proteggere l'identità personale nel mondo offline, sono anche idonei a contrastare i comportamenti malevoli contro l'identità digitale? Il presente contributo si pone l'obiettivo di rispondere a questo quesito. A tal fine, la prossima Sezione (2) offrirà una panoramica criminologica sul furto e sulle frodi di identità digitale. Successivamente (Sezione 3) verranno analizzate alcune delle principali fattispecie penalmente rilevanti che tutelano, nel nostro ordinamento, la proiezione dell'individuo in rete.

2. Furto di identità digitale: una panoramica criminologica

2.1. La definizione di «furto di identità»: questioni lessicali e contenutistiche

Con l'espressione «furto di identità» (sia essa digitale o meno) si intende, in senso stretto, l'appropriazione indebita da parte di un soggetto dell'identità altrui. È tuttavia necessario fare alcune precisazioni preliminari sia di carattere lessicale che contenutistico. La prima precisazione si riferisce al termine «furto», impiegato in questo caso in un'accezione senza dubbio poco ortodossa. Penalisti e criminologi da sempre, infatti, identificano tale fattispecie (utilizzando le parole dell'art. 624 c.p.) con lo spossessamento della cosa mobile altrui, che viene sottratta a chi la detiene. Risulta quindi subito evidente, nel caso in esame, un utilizzo *sui generis* della locuzione. Da un lato, l'identità non è una «cosa mobile» che può essere sottratta a qualcuno; dall'altro, la vittima non viene spossessata della propria identità e rimane sempre nella posizione di poterla utilizzare. Un caso esemplificativo può essere offerto dall'acquisizione illecita da parte di un criminale dei dati relativi ai sistemi di pagamento: i codici di una carta di debito o di credito non costituiscono una cosa mobile che viene tolta al legittimo proprietario e quest'ultimo può ancora utilizzarli anche a seguito dell'episodio di vittimizzazione; nella maggioranza dei casi, è infatti lo stesso titolare a

inibire l'utilizzo della carta (anche per sé stesso) una volta venuto a conoscenza del furto.

Sempre a livello lessicale, c'è chi intravede come problematico anche l'utilizzo del termine «identità». Come anticipato in introduzione, l'identità personale è una nozione delicata permeata di sfumature e connotati anche astratti propri della filosofia e della psicologia; al contrario, sarebbe quindi meno fuorviante parlare di «identificazione» (o «identificativo») che appare invece essere invece un concetto più concreto e pratico³. Per questi motivi c'è chi sostiene che sarebbe più corretto impiegare una terminologia diversa, utilizzando «furto di identificazione», «frode di identificazione» oppure, per superare entrambi i problemi lessicali appena evidenziati, di «reato basato sull'identificazione»⁴. Al netto di tali considerazioni terminologiche, sicuramente ben fondate, ancora oggi sia a livello nazionale che internazionale la locuzione «furto di identità» continua a essere quasi universalmente utilizzata e, per questo motivo, sarà adottata anche nel presente contributo.

Un'ultima importante precisazione riguarda il contenuto della dicitura «furto di identità». Sebbene non esista una definizione universalmente accettata (né a livello nazionale, né a livello europeo o internazionale) e quindi le legislazioni, le aziende private e gli studiosi ne facciano a volte uso dandone dei connotati differenti, essa viene generalmente utilizzata per ricomprendere non solo la fase di acquisizione indebita da parte del criminale ma anche i successivi utilizzi malevoli della stessa. Facendo un paragone, è come se la parola «furto» venisse genericamente utilizzata anche per indicare l'utilizzo o la ricettazione dei beni rubati. A titolo di esempio, per l'OECD con *identity theft* si fa riferimento al crimine che si verifica quando un individuo «acquisisce, trasferisce, possiede o usa senza autorizzazione le informazioni personali di una persona con l'intento di commettere (o in connessione con)

³ R. CLARKE, *Human Identification in Information Systems: Management Challenges and Public Policy Issues*, in *Information Technology and People*, 7, 1994, 6-37.

⁴ J. LYONS, *Threats of the new millennium: Policing identification-based crime*, in *Blue Line Magazine*, 2006, 8-11; S. SPROULE, N. ARCHER, *Defining Identity Theft*, *Eighth World Congress on the Management of eBusiness*, Toronto, 2007, 20-20.

frodi o altri reati»⁵. Più in generale, i criminologi identificano tre fasi costituenti il comportamento illecito: (i) il furto o l'acquisizione dell'identità altrui; (ii) la detenzione il trasferimento dell'identità indebitamente posseduta; (iii) l'abuso (o comunque l'utilizzo non autorizzato) dell'identità altrui per finalità illecite⁶.

2.2. *Le fasi dell'attività criminale: l'appropriazione dell'identità digitale*

Come anticipato, la prima fase dell'attività criminale è finalizzata all'appropriazione senza consenso dell'identità di un'altra persona. Va sottolineato che l'acquisizione dei dati personali non rappresenta di solito l'obiettivo finale dei perpetratori del reato, ma piuttosto un mezzo per compiere ulteriori illeciti sfruttando le informazioni d'identità rubate. Questa dinamica comporta alcune importanti implicazioni: le vittime, infatti, spesso vengono a conoscenza dell'episodio solo in un secondo momento, ovvero quando subiscono una frode o un abuso avvenuto tramite l'utilizzo dei propri dati. Inoltre, quando vengono commessi crimini legati all'identità, le vittime potrebbero non essere in grado di determinare con precisione quando e come i loro dati d'identità siano stati originariamente sottratti. Dal punto di vista della ricerca criminologica, questa fase risulta quindi particolarmente sommersa e, in quanto tale, sconta una significativa mancanza di affidabili informazioni di carattere quantitativo. Negli ultimi anni si è tuttavia consolidata la conoscenza qualitativa sulle varie tecniche utilizzate dai criminali, generalmente ascrivibili a due macrocategorie.

La prima categoria è costituita dalle tecniche basate sull'ingegneria sociale, ovvero un insieme di strategie in cui i criminali fanno ricorso a metodi psicologici per ingannare le potenziali vittime spingendole a condividere i propri dati personali, finanziari o sensibili⁷. Questa cate-

⁵ OECD, *OECD Policy Guidance on Iline Identity Theft*, Parigi, 2008.

⁶ EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *Study on online identity theft and identity related crime*, Luxembourg, 2022.

⁷ C. HADNAGY, *Social Engineering: The Art of Human Hacking*, Indianapolis, 2011; I.A.M. ABASS, *Social Engineering Threat and Defense: A Literature Survey*, in *Journal of Information Security*, 9(4), 2018, 87360.

goria è estremamente ampia e comprende vari tipi di attacchi (che possono essere di natura tecnica, fisica, sociale o socio-tecnica), condotti sia da autori umani che da software (si pensi all'invio massivo di messaggi di posta elettronica effettuato in modo automatico da sistemi informativi creati *ad hoc*) e che possono essere perpetrati attraverso differenti canali digitali (quali l'e-mail, i servizi di messaggistica istantanea, le chiamate VoIP o i social media). In questa vasta categoria, la tecnica principale è costituita dal *phishing*, da alcuni considerata «la minaccia numero uno nel mondo di Internet»⁸. Sebbene gli attacchi effettuati con questa metodologia illecita siano ormai utilizzati da diversi anni, la pandemia ha agito quale importante catalizzatore aumentandone significativamente frequenza e portata.

I criminali hanno infatti fin da subito sfruttato le opportunità offerte dal periodo di crisi per attaccare le persone vulnerabili, approfittando delle loro preoccupazioni sanitarie o economiche, manipolando le loro emozioni per farle cadere vittime degli attacchi. Allo stesso tempo hanno fatto leva sulla veloce (e talvolta forzata) digitalizzazione delle attività sociali e lavorative intercorsa durante e dopo la pandemia che ha coinvolto anche soggetti scarsamente alfabetizzati dal punto di vista informatico e quindi maggiormente esposti al rischio di vittimizzazione negli ambienti virtuali⁹.

Il *phishing* può essere a sua volta suddiviso in molte sotto-categorie, dalle più elementari e risalenti nel tempo alle più sofisticate e recenti¹⁰. La più diffusa (e comunemente più conosciuta) è quella perpetrata tramite e-mail che si manifesta tramite l'invio a un vasto numero di destinatari di comunicazioni fraudolente simulando che le stesse provengano da mittenti fidati, come banche, società di spedizioni e servizi postali, compagnie assicurative, società di servizi informatici o siti di e-com-

⁸ A. ARSHAD et al., *A Systematic Literature Review on Phishing and Anti-Phishing Techniques*, in *Pakistan Journal of Engineering and Technology*, 4(1), 2021, 163-168.

⁹ Tra gli altri si veda: EUROPOL, *How COVID-19-related crime infected Europe during 2020*, Luxembourg, 2020; A. ALZHRANI, *Coronavirus Social Engineering Attacks: Issues and Recommendations*, in *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, 11(5), 2020, 154-161.

¹⁰ A. ARSHAD et al., *op. cit.*

merce. Nelle mail i destinatari vengono indotti, spesso facendo riferimento a una falsa emergenza che necessita di essere prontamente risolta, a cliccare su un link che rimanda a un sito (anch'esso mascherato e gestito dai criminali) nel quale devono fornire i propri dati personali. Un esempio comune è la ricezione di un messaggio da parte di un istituto bancario che richiede al cliente di accedere al sistema di *home banking* per verificare l'assenza di movimentazioni di denaro sospette a seguito di (presunti) incidenti di sicurezza che si sono verificati nell'ultimo periodo. Varianti più sofisticate che mirano a gruppi particolari o ristretti di individui (e non quindi a un indistinto ed elevato numero di destinatari) con messaggi fraudolenti personalizzati e ritagliati sul caso concreto sono costituite dallo *spear-phishing* e dal *whaling*: il primo è solitamente indirizzato ai dipendenti di società private o istituzioni pubbliche mentre il secondo ha come bersagli i dirigenti di alto livello. In questo contesto, negli ultimi anni risulta particolarmente diffuso e preoccupante il c.d. *Business Email Compromise* (comunemente conosciuto con l'acronimo BEC). Questo tipo di attacco, che come si intuisce dal nome prende di mira le persone giuridiche, si verifica quando un malintenzionato simula di essere un dipendente, un fornitore o altra figura di fiducia all'interno di un'azienda per ottenere informazioni riservate (come fondi, numeri di conto, codici di accesso) oppure per persuadere il destinatario a trasferire somme di denaro su un conto di proprietà del criminale¹¹. L'e-mail non è il solo vettore che viene utilizzato per condurre attacchi di phishing e indirizzare le potenziali vittime verso siti fraudolenti finalizzati al furto di informazioni personali. Esempi alternativi sono l'utilizzo di servizi di messaggistica testuale (*smishing*),

¹¹ C. CROSS, R. GILLET, *Exploiting trust for financial gain: an overview of business email compromise (BEC) fraud*, in *Journal of Financial Crime*, 2020, 27(3), 871-884; C. CROSS, M. KELLY, *The problem of 'white noise': examining current prevention approaches to online fraud*, in *Journal of Financial Crime*, 2016, 23(4), 806-828; A.J. BURNS, E. JOHNSON, D. CAPUTO, *Spear phishing in a barrel: Insights from a targeted phishing campaign*, in *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, 2019, 29(1), 24-39; D. ZWEIGHAFT, *Business email compromise and executive impersonation: are financial institutions exposed?*, in *Journal of Investment Compliance*, 2017, 18(1), 1-7.

di chiamate vocali (*vishing*), di codici QR (*quishing*) o dei motori di ricerca (*search engine phishing*): in questo ultimo caso i criminali riescono tramite alcune operazioni informatiche a far comparire il loro sito fraudolento tra i primi risultati di un motore di ricerca, aumentando così che alcuni utenti possano diventare vittime cliccando su un link che potrebbe apparire come particolarmente fidato.

La seconda macrocategoria di tecniche utilizzate per la fase di acquisizione dell'identità digitale è quella costituita dagli attacchi ai sistemi informativi o di comunicazione, ovvero ai metodi sfruttati dai cybercriminali per sottrarre i dati prendendo di mira individui e organizzazioni attraverso l'uso della tecnologia. Tra le tecniche più diffuse si segnalano i *keystroke loggers* (malware che permettono di registrare di nascosto i tasti della tastiera premuti da un utente e quindi di acquisire password, credenziali personali o altre informazioni sensibili), i *trojan horse* (malware, solitamente fatti installare alle vittime tramite tecniche di ingegneria sociale, che permettono ai criminali di stabilire un accesso nascosto da remoto ai sistemi infettati), gli attacchi *man-in-the-middle* (metodo con cui i criminali, sfruttando protocolli di sicurezza deboli, si inseriscono tra i nodi di una comunicazione digitale per intercettare o modificare i dati e le informazioni scambiate) e l'*hacking* (ovvero lo sfruttamento di vulnerabilità presenti nei sistemi informatici o nei software informatici per rubare dati personali). Merita di essere evidenziato che anche questa tipologia di tecniche fortemente basate su metodologie di intervento illecite di tipo informatico è fortemente connessa all'ingegneria sociale. Per poter infettare un sistema informatico, infatti, spesso i criminali ricorrono a e-mail di *phishing* o altri sistemi di circonvenzione delle vittime. Un tipico esempio è costituito dall'invio di e-mail fraudolente contenenti un allegato all'apparenza innocuo (per esempio una fattura) che si chiede di aprire; il file è in realtà un eseguibile che, una volta scaricato, infetterà il dispositivo della vittima.

2.3. *Segue: la detenzione e il trasferimento dell'identità digitale*

La seconda fase dell'attività criminale consiste nella detenzione e nell'eventuale trasferimento ad altri soggetti delle identità digitali illecitamente sottratte alle vittime¹². La compravendita di dati personali avviene principalmente (se non quasi esclusivamente) attraverso canali virtuali e metodologie digitali. Se qualche anno fa venivano utilizzati strumenti generici e abbastanza semplici, quali *chat marketplace* dedicati allo scambio di beni illeciti di diversa natura, oggi si è passati a piattaforme e forum online con schemi maggiormente organizzati e sofisticati¹³.

Contrariamente a quanto si possa pensare, la promozione illecita di dati personali non avviene esclusivamente nel *dark web*, ovvero nella parte sommersa di internet accessibile solo attraverso dedicati *browser* che adottano particolari protocolli di sicurezza che garantiscono l'anonimato. Le piattaforme presenti in questo ambiente giocano sicuramente un ruolo rilevante; allo stesso tempo è però molto significativo anche l'utilizzo di sistemi di comunicazione molto diffusi e accessibili a chiunque (come Telegram o Discord) e dei social media (per esempio i gruppi Facebook dedicati). L'utilizzo di piattaforme comuni risponde da un lato, alla necessità di rendere il proprio negozio virtuale facilmente accessibile al maggior numero di utenti, aumentando i potenziali clienti; dall'altro, all'esigenza di proteggersi dal rischio di essere intercettati dalle forze dell'ordine. Un punto di equilibrio non semplice da trovare e che può essere risolto adottando diverse strategie¹⁴. A livello

¹² EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*; D. KAVALLIEROS et al., *Using the Dark Web*, in B. AKHGAR, M. GERCKE, S. VROCHIDIS, H. GIBSON (a cura di), *Dark Web Investigation. Security Informatics and Law Enforcement*, Cham, 2021; M. MOTOYAMA et al., *An Analysis of Underground Forums*, in *Proceedings of the 2011 ACM SIGCOMM Conference on Internet Measurement*, 2011, 71-80.

¹³ J. FRANKLIN et al., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Internet Miscreants*, in *ACM Conference on Computer and Communications Security*, 2007, 375-88; M. MOTOYAMA et al., *op. cit.*

¹⁴ T.J. HOLT, O. SMIRNOVA, A. HUTCHINGS, *Examining signals of trust in criminal markets online*, in *Journal of Cybersecurity*, 2, 2017, 137-145; L. ABLON, M. LIBICKI,

generale, per risolvere il problema in questo mercato illecito viene sfruttata una compartimentazione per livelli: se può essere infatti abbastanza agevole entrare in contatto con il primo livello di promozione, quello più superficiale, non è altrettanto semplice superare i livelli successivi fino ad arrivare all'ambiente virtuale nel quale si concretizza veramente la compravendita di dati.

Quest'ultimo è solitamente costituito da una piattaforma fortemente strutturata e gerarchica in cui operano utenti con diversi ruoli e compiti¹⁵: gli amministratori (i proprietari della piattaforma, coloro che hanno investito le maggiori risorse e a cui spettano tutte le decisioni più importanti), i moderatori (nominati solitamente dagli amministratori per aiutarli nella gestione quotidiana nelle operazioni e a cui spetta il compito di risolvere le controversie tra utenti e bloccare quelli inaffidabili), i revisori (membri affidabili della comunità a cui è demandato il ruolo di testare i prodotti offerti dai venditori attribuendo a questi un punteggio di affidabilità) e, infine, compratori e venditori.

2.4. *Segue: l'utilizzo illecito dell'identità digitale*

L'ultima fase dell'attività criminale è costituita dall'utilizzo illecito dell'identità digitale della vittima. Come è facile intuire dai passaggi precedenti, tale azione è, a seconda del caso specifico, posta in essere dallo stesso individuo (o dallo stesso gruppo di individui) che ha acquistato illegittimamente i dati personali, oppure da un altro soggetto (o da un altro gruppo di soggetti) che hanno acquistato l'identità personale rubata in canali illeciti.

A. GOLAY, *Markets for Cybercrime Tools and Stolen Data. Hackers' Bazaar*, Washington DC, 2014.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*; A. EL BAHRAWY et al., *Collective dynamics of dark web marketplaces*, in *Science report*, 10, 2020, 18827; M. YIP, N. SHADBOLT, C. WEBBER, *Why forums? An empirical analysis into the facilitating factors of carding forums*, in *Proceedings of the 5th Annual ACM Web Science Conference*, 2013, 453-462; T.J. HOLT, O. SMIRNOVA, C. YI-TING, *Data Thieves in Action: Examining the International Market for Stolen Personal Information*, in *Palgrave Studies in Cybercrime and Cybersecurity*, New York, 2016.

Come recentemente sottolineato sia dalla Commissione europea¹⁶ che da Europol¹⁷, gli utilizzi malevoli delle identità digitali maggiormente diffusi sono finalizzati a ottenere vantaggi finanziari. Le modalità attraverso le quali i criminali riescono a monetizzare i dati personali sono molteplici e diverse in base alla tipologia di informazione posseduta. A mero titolo di esempio si possono citare:

- i trasferimenti diretti di somme di denaro a un conto corrente del criminale (quando si hanno in possesso i dettagli del conto corrente o le credenziali di accesso ai sistemi di *home banking*);
- acquisti (prodotti facilmente rivendibili, pagamento di auto a noleggio, alloggio in strutture ricettive, acquisto di biglietti aerei, ecc.) con modalità che non necessitano della versione fisica della carta, c.d. *card non present fraud* (quando i dati rubati riguardano i dettagli delle carte di debito o di credito);
- le frodi tramite sostituzione di persona (quando il criminale ha a disposizione le credenziali per accedere alla posta elettronica o ai profili social della vittima);
- le estorsioni (quando si hanno a disposizione dati personali o sensibili della vittima che questa non vuole divulgare).

Molto frequentemente le identità digitali rubate vengono utilizzate per facilitare la commissione di altri reati. Per esempio, gli schemi di frode sopra menzionati possono essere sfruttati per realizzare operazioni di riciclaggio di denaro o per acquistare beni e servizi da riutilizzare in altri reati (si pensi all'acquisto di titoli di trasporto per la facilitazione di operazioni finalizzate al traffico di migranti e richiedenti asilo o alla tratta di esseri umani).

Meno diffusi ma non meno gravi, sono gli utilizzi finalizzati a danneggiare la reputazione della vittima o comunque a crearle un danno diverso da quello economico. Per esempio, alcune organizzazioni non governative di supporto ai giovani e i media hanno recentemente riportato casi di c.d. *face-rape*: con questo termine si fa riferimento all'accesso abusivo al profilo social di una vittima per modificare le immagi-

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*

¹⁷ EUROPOL, *Internet Organised Threat Assessment*, Luxembourg, 2023. Sulla stessa linea anche le edizioni precedenti del rapporto, pubblicato annualmente.

ni in esso presenti o scrivere commenti e messaggi per mettere in imbarazzo o per diffamare il proprietario dell'account¹⁸.

2.5. *La diffusione del fenomeno*

Il furto di identità digitale è un'attività criminale fortemente sommersa che sconta, dal punto di vista criminologico, una mancanza di dati affidabili dal punto di vista quantitativo. Tutte le fonti informative che possono essere utilizzate soffrono infatti limiti particolarmente significativi.

Le statistiche ufficiali sono influenzate negativamente dal problema della diffusa mancata denuncia¹⁹. Come evidenziato in precedenza, infatti, le vittime possono non rendersi conto, inizialmente, che la propria identità digitale sia stata rubata e vengono a sapere del fatto solo a seguito dell'utilizzo malevolo da parte del criminale; come detto, però, gli utilizzi malevoli possono essere di varia natura e, di conseguenza, il crimine può essere registrato nei sistemi ufficiali in categorie differenti. In altri casi le vittime decidono semplicemente di «accettare» il danno subito (specialmente se considerato di modica quantità), ponendovi rimedio seguendo via alternative alla denuncia alle forze dell'ordine (per esempio bloccando la carta di credito rubata e cercando di riottenere quanto sottratto contattando la propria banca). Ancora, la vittima può riporre poca fiducia nella capacità degli investigatori di identificare il colpevole e di ottenere, successivamente, il ristoro delle proprie perdite. A conferma di queste considerazioni, nel 2019 solo una vittima di furto

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*

¹⁹ D. REYNOLDS, *Decisions, Decisions: An Analysis of Identity Theft Victims, Reporting to Police, Financial Institutions, and Credit Bureaus*, in *Victims and Offenders*, 2022; S. KEMP, F. MIRÓ-LLINARES, A. MONEVA, *The Dark Figure and the Cyber Fraud Rise in Europe: Evidence from Spain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 26, 2020, 293-312; D. BURNES, M. DELIEMA, L. LANGOTON, *Risk and protective factors of identity theft victimization in the United States*, in *Preventive Medicine Reports*, 17, 2020, 101058; EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*

di identità su quattro nell'Unione europea ha sporto denuncia, dato in calo rispetto agli anni precedenti²⁰.

In queste situazioni, definite dai criminologi come «ad elevato numero oscuro»²¹, solitamente i ricercatori ricorrono alle indagini di vittimizzazione, ovvero ricerche campionarie finalizzate a raccogliere informazioni direttamente dalle vittime. Questo strumento consente di comprendere con modalità statisticamente solide quanto un fenomeno sia diffuso in un determinato contesto spazio-temporale, indipendentemente dal fatto che gli episodi siano stati denunciati o meno (anzi, consente anche di conoscere le ragioni per le quali le vittime denunciano o non denunciano). Nel caso del furto di identità, tuttavia, le indagini di vittimizzazione esistenti non consentono di ricavare dati affidabili, nonostante ne siano state condotte diverse sia a livello europeo che in diversi paesi membri. Queste presentano infatti problemi (con diversi gradi di intensità a seconda della specifica indagine considerata): per esempio, spesso le definizioni di «furto di identità» sono vaghe, fanno riferimento solo a una fase specifica dell'attività illecita, a solo alcune tecniche di acquisizione illecita delle informazioni o solo ad alcuni possibili utilizzi malevoli. Queste problematiche determinano una significativa variabilità dei risultati ottenuti indagine per indagine e, conseguentemente, non permettono di considerare i risultati che emergono come affidabili nel descrivere in modo preciso l'entità del fenomeno²².

Un'ultima potenziale fonte informativa a disposizione dei ricercatori può essere costituita dai dati in possesso dei privati, o più precisamente dai dati che i privati decidono di rendere noti. Anche questa risorsa non è tuttavia utilizzabile a fini di ricerca, considerando che spesso i dati non vengono raccolti con metodologie scientificamente valide (spesso i metodi di raccolta e analisi non sono nemmeno resi noti) e offrono una panoramica solo parziale se non addirittura potenzialmente distorta dell'intero fenomeno.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Special Eurobarometer 499: Europeans' attitudes towards cyber security*, 2020.

²¹ Per «numero oscuro» si intende la differenza tra il reale numero di episodi criminali che si verificano e il numero di denunce relative al medesimo reato.

²² EUROPEAN COMMISSION - DG HOME, *op. cit.*

Nonostante le limitate informazioni disponibili e la difficoltà oggettiva nel quantificare con precisione l'entità del fenomeno, dalle considerazioni precedenti è possibile affermare senza rischio di smentita che il furto di identità digitale, includendo tutte e tre le fasi coinvolte nell'attività criminale, presenta una diffusione notevole e rappresenta una minaccia preoccupante a livello internazionale, europeo e nazionale. Questa considerazione si basa, per esempio, sui rapporti pubblicati Europol basati sulle informazioni (confidenziali perché relative a indagini) in loro possesso²³. Ancora, a livello italiano, i dati sulle denunce relative alla categoria «truffe e frodi informatiche» (categoria che comprende anche alcune tipologie di furto di identità) è in costante aumento negli ultimi anni (dalle 271,2 denunce ogni 100.000 abitanti nel 2017 alle 498,5 nel 2021), a fronte di una generale e significativa diminuzione del numero generale di crimini commessi nel nostro Paese²⁴. Seppure questo dato soffra di palesi limitazioni (da un lato la categoria non comprende solo fattispecie relative al furto di identità, dall'altro esclude le tipologie di furto di identità diverse da quelle che si sono concluse con una frode) è idoneo a fungere da *proxy* per stimare l'andamento (in crescita) dei furti di identità digitale in Italia.

3. La tutela penale dell'identità digitale

3.1. Identità digitale: un bene giuridico «in transizione»

La smaterializzazione dell'individuo e la giuridificazione²⁵ della sua identità hanno, nel tempo, ampliato i confini del significato di identità personale fino ad arrivare al nuovo concetto di identità digitale, rendendo al contempo necessario un ripensamento degli schemi attuali della tutela penale e un'attenzione particolare alle fattispecie criminose che al

²³ EUROPOL, *Internet Organised Threat Assessment*, cit.

²⁴ Dati disponibili sul sito dell'ISTAT all'indirizzo <http://dati.istat.it/index.aspx?queryid=25097>, vistato in data 5 settembre 2023.

²⁵ G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 359 ss.

momento tutelano la proiezione identitaria della persona in rete da possibili furti e abusi.

Attualmente, il Codice Penale italiano non contiene una previsione incriminatrice *ad hoc*, autonomamente volta a individuare e punire la sottrazione fraudolenta di quell'insieme di dati digitali che estrinsecano gli «attributi identificativi della persona, permettendone la rappresentazione informatica attraverso la proiezione privilegiata del soggetto in rete»²⁶. La tutela dell'identità digitale dal furto o l'indebito utilizzo avviene attraverso il ricorso a un'ampia costellazione di previsioni codicistiche, che proveremo a illustrare di seguito, di cui due particolarmente rilevanti: l'art. 494, rubricato «sostituzione di persona» e l'art. 640-ter, che sanziona la c.d. *frode informatica* e al cui terzo comma troviamo l'unico riferimento esplicito al furto di identità digitale.

L'assenza di una previsione astrattamente rilevante e specificamente dedicata, nonostante l'incisività dei casi concretamente riconducibili a una illegittima appropriazione dell'identità in rete, porta a riflettere sulla consistenza del bene giuridico «identità personale» nella sua nuova e distinta declinazione di «identità digitale». Nato dalla costola del diritto al nome²⁷, come già illustrato in precedenza, il diritto all'identità personale è definito da consolidata giurisprudenza come

l'interesse di ogni persona a non vedere travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, professionale, a causa dell'attribuzione di idee, opinioni, o comportamenti differenti da quelli che l'interessato ritenga propri e abbia manifestato nella vita di relazione²⁸.

²⁶ G. MALGIERI, *La nuova fattispecie di "Indebito utilizzo d'identità digitale". Un problema interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 48.

²⁷ G. PINO, *L'identità personale. Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, 2, Torino, 2005, 368.

²⁸ Cass., sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978.

Similmente, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto all'identità personale è il

diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto all'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali, che differenziano, e al tempo stesso qualificano, l'individuo²⁹.

Oggi, ci sembra quasi scontato (ma non lo è o, almeno, non lo è sempre stato) che rientri nell'idea di rappresentazione e qualificazione dell'individuo anche la «rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale», come stabilisce genericamente il già menzionato art. 1 del Decreto SPID. La necessità di definire i contorni giuridici dell'identità digitale è un esempio emblematico della transizione dei tradizionali canoni del diritto verso significati che tengano conto, anche, della rivoluzione informatica e delle nuove rappresentazioni del mondo nell'«infosfera»³⁰.

È evidente che né l'art. 494 c.p. né l'art. 640-ter e neppure le altre fattispecie incriminatrici a cui si accennerà di seguito, tengono in considerazione e tutelano di per sé considerate l'intima soggettività digitale della persona. Il bene giuridico tutelato dall'art. 494 c.p. è infatti la fede pubblica, messa al riparo da tutti quei comportamenti che modificano gli elementi di identificazione personale di un soggetto o le qualità che ne condizionano il ruolo nella società³¹. Per quanto riguarda l'art. 640-ter c.p., configurato sul modello della comune truffa (*ex art. 640 c.p.*)

²⁹ C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13.

³⁰ Il termine "infosfera" si deve a Luciano Floridi, professore ordinario di Filosofia ed Etica dell'informazione all'Università di Oxford, nonché una delle voci più autorevoli della filosofica contemporanea. Si veda, tra le molte opere, L. FLORIDI, *Quarta rivoluzione, come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

³¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, 1(5), Bologna, 2012, 619.

invece, è necessario far riferimento all'altrui danno (anche se non necessariamente patrimoniale)³² con ingiusto profitto per sé o altri.

Ci sembra quindi di poter affermare che la definizione stessa dell'individuo, tanto quella giuridica quanto quella fattuale, transita anche per il *cyberspazio*, che rappresenta quindi una continuazione dei – e non una mera alternativa ai – luoghi attraverso i quali l'essere umano può esprimere la sua presenza e la sua persona. Ecco, quindi, che l'esistenza in rete diventa oggetto di riflessione relativa alla tutela approntata attraverso la minaccia della sanzione penale nei confronti di quei comportamenti che ledono, o potrebbero ledere, l'identità digitale in quanto tale, espressione di autodeterminazione e riservatezza della persona, senza un necessario «appoggio» a un bene giuridico differente.

3.2. *La tutela penale dell'identità digitale: un quadro composito*

In vero, un unico riferimento espresso al furto di identità digitale è contenuto al comma 3 dell'art. 640-ter, il quale costruisce una circostanza aggravante a effetto speciale rispetto alla fattispecie base di reato di cui all'art. 640-ter c.p., se «il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti». Tale aggravante è stata introdotta dall'art. 9 del d.l. 14 agosto 2013 n. 93 (il c.d. *d.l. femminicidio*, convertito con modifiche dalla l. 15 ottobre 2013 n. 119)³³ a fronte della sentita esigenza, a livello europeo³⁴, che ogni Stato membro si impegnasse a introdurre nel proprio ordinamento uno specifico presidio penalistico per contrastare le sempre più numerose

³² Sul tema, per esempio, Cass. pen., sez. II, 11 settembre 2013, n. 37170; Cass. pen., sez. II, 16 settembre 2009, n. 40790.

³³ Legge 15 ottobre 2013, n. 119, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province (13G00163) (GU n. 242 del 15.10.2013).

³⁴ La IX Commissione della Camera dei Deputati (DOC XVII, n. 26, del 22 gennaio 2013), ha sostenuto che per contrastare in modo efficace il furto di identità digitale fosse necessario dotare le istituzioni nazionali di adeguati strumenti normativi, introducendo nell'ordinamento il reato di furto di identità digitale, accompagnato da adeguate sanzioni penali.

manifestazioni del fenomeno del *cybercrime*³⁵, che esulano dal classico caso del *phishing*: tra queste, appunto, il furto dell'identità digitale.

Tuttavia, lungi dal colmare la lacuna definitoria presente nel quadro giuridico penalistico, l'introduzione del comma terzo dell'art. 640-ter ha ingenerato nuove criticità interpretative. In primo luogo, infatti, il richiamo al furto dell'identità digitale rimanda necessariamente alla generale definizione di «furto» così come descritto dal nostro Codice Penale, che punisce *ex art. 624* «chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri [...]». Come già accennato, è evidente che il significato di «identità digitale» mal si concili con il concetto di «cosa mobile altrui» e ciò ha reso sin dal principio l'aggravante di cui al comma 3 dell'art. 640-ter di complessa applicazione. Ci troviamo quindi davanti a un primo «scollamento» tra le definizioni e i concetti giuridici-normativi da una parte e dall'altra i fenomeni descritti dal punto di vista criminologico, il cui raccordo è attualmente lasciato alle risposte dei Tribunali ai singoli casi concreti.

Da una prospettiva squisitamente tecnica, inoltre, la formulazione del “furto di identità digitale” quale circostanza aggravante lega indissolubilmente, per un principio di rapporto *genus-species*, la fattispecie aggravata alla condotta prevista dall'ipotesi base³⁶, cioè dal reato di frode informatica *ex art. 640-ter c.p.*:

Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.

In questo contesto, alcuni autori hanno ritenuto³⁷ che la condotta libera resa tipica dal reato di frode informatica («alterando in qualsiasi

³⁵ Per una ricognizione criminologica generale della «nuova» criminalità informatica, si veda, tra tutti, A. DI NICOLA, *op. cit.*

³⁶ Si veda, per esempio, T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, 252-253.

³⁷ C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, 90 e 103.

modo») potesse configurarsi comunque soltanto in presenza di un «intervento» modificativo sulla struttura dei dati, in grado di alterarne in qualsiasi modo il funzionamento. Seguendo tale interpretazione, tuttavia, la possibilità di applicare l'art. 640-ter verrebbe ulteriormente ritagliata dalla considerazione che il mero uso illecito dei dati sarebbe rilevante solo fintantoché strumentale alla realizzazione del fatto tipico (ad onor del vero, ciò avviene comunque nella maggior parte dei casi, dove la sottrazione indebita dell'identità digitale si inserisce nel contesto più generale dell'*hacking*)³⁸. Inoltre, la configurazione del comma 3 art. 640-ter c.p. come aggravante del reato di frode informatica a rigore implicherebbe che, di per sé considerati, il furto e/o l'indebito utilizzo di dati non possano integrare l'art. 640-ter, mancando un trasferimento illecito da un patrimonio all'altro e un conseguente danno patrimoniale nei confronti della persona offesa, nonostante i tentativi della dottrina di ampliare i contorni interpretativi della norma³⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 494 c.p., il reato di sostituzione di persona si sostanzia allorquando:

Chiunque, al fine di procurare a sé o agli altri un vantaggio o di recare agli altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o agli altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino a un anno.

Il legislatore, nel rendere penalmente rilevante la fattispecie in esame, forse non poteva immaginare che nel tempo questa sarebbe divenuta idonea a punire una serie di comportamenti legati al mondo digitale. Eppure, tale fu la lungimiranza della tipicità dell'articolo 494 c.p. che ancora oggi la fattispecie può essere ricondotta alle molteplici falsifica-

³⁸ G. MALGIERI, *Il furto di "identità digitale": una tutela "patrimoniale" della personalità*, in D. FALCINELLI, R. FLOR, S. MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella 'rete' - Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*, Milano, 2015.

³⁹ G. MALGIERI, *La nuova fattispecie di "Indebito utilizzo d'identità digitale"*, cit.

zioni informatiche, aderendo alla rapida mutevolezza delle modalità con cui l'individuo rappresenta digitalmente la propria identità.

Nel 2014⁴⁰, ancora una volta i giudici di legittimità hanno affrontato un caso emblematico di raccordo tra la fattispecie criminologica del furto d'identità e quella normativa relativa alla sostituzione di persona: la Cassazione ha infatti ravvisato il reato di cui all'art. 494 c.p. nella condotta di chi, costituito un account su un noto *social network*, avesse poi utilizzato l'immagine di un'altra persona, accompagnata da una descrizione poco lusinghiera della stessa e volta a recare un danno all'altrui reputazione, intesa come l'immagine di sé presso gli altri. In questo modo, era stato integrato quel dolo specifico richiesto dal delitto di cui all'art. 494 c.p., il quale consiste nel fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale o non, oppure di recare ad altri un danno⁴¹. I vantaggi, non necessariamente patrimoniali, si sostanziano proprio nell'attribuzione di una diversa identità che veniva utilizzata per poter intrattenere rapporti con altre persone o per soddisfacimento di una propria vanità, al prezzo di ledere l'immagine e la dignità del soggetto a cui apparteneva in realtà l'identità digitale. Come abbiamo avuto modo di affermare precedentemente, tuttavia, il furto d'identità online è un fenomeno criminoso complesso, talvolta articolato in diverse fasi prodromiche alla commissione di altri reati e per questo non sempre sovrapponibile al delitto di sostituzione di persona previsto dall'art. 494 c.p.⁴².

Anche l'art. 615-ter c.p., il quale punisce l'accesso illecito a un sistema informatico o telematico indipendentemente dallo scopo dell'autore del reato (includendo quindi anche le intrusioni finalizzate alla sottrazione di dati personali), ha avuto un ruolo⁴³ nella ricostruzione giuridica dei fatti criminali che ruotano intorno alla sottrazione dell'identità digitale, soprattutto nel più ampio contesto del *phishing*. Infatti, nella quasi totalità dei casi le informazioni fraudolentemente carpite sono

⁴⁰ Cass. pen., sez. V., 23 aprile 2014, n. 25774.

⁴¹ Cass. pen., sez. V., 28 gennaio 2013, n. 13296.

⁴² La stessa Corte di Cassazione, Sezione V, n. 18826 del 28 novembre 2012, fa esplicito riferimento all'opportunità di adottare «organici interventi legislativi».

⁴³ Per esempio, si veda il caso affrontato dal Trib. Milano, 7 ottobre 2011, *Diritto penale e processo*, 2012, n. 1, 55.

raccolte per forzare l'accesso ad aree informatiche riservate o a servizi online altrimenti riservati. Il fatto descritto dall'art. 615-ter assume la sua tipicità penale fintantoché siano presenti alcune misure di protezione del sistema informatico o telematico, di qualsivoglia natura, volte a escludere l'accesso a chi non sia in possesso delle abilitazioni necessarie, quali nomi o i codici utente, pin, le parole chiave o le password riservate⁴⁴, sistemi di riconoscimento biometrico, ecc.

Considerato che, come detto, il furto d'identità digitale trova il proprio fulcro in condotte finalizzate alla sottrazione dei dati riservati degli utenti, la forma libera del reato di cui all'art. 615-*quater* c.p., «Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici», può essere in astratto idonea a «raccogliere» alcune casistiche rilevanti. Per esempio, l'invio di e-mail, l'installazione di *malware* o l'utilizzo di diverse tecniche di ingegneria sociale, con lo scopo di decifrare i codici d'accesso personali, potrebbe integrare un'ipotesi di furto d'identità digitale: le password e i codici d'accesso, infatti, rientrano nel concetto della stessa, perché ontologicamente correlati all'identificazione del soggetto⁴⁵. Non bisogna dimenticare, tuttavia, che i dati personali non sono menzionati nell'art. 615-*quater* c.p.: ne discende necessariamente che la fattispecie si presta alla loro tutela solo in via mediata ed eventuale.

Al complesso delle brevi considerazioni fino ad ora esposte, deve aggiungersi che l'essenza fenomenologica del furto di identità digitale pare essere qualcosa d'altro rispetto al mero possesso di dati altrui o all'accesso non autorizzato a sistemi protetti⁴⁶ e che debba, di fondo, sostanziarsi di una concreta sostituzione di persona, come d'altra parte richiede la stessa rubrica della novella⁴⁷. Si potrebbe concludere quindi che gli effetti dell'aggravante di cui all'art. 640-ter comma terzo si manifestino sempre in una sostituzione di persona, che in caso di «furto

⁴⁴ R. FLOR, *Art. 615 ter c.p.: natura e funzioni delle misure di sicurezza, consumazione del reato e bene giuridico protetto*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 1, 107.

⁴⁵ Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 2004, n. 5688.

⁴⁶ Si rimanda alle considerazioni del presente contributo alla sezione: 2.4.

⁴⁷ G. MALGIERI, *Il furto di "identità digitale": una tutela "patrimoniale" della personalità*, cit., 147.

d'identità digitale» è resa possibile da una sottrazione illecita dei dati personali, mentre nel caso dell'«indebito utilizzo», invece, avviene attraverso un utilizzo non autorizzato di dati pur lecitamente raccolti⁴⁸.

3.3. Segue: la tutela penale dell'identità digitale: criticità pratico-applicative

Da questi accenni, emerge la complessità del quadro penalistico italiano in relazione, soprattutto, al furto di identità digitale, la cui tutela è evidentemente mediata e potrebbe soffrire, quindi, della mancanza di una disposizione a carattere generale che abbia come primo e diretto oggetto l'intento di proteggerla. Come abbiamo avuto modo di osservare, allo stato dell'arte la tutela della proiezione individuale in rete è affidata a una costellazione di norme alle quali, avuto riguardo delle circostanze concrete e anche in base all'interpretazione del caso data dai giudici, può essere sussunta. Ad onor del vero, tuttavia, l'accento che abbiamo potuto porre al diritto vivente, soprattutto in riferimento alle pronunce della Corte di Cassazione, ha rivelato che anche il sistema normativo, seppur frastagliato, non si è sempre rivelato per ciò solo inadeguato. Il sostanziale disinteresse del legislatore⁴⁹ però, anche in campo procedurale, si è tradotto nella difficoltà di combattere efficacemente le sempre più eterogenee manifestazioni criminose attraverso le quali l'identità digitale viene sottratta al legittimo utente. Sarebbe poi ingenuo pensare che il legislatore nazionale, da solo, possa combattere un fenomeno che ha un'importantissima matrice internazionale. Infatti, le innumerevoli manifestazioni del *cybercrime*, tra cui evidentemente quelle che mettono a repentaglio l'integrità dell'identità digitale, sono oggetto di attenzione diretta da parte delle fonti sovranazionali (Convenzione *Cybercrime* del 2001; Direttiva UE del 2013) in quanto strut-

⁴⁸ G. MALGIERI, *Il furto di "identità digitale": una tutela "patrimoniale" della personalità*, cit.

⁴⁹ La proposta di legge relativa all'introduzione nel Codice Penale di una autonoma fattispecie per punire il furto d'identità digitale è decaduta allo spirare della legislatura, ignorata presso la Commissione giustizia per ben otto anni. PDF della proposta di legge disponibile presso: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00446660.pdf>.

turalmente transnazionali⁵⁰. Se da un punto di vista teorico, quindi, i diversi reati previsti dal sistema penale italiano coprono, almeno potenzialmente, un'ampia gamma di casi di furto e abuso di identità, dall'altra un ginepraio di disposizioni senza sistematicità non sempre agevola e anzi rischia di compromettere la corretta applicazione dei reati da un punto di vista pratico.

I principali problemi applicativi, a nostro avviso, sono tuttavia legati alle indagini sui furti d'identità e, più in generale, sul *cybercrime*, mettendo a necessario confronto la «legge sui libri», con la «legge nella pratica» e portando a ritardi e confusione investigativa. Riguardano quindi una fase preliminare e prodromica rispetto a quella della sussunzione del fatto materiale in fattispecie penalmente rilevante. Il rallentamento investigativo non è un *vulnus* di poco conto: data l'estrema mutevolezza delle manifestazioni criminose nello spazio *cyber*, è possibile affermare con consequenzialità naturale che la rapidità delle indagini è un elemento essenziale per la buona riuscita delle stesse e non può essere sottovalutata.

Tuttavia, la difficoltà di condurre indagini efficienti ed efficaci nel cyberspazio è dovuta anche alla mancanza di specializzazione di alcuni procuratori, soprattutto nelle realtà più piccole. Come noto, infatti, la competenza generale per le indagini e l'esercizio dell'azione penale spetta alle Procure ordinarie. Le Direzioni distrettuali (DDA), uffici locali della procura istituiti all'interno di ciascun distretto di corte d'appello (26) sul territorio italiano, sono specializzate e competenti per determinati reati stabiliti dalla legge. Originariamente pensate per indagini su mafia e criminalità organizzata, le loro competenze sono state ampliate nel tempo a una serie di reati particolarmente gravi, compresi alcuni crimini informatici.

Ad onor del vero, nemmeno il Codice di procedura penale sembra fornire agli investigatori strumenti adeguati alla ricerca (e la corretta conservazione) delle evidenze informatiche⁵¹ e l'obsolescenza dei tra-

⁵⁰ Sulla fisiologica transnazionalità dei reati commessi nel *cyberspace* si veda, tra tutti, A. DI NICOLA, *op. cit.*

⁵¹ Sul tema, per esempio, M. TORRE, *Nuove tecnologie e trattamento dei dati personali nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 1042-1055. Invece, per

dizionali mezzi di ricerca della prova rischia di mettere in difficoltà anche gli operatori del diritto adeguatamente formati e competenti. Da questo punto di vista le attività e i provvedimenti del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea hanno influenzato e continuano a influenzare con la loro attività, in un'ottica di armonizzazione legislativa tra i Paesi membri e con Stati terzi, il legislatore nazionale in materia di crimini informatici e hanno incentivato conseguentemente la raccolta, la messa a disposizione, la conservazione e lo scambio delle prove digitali connesse a un determinato reato informatico. Vale la pena sottolineare, poi, che anche un reato «tradizionale» potrebbe necessitare di una raccolta «digitale» della prova nel processo penale. Tanto è profonda la digitalizzazione della nostra vita quotidiana che, ad oggi, è difficile immaginare un crimine che non abbia almeno una componente «digitale». L'armonizzazione delle diverse tradizioni giuridiche (di *common law* e di *civil law*)⁵² non è facile e, al contrario, la creazione di un sostrato comune a livello europeo rappresenta una sfida importante, poiché gli Stati membri adottano discipline diverse in materia di attività investigative (con procedure e standard in concreto disomogenei)⁵³ e presentano inoltre sostanziali differenze relative all'utilizzo delle tecnologie disponibili per la raccolta e conservazione delle prove digitali⁵⁴.

Continuando a volgere la nostra attenzione al caso concreto in relazione alle attività di indagine, non meno importante è tenere a mente la distinzione tra l'effettiva diffusione dei casi di furto di identità dal numero fisiologicamente ridotto di casi che, alla fine, giungono in Tribu-

un'analisi delle principali questioni relative ai rapporti tra l'Unione europea e Stati terzi in materia di accesso alla prova digitale nonché sul nuovo modello di cooperazione, si veda il contributo di V. TONDI, *Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione e tecniche di prevenzione*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, 439-455.

⁵² B.J. KOOPS, T. ROBINSON, *Cybercrime Law: A European Perspective Crime*, in E. CASEY (a cura di), *Digital Evidence and Computer Crime*, Waltham, 2011, 123-183.

⁵³ Tuttavia, uno standard minimo al fine di prevenire e reprimere in modo efficace la criminalità informatica è richiesto agli Stati membri. Si veda COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, Bruxelles, 2001.

⁵⁴ S. CONTI, *La legislazione in materia di prove digitali nell'ambito del processo penale. Uno sguardo all'Italia*, in *Informatica e Diritto*, 1-2, 2015, 153-164.

nale. Questi ultimi riguardano soprattutto *phishing* e attacchi o frodi c.d. *man-in-the-middle*, cioè l'intromissione di un soggetto terzo malintenzionato nella comunicazione tra due utenti, che può essere intercettata o manipolata. In Italia, poi, diverse e sempre più sofisticate sono le tecniche di c.d. *social engineering*, dove la vittima si trova a sua insaputa a «collaborare» con il cybercriminale: per esempio, un *malware* scaricato accidentalmente da un dipendente di un'azienda mentre apre un'e-mail di *phishing*. Infine, come già osservato precedentemente nel presente contributo, l'elevatissimo «numero oscuro» presente nella raccolta dei dati riguardanti la frode d'identità digitale impedisce al diritto di poter contare su un quadro sistematico delle varie modalità d'esecuzione criminosa e, quindi, di stare al passo con le sempre diverse manifestazioni del fenomeno.

4. Conclusioni

L'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'aggravante di cui al comma terzo dell'art. 640-ter «furto d'identità digitale» ha rappresentato un tentativo del diritto di adeguare i propri strumenti al profondo processo di trasformazione informatica che ha permeato e continua a permeare con estrema velocità e mutevolezza il tessuto sociale, economico, culturale della persona umana. Le nuove occasioni criminali sono intrinsecamente legate a internet, ai suoi spazi trasversali e globali, entro i quali l'individuo muove i propri passi ed estrinseca il proprio essere. In questo contesto, il ruolo della criminologia e del diritto penale è quello di fornire una comprensione prima e una risposta poi, all'insorgere dei fenomeni legati alla rivoluzione informatica, come appunto il furto di identità digitale. Dal punto di vista criminologico, si tratta di un fenomeno composito, articolato in più fasi, spesso prodromico alla commissione di altri reati. Per questo motivo, ad avviso di chi scrive, le fattispecie incriminatrici tradizionali non riescono a cogliere completamente le peculiarità salienti e a offrire una tutela sistematica e diretta alla proiezione della persona in rete, né sarebbe lungimirante spiegare o ridurre la criminalità informatica entro gli asfittici confini dei delitti

contro il patrimonio⁵⁵, se non entrando nell'ottica di un ripensamento alla radice del concetto stesso di patrimonio.

Tra le varie lacune esistenti, sicuramente una maggior chiarezza definitoria potrebbe consacrare il significato di «identità digitale», con l'accortezza però non soffocarlo entro paradigmi giuridici tradizionali che non tengono abbastanza conto della portata fenomenologica dei comportamenti lesivi di tale identità. Una volta ottenuta una definizione soddisfacente, sarebbe possibile in astratto introdurre nuove previsioni generali e astratte, specificamente dedicate al furto e/o l'utilizzo abusivo dell'identità soggettiva digitale, corredate da opportune sanzioni.

Inoltre, un altro *vulnus* da sanare riguarda l'esistenza di un sistema procedurale completo e adeguato per trovare e raccogliere prove nella sfera digitale, nonché una rete efficace di sviluppo delle capacità tra le forze dell'ordine (scambio di conoscenze, formazione, esercitazioni, la creazione di un database condiviso in tempo reale sulle statistiche relative ai reati di furto d'identità, ecc.) e collaborazione tra le istituzioni e i soggetti privati (per esempio, tra la polizia giudiziaria e le aziende, le banche, ecc.). Da questo punto di vista, l'armonizzazione a livello europeo e l'avvicinamento delle varie tradizioni giuridiche appartenenti ai diversi Stati membri dovrebbe riguardare non solo il diritto penale sostanziale, ma anche e soprattutto il campo procedurale/investigativo, auspicabilmente potenziando e rafforzando i poteri della Procura europea.

Al netto di questo, è importante sottolineare che dalle analisi criminologiche emerge in modo chiaro quanto risulti difficile (se non impossibile) nel caso di reati commessi negli ambienti virtuali, riuscire a identificare e punire gli autori. A ciò si aggiunga che le forze dell'ordine e l'autorità giudiziaria vengono a conoscenza di un numero limitato di episodi rispetto a quelli che realmente si sono verificati a causa dell'elevato tasso di mancata denuncia. Di conseguenza, anche una eventuale nuova previsione incriminatrice, per quanto ben pensata e strutturata, finirebbe per essere svuotata della sua funzione di deterrenza e non permetterebbe di ridurre significativamente i rischi di vittimizzazione a

⁵⁵ G. MALGIERI, *Il furto di "identità digitale": una tutela "patrimoniale" della personalità*, cit., 56.

cui oggi siamo tutti esposti. Allo stesso tempo, anche un possibile adeguamento delle previsioni procedurali e un'armonizzazione delle stesse all'interno dell'Unione (obiettivo già di per sé di difficile attuazione) non permetterebbe agli investigatori di gestire adeguatamente i numerosi casi connotati da una forte transnazionalità che travalica i confini europei.

Per contrastare i crimini contro l'identità digitale, occorrerebbe quindi concentrarsi in modo significativo sulla prevenzione, lavorando, per esempio, sulla capacità delle potenziali vittime di riconoscere e difendersi dalle più diffuse tecniche di ingegneria sociale, per evitare di essere tratti in inganno e vedere dunque sottratta, spesso inconsapevolmente, la propria (o una delle proprie) identità digitale.

DIGITALIZZAZIONE E POLITICHE ATTIVE: UN NUOVO PARADIGMA PER IL MERCATO DEL LAVORO

Anna Bebber

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *La digitalizzazione dei servizi per l'impiego sotto la spinta della pandemia*. 3. *I possibili effetti della digitalizzazione*. 4. *Le politiche attive del lavoro e il differente grado di reattività alla digitalizzazione*. 5. *La profilazione: nozione e tipologie*. 6. *La profilazione in Italia alla luce delle più recenti novità legislative*. 7. *La digitalizzazione nei modelli di profiling: due best practice europee*. 7.1. *Belgio (Fiandre)*. 7.2. *Paesi Bassi*. 8. *Osservazioni conclusive*.

1. Premessa

Il fenomeno della digitalizzazione può essere associato all'ambito del diritto del lavoro in tre diversi modi: a) può costituire un nuovo modo di fare impresa; b) può rappresentare un nuovo modo di lavorare; e c) può essere un nuovo modo di gestire il mercato del lavoro¹. È proprio a partire da tale ultimo segmento che si intende condurre la presente riflessione: come sostenuto da autorevole dottrina, infatti, «la rivoluzione digitale nel mondo del lavoro ha riguardato innanzitutto e soprattutto le politiche attive e passive prima ancora che il rapporto di lavoro, potendo pertanto fungere da modello per quest'ultimo»².

L'avanzamento delle moderne tecnologie, nell'ambito digitale e informatico, la loro diffusione capillare in diverse sfere di attività e l'emergere di nuovi bisogni, sta comportando l'insorgere di una domanda di lavoratori da adibire a nuove mansioni, rendendo il mercato

¹ D. GAROFALO, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in *Lav. giur.*, 4, 2019, 329.

² *Ibidem*.

del lavoro più fluido e dinamico. Di conseguenza, anche le transizioni tra lavoro e non lavoro (potenzialmente scaturite da disoccupazione, fruizione di percorsi formativi o di riqualificazione professionale) sono divenute molto più comuni rispetto al passato. Tale situazione ha determinato – e continuerà a determinare – da una parte, un incremento del numero di soggetti che ricorrono ai servizi per l’impiego (SPI), e dall’altra l’obbligatorietà per tali servizi di adottare metodologie, infrastrutture e approcci in grado di capire la nuova domanda di lavoro e tutelare al meglio le transizioni occupazionali³.

Il presente contributo mira a individuare il possibile legame tra due fenomeni, il cui accostamento è solo apparentemente “ossimorico”: la digitalizzazione nel settore pubblico e le politiche attive del lavoro⁴ (PAL), di cui i servizi per l’impiego costituiscono i principali erogatori.

Il ruolo delle PAL si rivela cruciale non solo al fine di sfruttare le opportunità offerte dalla transizione digitale, garantendo interventi volti a favorire l’occupabilità dei soggetti interessati dalle trasformazioni in corso e valorizzando l’interazione sinergica uomo-macchina, ma anche allo scopo di arginare problematiche quali il *digital divide*, la *job polarization* e, più in generale, lo *skill mismatch*. Infatti, l’innovazione tecno-

³ A. MONTANARI, *Tecnologie digitali e servizi pubblici per il lavoro: l’esperienza Italiana*, in F. DA SILVA VEIGA, D. FINCATO (eds.), *Estudos de direito, desenvolvimento e novas tecnologias*, Porto, 2020, 40.

⁴ G. SCARANO, B. COLFER, *Linking active labour market policies to digitalization – a review between remote and automated possibilities*, in *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 42, 13-14, 2022, 99. In Italia, S. Sacchi e G. Scarano hanno affrontato il tema nell’ambito del progetto di ricerca “Digitalizzazione e politiche attive del lavoro: indicazioni per la trasformazione organizzativa e la governance dei centri per l’impiego”, realizzato dal Politecnico di Torino nell’ambito del programma di ricerca “Progetti per una nuova pubblica amministrazione. Raccolta di idee per orientare il cambiamento delle amministrazioni pubbliche”, promosso e cofinanziato dalla Scuola Nazionale dell’Amministrazione (SNA). Tra le pubblicazioni più recenti si veda S. SACCHI, G. SCARANO, *Le politiche del lavoro nell’era digitale: indicazioni per l’Italia dall’evidenza comparata*, in *Politiche sociali*, 2, 2023; S. SACCHI, G. SCARANO, *Digitalizzare le politiche del lavoro. Da dove si comincia?*, 6 febbraio 2024, disponibile su <https://www.secondowelfare.it/primo-welfare/digitalizzare-le-politiche-del-lavoro-d-a-dove-si-comincia/>.

logica può incidere sulla domanda di nuove competenze e, in pari misura, essere la causa di mutamento o sostituzione delle occupazioni tradizionali. Tali metamorfosi possono pertanto suscitare crescenti preoccupazioni in ordine al rischio di disoccupazione tecnologica, ma allo stesso tempo possono fornire opportunità nell'ambito di nuove professioni, a patto che l'offerta di competenze si mantenga aggiornata con le richieste provenienti dal mercato del lavoro⁵.

È chiaro, dunque, che le sfide innescate dalla rivoluzione digitale coinvolgono *in primis* i servizi per l'impiego, i quali, sebbene abbiano in parte recepito l'inevitabile quanto inaspettato stimolo all'innovazione tecnologica scaturito dalla pandemia e dal PNRR, sono ancora distanti dal raggiungimento dei più sfidanti traguardi di digitalizzazione, specialmente se osservati in chiave comparata. Tuttavia, la posizione di *late mover* del nostro ordinamento consente di ipotizzare l'attuazione di una strategia digitale per le politiche attive orientata alle *best practice* straniere⁶.

Attualmente, a livello europolitano, si registra una pervasiva diffusione di approcci *digital first*, in cui l'erogazione di politiche attive in forma digitale è sempre più utilizzata per facilitare la presa in carico di una fascia di utenza *ready to work*, permettendo così di "svincolare" risorse da destinare a coloro che necessitano di un'assistenza più intensiva, come per esempio i soggetti privi di alfabetizzazione digitale⁷.

La digitalizzazione dei servizi per l'impiego e delle politiche attive costituisce un'opportunità da non perdere, offrendo numerosi vantaggi, tra cui una maggiore accessibilità ai servizi – non essendo la fornitura di SPI tramite canali digitali soggiogata alle limitazioni dei servizi *vis-à-vis*, come per esempio gli orari di apertura degli uffici –, una riduzione dei tempi di attesa e dei costi, un migliore abbinamento tra le competenze dei candidati e le esigenze delle imprese, una più efficace inte-

⁵ G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego. Tra miti e riforme*, Milano, 2021, 278.

⁶ S. SACCHI, *Spunti per una strategia di digitalizzazione delle politiche del lavoro in Italia*, in A. DI MAIO, A.R. MARMO (a cura di), *Il cloud del lavoro*, Soveria Mannelli, 2022, 365-366.

⁷ G. SCARANO, *op. ult. cit.*, 280.

razione con i cittadini, nonché un monitoraggio e un'analisi più accurati delle tendenze del mercato del lavoro per informare le decisioni politiche.

L'apertura a tali innovazioni si correla alla possibilità di efficientare anche alcuni processi decisionali: ecco perché la riflessione toccherà in parte anche il tema dell'intelligenza artificiale, capace di riprodurre la decisione umana in molteplici sfere applicative, talvolta con esiti migliori in termini di accuratezza, celerità, completezza e adattabilità⁸. Il suo potenziale emerge in particolare con riferimento alla procedura di profilazione, come valido supporto nella misurazione e nell'analisi delle caratteristiche attitudinali dell'utente, al fine di agevolare il processo decisionale e assicurare l'adeguatezza della risposta allo stato occupazionale dell'interessato⁹. La profilazione – a cui verrà ampiamente dedicata la seconda parte della trattazione – arricchisce i dati provenienti da fonti amministrative mediante l'inclusione di variabili comportamentali nel *database* utilizzato per l'analisi predittiva. L'abbondanza dei dati amministrativi conduce all'assunzione di modelli di *profiling* di tipo non solo statistico, ma basati sull'A.I., utilizzando tecniche avanzate di apprendimento automatico nonché i c.d. *click data* provenienti dalle ricerche di lavoro¹⁰, come già avviene nel contesto belga delle Fiandre.

In generale, l'implementazione dell'intelligenza artificiale nelle operazioni degli SPI presenta numerosi benefici, tra cui un ottimale sfruttamento delle informazioni, una prontezza esecutiva superiore e un minor impatto economico¹¹. Tuttavia, è essenziale considerare anche i li-

⁸ F. COSTANTINI, *Profilazione e "automated decision making" in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Lav. giur.*, 11, 2019, 986. Sul tema del collegamento tra diritto del lavoro e intelligenza artificiale si veda il recente volume di M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Milano, 2024.

⁹ D. SCARCELLO, *Digitalizzazione e politiche attive del lavoro: il ruolo della profilazione algoritmica nella trasformazione organizzativa dei servizi per l'impiego*, Tesi di Laurea Magistrale, Corso di Laurea Magistrale in Ingegneria Gestionale, relatore prof. S. SACCHI, dicembre 2021, disponibile sul sito <https://webthesis.biblio.polito.it/21659/>, 4.

¹⁰ S. SACCHI, *Spunti per una strategia di digitalizzazione delle politiche del lavoro in Italia*, cit., 367.

¹¹ G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, cit., 279.

miti intrinseci, quali i pericoli derivanti dalla carente qualità dei dati¹², la presenza di discriminazioni indotte dall'utilizzo intensivo degli stessi, le questioni concernenti la riservatezza, nonché la trasparenza e la spiegabilità degli algoritmi¹³.

Queste sommarie indicazioni introduttive servono a delineare «l'ossatura di quella che sarebbe una rivoluzione copernicana»¹⁴ dei servizi per l'occupazione e delle politiche attive in Italia, senza pretendere che l'impulso provenga necessariamente dal livello centrale, ma salutando con favore l'idea che le innovazioni vengano avviate a livello della p.a. locale e territoriale¹⁵.

2. La digitalizzazione dei servizi per l'impiego sotto la spinta della pandemia

L'epidemia globale da Covid-19 rappresenta uno degli avvenimenti che ha profondamente segnato la storia dell'umanità. Tuttavia, nonostante la catastrofe sociale ed economica, la crisi sanitaria ha dato una significativa sferzata ai processi di digitalizzazione del Paese, fungendo da catalizzatore di eventi che hanno portato a un radicale ripensamento dell'approccio al mondo del lavoro¹⁶ e, in generale, alla vita.

¹² OECD, *Harnessing digitalisation in Public Employment Services to connect people with jobs*, 2022, 1.

¹³ G. SCARANO, *op. ult. cit.*, 280. Sul punto, v. anche M. MANN, T. MATZNER, *Challenging algorithmic profiling: the limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination*, in *Big Data and Society*, vol. 6, 2, 2019. Sul tema della discriminazione algoritmica, cfr. P. DE PETRIS, *La discriminazione algoritmica. Presupposti e rimedi*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, cit., 225 ss.

¹⁴ S. SACCHI, *Spunti per una strategia di digitalizzazione delle politiche del lavoro in Italia*, cit., 368.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ G. MARUCCIA, *Dalla pandemia la spinta all'innovazione e digitalizzazione dei processi aziendali*, 1° aprile 2020, disponibile sul sito https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Dalla_pandemia_la_spinta_all_innovazione_e_digitalizzazione_dei_processi_aziendali.html.

Nel dettaglio, ai fini che qui interessano, la pandemia ha accelerato il salto digitale dei servizi per l'impiego¹⁷. Da un lato, l'urgente necessità di adattarsi alle restrizioni imposte dall'emergenza ha velocizzato il processo di trasformazione digitale, portando a un'ampia adozione di strumenti tecnologici per garantire la continuità delle attività e la fornitura di servizi essenziali alla persona anche a fronte delle restrizioni. Dall'altro, in un contesto tumultuoso in cui il mercato del lavoro ha affrontato una sequenza prolungata di mutamenti derivanti dai processi di automazione, robotizzazione e digitalizzazione, l'epidemia ha dimostrato che una forza lavoro dotata di competenze digitali è in grado di adattarsi prontamente alle nuove circostanze¹⁸.

Nell'ultimo triennio, le innovazioni che hanno accompagnato i servizi per l'impiego nel fornire alle persone in cerca di lavoro supporto, consulenza e orientamento, hanno seguito una duplice direzione.

In primo luogo, gli SPI hanno sperimentato il rafforzamento dei canali remoti per l'erogazione di servizi che tradizionalmente venivano offerti interamente o parzialmente di persona, talvolta sviluppando in quest'ambito iniziative del tutto inedite. In secondo luogo, si è registrato un aumento dei tassi di automazione di alcuni processi per gli utenti dei servizi e di alcune attività di *back-office*¹⁹. Sotto questo profilo, l'assistenza online ha comportato un incremento dell'accessibilità a informazioni e risorse da parte dei soggetti, al fine di garantire una sorta di "self-service guidato". Inoltre, vari ordinamenti hanno migliorato i portali web degli SPI e fornito linee guida e video per supportare le perso-

¹⁷ G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, cit., 49. Sul tema della digitalizzazione post-pandemica del lavoro, si veda A. MALHOTRA, *The Post-pandemic Future of Work*, in *Journal of Management*, vol. 47, 5, 2021; con particolare riferimento ai servizi per l'impiego: OECD, *Scaling Up Policies that Connect People with Jobs in the Recovery from COVID-19*, Paris, 2021.

¹⁸ G.I. PIROȘCĂ et al., *Digitalization and Labor Market – A Perspective within the Framework of Pandemic Crisis*, in *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, 16, 2021, disponibile sul sito <https://doi.org/10.3390/jtaer16070156>, 2843.

¹⁹ G. SCARANO, B. COLFER, *Linking active labour market policies to digitalization – a review between remote and automated possibilities*, cit., 99.

ne in cerca di occupazione nel loro percorso di integrazione nel mercato del lavoro²⁰.

Nell'ordinamento italiano, tra gli attori istituzionali che – sebbene non senza difficoltà – rivestono un ruolo cruciale nel contesto della digitalizzazione dei servizi per l'occupazione, vi sono i centri per l'impiego (CPI). Soggetti alla competenza regionale, svolgono funzioni quali l'erogazione di servizi di orientamento professionale, l'offerta di informazioni sulle opportunità occupazionali, la promozione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, la verifica dei criteri di condizionalità per l'accesso ai servizi, la stipula di patti di servizio personalizzati, la profilazione dell'utenza, ecc.

L'emergenza sanitaria ha comportato un significativo cambio di rotta nella gestione dei CPI, già afflitti da un'endemica carenza di risorse umane adeguate e/o personale qualificato²¹, innescando un processo di digitalizzazione e informatizzazione dei servizi, accompagnata dalla simultanea acquisizione di apposite dotazioni tecnologiche.

La principale trasformazione è stata l'adozione di forme di connessione e/o comunicazione a distanza, che, attraverso gli strumenti tecnologici messi a disposizione, hanno sostituito le modalità tradizionali di interazione tra gli operatori e l'utenza. Questa scelta è stata determinata sia dalla necessità di ridurre il rischio di contagio tra gli operatori, sia dall'obiettivo di garantire la continuità amministrativa dei servizi agli utenti²². Inizialmente, ciò è stato ottenuto potenziando l'impiego degli strumenti già in uso nella pratica quotidiana, come la posta elettronica, i portali istituzionali, la messaggistica e i colloqui telefonici. Successivamente, sono state adottate anche piattaforme online come Teams, Meet, Chime e WhatsApp, le quali in breve tempo hanno sostituito le

²⁰ OECD, *Harnessing digitalisation in Public Employment Services to connect people with jobs*, cit., 3.

²¹ ANPAL, *La digitalizzazione post Covid*, nota 1/2023, Collana Focus Anpal n. 149, 5. Per una disamina delle misure di politica del lavoro contenute nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, si veda P.A. VARESI, *PNRR e politiche attive del lavoro: Piani attuativi regionali*, in *Dir. prat. lav.*, 20, 2022.

²² OECD, *Harnessing digitalisation in Public Employment Services to connect people with jobs*, cit., 2.

interazioni in presenza, diventando canali temporanei di contatto con l'utenza²³.

È evidente che la tecnologia assumerà un ruolo sempre più rilevante nelle attività svolte dai centri per l'impiego, questi ultimi si troveranno ad affrontare pressioni sempre maggiori (sia esterne che interne) e la domanda di servizi da parte degli utenti muterà sensibilmente. In particolare, uno dei principali obiettivi sarà il sostegno delle categorie di lavoratori "fragili", che includono per esempio coloro con limitate competenze digitali, i disoccupati di lunga durata, gli individui over 50 e le persone con disabilità. Tuttavia, ciò comporterà un cambiamento nella natura delle misure adottate, passando da incentivi economici per l'assunzione a interventi focalizzati sulla formazione²⁴.

3. I possibili effetti della digitalizzazione

Per la maggioranza dei fruitori dei servizi per l'impiego, è presumibile che la transizione verso il digitale e la c.d. *dematerializzazione*²⁵ sia stata e sarà relativamente priva di disagi e, anzi, possa garantire una fornitura più efficiente sotto i profili della tempestività nell'accesso ai servizi e di una maggiore trasparenza nella gamma di supporto disponibile. Tuttavia, come è stato efficacemente evidenziato, «The success of any technological innovation is determined by the degree to which people are able to interact with it»²⁶.

Così, vi saranno specifici sottogruppi di utenti vulnerabili che potrebbero incontrare difficoltà nell'adeguarsi ai cambiamenti nei metodi

²³ ANPAL, *op. ult. cit.*, 3.

²⁴ S. MARCHETTI, G. SCARPETTI, *L'impatto delle tecnologie digitali sull'erogazione dei servizi dei Centri per l'impiego in Europa*, INAPP WP n. 107, 2023, 1.

²⁵ Cfr., sul punto, EUROPEAN COMMISSION, *European Network of Public Employment Services. Dematerialisation of services in EU PES. Assuring full access to the PES services for people with limited opportunities*, 2020, disponibile su <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22954&langId=en>.

²⁶ W. PIETERSEN, *Digital technologies and advanced analytics in PES*, Thematic Paper, EC, Brussels, 2019, disponibile sul sito <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20787&langId=en>, 21.

di erogazione dei servizi, come per esempio coloro che presentano limitate competenze digitali, un accesso limitato a servizi internet causato o dalla mancanza di dispositivi elettronici personali oppure da problemi infrastrutturali, o individui con particolari disabilità che richiedono un miglioramento dell'accessibilità o, infine, soggetti stranieri con difficoltà linguistiche²⁷. Queste criticità potrebbero generare effetti indesiderati, in quanto anziché migliorare la fruibilità dei servizi, la tecnologia potrebbe finire per limitarne l'accesso²⁸.

È per questo motivo che gli SPI devono assicurarsi che nessuno venga lasciato indietro nel percorso di digitalizzazione²⁹. Ciò implica la consapevolezza e la comprensione delle esigenze e delle circostanze individuali delle persone, al fine di assicurare che vengano considerate e implementate alternative per i soggetti più fragili, per i quali gli approcci digitali potrebbero non essere adeguati per il coinvolgimento e la fornitura dei servizi³⁰.

4. Le politiche attive del lavoro e il differente grado di reattività alla digitalizzazione

Com'è noto, le politiche attive del lavoro sono un insieme di azioni e strumenti messi in atto dallo Stato o da altre istituzioni pubbliche al fine di favorire l'occupazione, migliorare l'adattabilità dei lavoratori alle esigenze del mercato del lavoro, promuovere l'inclusione sociale e intervenire, a scopo preventivo o curativo, sulle diverse cause della di-

²⁷ EUROPEAN COMMISSION, *op. ult. cit.*, 7; S. MARCHETTI, G. SCARPETTI, *L'impatto delle tecnologie digitali sull'erogazione dei servizi dei Centri per l'impiego in Europa*, cit., 11.

²⁸ G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, cit., 280.

²⁹ OECD, *Harnessing digitalisation in Public Employment Services to connect people with jobs*, cit., 1.

³⁰ *Ivi*, 9. Sul punto v. anche S. SACCHI, G. SCARANO, *Le politiche del lavoro nell'era digitale: indicazioni per l'Italia dall'evidenza comparata*, cit., 285; A. SARTORI, *Modelli organizzativi dei servizi per l'impiego nell'ordinamento multilivello*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2023, 246.

soccupazione³¹. Esse mirano a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, non solo attraverso la creazione di posti di lavoro, ma anche attraverso la promozione dell'occupabilità, la formazione professionale, il sostegno all'imprenditorialità, l'incentivazione della mobilità lavorativa e altre misure volte a stimolare l'inserimento lavorativo e la progressione professionale dei lavoratori.

Dal punto di vista classificatorio esistono diversi metodi di catalogare le politiche attive. Quello teorizzato da G. Bonoli³² si fonda sulla suddivisione delle stesse in quattro macro-gruppi, ossia: a) *incentive reinforcement* (rafforzamento degli incentivi); b) *employment assistance* (assistenza all'occupazione); c) *occupation* (occupazione); d) *human capital investment* (investimento in capitale umano).

Ognuna di tali categorie presenta un diverso grado di «sensibilità» alla digitalizzazione³³.

All'ultimo posto di un'immaginaria classifica si collocano le politiche attive appartenenti al primo gruppo, il quale comprende le misure che mirano a incentivare la creazione di nuova occupazione (in genere mediante sgravi fiscali o sussidi al reddito) o rendere più efficiente l'erogazione delle politiche passive attraverso l'introduzione di criteri di condizionalità che subordinano i benefici alla disponibilità, da parte dei destinatari, alla ricerca attiva di lavoro. Tali situazioni si verificano solitamente a causa del mancato rispetto, da parte del beneficiario, dei termini concordati con gli operatori degli SPI nell'ambito del piano di

³¹ Sul tema dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro in Italia si vedano, tra i tanti, G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego. Tra miti e riforme*, cit.; P.A. VARESI, *Il sistema nazionale di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro: aspetti strutturali*, in *Var. temi dir. lav.*, 4, 2022; P. ICHINO, *Appunti per un rilancio delle politiche attive del lavoro in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2022; A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro*, in V. FERRANTE (a cura di), *Il lavoro subordinato: Rapporto contrattuale e tutela dei diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2023, 397 ss.

³² G. BONOLI, *The political economy of active labour market policy*, Working Papers on the Reconciliation of Work and Welfare in Europe No.1, Edinburgh, 2010, 10 e ss.

³³ G. SCARANO, B. COLFER, *Linking active labour market policies to digitalization – a review between remote and automated possibilities*, cit., 101.

attivazione individuale del disoccupato. Pertanto, tali interventi sono più comuni a livello procedurale piuttosto che integrati all'interno dei processi centrali dei modelli operativi degli SPI³⁴.

Al penultimo posto della graduatoria si dispongono le politiche riconducibili alla terza categoria (*occupation*), il cui obiettivo non è tanto quello di promuovere il reinserimento nel mercato del lavoro, ma di tenere occupate le persone senza lavoro, anche per prevenire l'impovertimento del capitale umano associato a un periodo di disoccupazione. Esse consistono essenzialmente in programmi di creazione di posti di lavoro e di esperienza lavorativa³⁵. La digitalizzazione difficilmente potrà riguardare questo gruppo, in quanto in tal caso l'intervento è rappresentato in ultima analisi dalla firma di un regolare contratto di lavoro³⁶.

Seconda nella sequenza teorizzata è la quarta famiglia di politiche attive (*human capital investment*), il cui scopo principale è quello di fornire formazione professionale a persone disoccupate o che eventualmente hanno una formazione di base insufficiente, offrendo una seconda opportunità a coloro che non sono stati in grado di trarre profitto dal sistema educativo o le cui competenze sono divenute obsolete³⁷. Sotto il profilo dell'apertura alle innovazioni tecnologiche, i servizi per l'impiego hanno la possibilità di offrire formazione utilizzando risorse digitali come video, materiali di lettura e test pratici. Queste risorse possono essere accessibili direttamente attraverso il sito web degli SPI. Inoltre, è possibile organizzare webinar, incontri online e registrare le sessioni per renderle disponibili su richiesta agli utenti. È evidente che l'adozione di soluzioni online consente agli SPI di ampliare l'offerta formativa e di supportare un maggior numero di persone nella ricerca di lavoro nell'acquisizione di nuove competenze. Tuttavia, è importante sottolineare che questa modalità è oggettivamente limitata a un insieme

³⁴ G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, cit., 15; G. BONOLI, *op. ult. cit.*, 11.

³⁵ G. BONOLI, *op. ult. cit.*, 12.

³⁶ G. SCARANO, B. COLFER, *op. ult. cit.*, 102.

³⁷ G. BONOLI, *op. ult. cit.*, 12.

selezionato di competenze che possono essere efficacemente trasmesse online³⁸.

Pertanto, l'impatto più significativo della digitalizzazione sulle politiche attive si riscontra nella seconda categoria menzionata, ossia l'*employment assistance*³⁹, la quale comprende strumenti volti a superare le barriere alla partecipazione al mercato del lavoro (programmi di ricerca del lavoro, consulenze orientative, incontro domanda-offerta)⁴⁰. Si tratta dei veri e propri servizi di collocamento e programmi di ricerca di lavoro che aumentano la probabilità che un disoccupato entri in contatto con un potenziale datore di lavoro⁴¹. In questo contesto, la digitalizzazione si manifesta attraverso l'implementazione di strumenti che forniscono agli operatori una maggiore quantità di informazioni per supportare gli utenti dei servizi. Pertanto, è in questa sfera delle politiche attive che occorre focalizzarsi per individuare gli strumenti più suscettibili di essere influenzati dalla digitalizzazione, come l'orientamento professionale, la profilazione dei candidati e il *job-matching*. Tali strumenti sono volti a sfruttare le potenzialità offerte dalla tecnologia per fornire un supporto più efficace nel guidare le scelte professionali degli individui, identificare le caratteristiche dei candidati e facilitare l'abbinamento tra offerta e domanda di lavoro. Mentre l'orientamento professionale è quell'insieme di attività e servizi volti a fornire supporto e consulenza agli individui nel processo di scelta e sviluppo della propria carriera lavorativa, il *job-matching* è il processo di individuazione e collegamento tra le competenze, le qualifiche e le caratteristiche dei lavoratori disponibili e le esigenze delle posizioni lavorative offerte nel mercato del lavoro. Infine, la profilazione – sulla quale ci si soffermerà in maniera più scrupolosa – si riferisce ai processi mediante i quali gli SPI classificano e categorizzano le persone in cerca di lavoro in gruppi con profili di rischio ed esigenze simili⁴².

³⁸ *Ibidem*; G. SCARANO, B. COLFER, *op. ult. cit.*, 102.

³⁹ Cfr. R. RIZZA, G. SCARANO, *Nuovi modelli di politica del lavoro*, Milano, 2019, 31.

⁴⁰ G. SCARANO, *op. ult. cit.*, 15.

⁴¹ G. BONOLI, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁴² *Ibidem*; G. SCARANO, B. COLFER, *op. ult. cit.*, 102.

5. La profilazione: nozione e tipologie

La profilazione degli utenti rappresenta il processo che comporta le implicazioni più considerevoli in relazione all'utilizzo intensivo dei dati e delle tecnologie algoritmiche nei servizi per l'impiego, prima tra tutte un efficientamento dell'individuazione delle azioni più appropriate per ciascun utente⁴³ così come, ancor prima, la decisione su quali soggetti intervenire in maniera prioritaria.

Da un punto di vista definitorio, il concetto di *profiling* si riferisce all'insieme delle attività e delle tecniche adottate per definire il profilo personale e professionale delle persone, al fine di ottenere una conoscenza approfondita dei beneficiari dei servizi per l'impiego. L'obiettivo principale è offrire interventi mirati e personalizzati di accompagnamento, inserimento e/o reinserimento nel mercato del lavoro, compreso il potenziamento delle competenze già acquisite o lo sviluppo di nuove competenze considerate cruciali dal punto di vista occupazionale. Un adeguato processo di *profiling* consente inoltre di assicurare un utilizzo efficace ed efficiente delle risorse finanziarie destinate alla pianificazione e all'implementazione di politiche per l'occupazione⁴⁴.

Per fornire servizi per l'occupazione efficienti, è necessario suddividere gli utenti in gruppi diversi e la profilazione rappresenta un importante supporto per gli operatori degli SPI nell'individuare le misure e gli interventi più appropriati in base alle caratteristiche e alle necessità dei *jobseekers*⁴⁵. In particolare, infatti, gli strumenti di profilazione consentono di identificare e differenziare coloro che sono a rischio di diventare disoccupati di lunga durata da coloro che hanno maggiori possibilità di trovare un lavoro in tempi rapidi⁴⁶.

⁴³ G. SCARANO, *op. ult. cit.*, 283.

⁴⁴ ANPAL, *L'orientamento di base e la profilazione qualitativa*, Rapporto 2020, Colana Biblioteca Anpal n. 15, 3.

⁴⁵ Cfr., sul punto, OECD, *Profiling tools for early identification of jobseekers who need extra support*, Policy Brief on Activation Policies, 2018, disponibile su <https://www.oecd.org/els/emp/OECD-Profiling-policy-brief-DEC-18.pdf>.

⁴⁶ ANPAL, *op. ult. cit.*, 6.

È possibile distinguere tre diversi modelli di profilazione⁴⁷.

In primo luogo, la *profilazione basata su regole amministrative* si riferisce a un processo in cui le decisioni relative all'accesso ai servizi e agli interventi per l'occupazione vengono prese in base a regole e criteri definiti a livello amministrativo. Questo tipo di profilazione implica l'analisi e la valutazione delle informazioni e dei dati forniti dagli utenti al fine di determinare se soddisfano i requisiti per accedere a determinate misure o percorsi di inserimento lavorativo. Tale processo può coinvolgere la valutazione di vari fattori, come l'età, il livello di istruzione, le competenze professionali e la durata della disoccupazione. Due sono i vantaggi connessi al *rule-based profiling*: da un lato, non è dispendioso in termini economici ed è agevole da applicare, non essendo necessario un colloquio approfondito con l'operatore del CPI per individuare le necessità dell'utente; dall'altro, garantisce una distribuzione equa e trasparente delle risorse e degli interventi disponibili per favorire l'occupazione e l'inclusione lavorativa. Un aspetto "negativo" è invece dato dal fatto che tale approccio identifica categorie e gruppi di individui eccessivamente ampi, i quali possono presentare una vasta gamma di esigenze tra loro anche molto diverse. Per affrontare questa problematica, la maggior parte degli SPI combina le regole amministrative con l'analisi svolta dagli operatori e l'utilizzo di strumenti volti a identificare le specifiche necessità dell'utenza.

In secondo luogo, la *profilazione statistica* è un processo che si avvale di un modello predittivo per valutare il grado di svantaggio e di occupabilità dell'individuo, al fine di favorirne l'integrazione nel mercato del lavoro. A differenza della prima tipologia di profilazione, quella statistica ha il vantaggio di considerare ogni utente come un individuo unico anziché parte di un gruppo predefinito: in questo modo, i servizi possono essere personalizzati in base alle specifiche esigenze della persona. Gli strumenti statistici di profilazione consentono valutazioni oggettive e standardizzate, che permettono di prevedere con quale

⁴⁷ Dettagliatamente descritti in ANPAL, *op. ult. cit.*, 6-7. Si veda altresì A. LOXHA, M. MORGANDI, *Profiling the Unemployed. A Review of OECD Experiences and Implications for Emerging Economies*, in *Social Protection and Labor*, Working Paper n. 1424, 2014, 9-10.

probabilità le persone in cerca di lavoro rischiano di rimanere disoccupate. Attraverso l'assegnazione di un punteggio all'utente in base al suo livello di occupabilità, è possibile identificare i soggetti che richiedono un appuntamento in presenza con un operatore e quelli che, avendo un punteggio più basso in quanto più facilmente occupabili, possono gestire autonomamente la propria situazione.

Infine, la *profilazione basata sulla valutazione degli operatori* si fonda sul giudizio di questi ultimi per delineare il profilo delle persone in cerca di impiego ed è adoperato, per esempio, da Estonia, Germania, Lussemburgo, Slovenia e Svizzera. In base a questo approccio, i *caseworkers* godono di piena discrezionalità nell'analizzare le competenze e le necessità degli individui. Tuttavia, frequentemente si avvalgono di strumenti quantitativi o qualitativi per valutare le competenze e le esigenze degli stessi⁴⁸.

Attualmente, vari Paesi, inclusa l'Italia, adottano un approccio integrato che combina i vantaggi della profilazione statistica con quelli dell'analisi dei casi individuali, mediante la valutazione degli operatori. La soggettività di quest'ultima può essere infatti mitigata se utilizzata in combinazione con la profilazione statistica⁴⁹. È comunque importante sottolineare che, nell'applicazione di tutte le tipologie di profilazione menzionate, il lavoro degli operatori rappresenta un fattore chiave di successo, sia nella fase diagnostica sia nella progettazione del piano di intervento⁵⁰.

Infine, per individuare le esigenze delle persone in cerca di lavoro, molti Paesi stanno potenziando i mezzi digitali di profilazione assistiti dall'intelligenza artificiale.

⁴⁸ ANPAL, *op. ult. cit.*, 7-8.

⁴⁹ Cfr. R. KONLE-SEIDL, *Profiling systems for effective labour market integration. Use of profiling for resource allocation, action planning and matching*. PES to PES Dialogue, European Commission Mutual Learning Programme for Public Employment Services, 2011, disponibile sul sito <https://iab.de/en/publications/publication/?id=969530>, citato in ANPAL, *op. ult. cit.*, 8.

⁵⁰ ANPAL, *op. ult. cit.*, 8.

6. La profilazione in Italia alla luce delle più recenti novità legislative

Nell'ordinamento italiano, il primo accesso dell'utente ai servizi per l'impiego avviene mediante il rilascio, in via telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro, della dichiarazione di «immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego»⁵¹, oppure attraverso la richiesta di uno strumento di sostegno al reddito⁵².

Ai sensi dell'art. 19, comma 5, d.lgs. n. 150/2015,

sulla base delle informazioni fornite in sede di registrazione, gli utenti dei servizi per l'impiego vengono assegnati a una classe di profilazione, allo scopo di valutarne il livello di occupabilità, secondo una procedura automatizzata di elaborazione dei dati.

Il soggetto registrato è tenuto a contattare il centro per l'impiego al fine di confermare lo stato di disoccupazione (con tempistiche diverse a seconda della tipologia di accesso all'SPI: entro 30 giorni dalla dichiarazione di disponibilità; 15 giorni se beneficiario di una prestazione a sostegno del reddito). In caso di inerzia del disoccupato, questi verrà convocato dal CPI entro 90 giorni dall'inizio dello stato di disoccupazione⁵³.

Durante l'incontro con il funzionario del CPI, viene eseguita la profilazione, finalizzata alla stipulazione del patto di servizio⁵⁴. La procedura è stata ampiamente rivista nel contesto dell'attuazione del programma di Garanzia di occupabilità dei lavoratori (GOL), finanziato nell'ambito della Missione 5 del PNRR⁵⁵ e diretto a garantire la presa in

⁵¹ Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 150/2015.

⁵² A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato*, in *VTDL*, 4, 2022, 748; M. ESPOSITO, C. DI CARLUCCIO, *Attivazione, inclusione e condizionalità nel PNRR*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2023, 286 ss.

⁵³ Art. 20, comma 1, d.lgs. n. 150/2015 e art. 4, d.m. n. 4/2018.

⁵⁴ Art. 20, comma 1, d.lgs. n. 150/2015.

⁵⁵ A. SARTORI, *op. ult. cit.*, 749. Più specificamente, il programma GOL è stato previsto dall'articolo 1, comma 324 della legge di bilancio per il 2021 (legge n. 178/2020)

carico, da parte del sistema nazionale di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro, dei seguenti destinatari: beneficiari di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, beneficiari di ammortizzatori sociali in assenza di rapporto di lavoro (come i percettori di NASpI), lavoratori fragili o vulnerabili (come giovani NEET, donne con particolari situazioni di svantaggio, persone con disabilità, over 55) e *working poors*. La finalità è quella di promuovere lo sviluppo delle loro competenze o facilitarne l'inserimento occupazionale⁵⁶, attraverso l'erogazione di servizi specifici di assistenza intensiva, nell'ambito del patto di servizio sottoscritto con i Centri per l'impiego⁵⁷. Il programma GOL viene attuato dalle Regioni e dalle Province autonome sulla base dei Piani regionali (PAR) approvati dall'ANPAL⁵⁸.

Il sistema di *profiling* precedentemente adottato dall'ANPAL risultava insufficiente ad assicurare l'omogeneità delle procedure oggi richiesta dal programma GOL, sia per la sua scarsa selettività, sia per la sua eccessiva discrezionalità. Anche la profilazione qualitativa risultava disgregata a causa dei diversi approcci utilizzati dalle regioni, che impiegavano strumenti poco standardizzati e comunque sconnessi dal sistema nazionale. Pertanto, l'accesso al programma GOL è attualmente

e adottato con decreto ministeriale del 5 novembre 2021. Per un'analisi approfondita delle politiche del lavoro previste dal PNRR, si rimanda a D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2022; L. CALAFÀ, *Le politiche del mercato del lavoro nel PNRR: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2023.

⁵⁶ A. VARESI, *Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell'Unione europea e riforme nazionali*, in *Dir. relaz. ind.*, 1, 2022, 97. Si veda anche G. CAVALCA, *Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2022; R. SALOMONE, *Rischi e opportunità nelle riforme del mercato del lavoro al tempo del PNRR*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2023, 205.

⁵⁷ P. BOZZAO, *L'intermediazione del lavoro nel Programma GOL: potenzialità e criticità*, in *LD*, 2, 2023, 259.

⁵⁸ Preme precisare che, a seguito della pubblicazione in Gazzetta ufficiale Serie Generale n. 38 del 15 febbraio 2024 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 novembre 2023, l'Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro è soppressa, con decorrenza dal 1° marzo 2024. Le funzioni di ANPAL sono ora attribuite al Ministero del lavoro e delle politiche sociali (cfr. <https://www.anpal.gov.it/soppressione-anpal>).

garantito tramite il c.d. *assessment*. Si tratta di un nuovo approccio metodologico per la profilazione quantitativa e qualitativa, che si differenzia dal passato poiché riduce il livello di discrezionalità dell'operatore mediante l'uso di strumenti e tecniche basate su algoritmi. La profilazione quantitativa, che avviene in modo automatico, indica se una persona è pronta o meno per il lavoro (*work ready/weaker*), mentre la profilazione qualitativa, a essa consecutiva, richiede un colloquio con l'utente⁵⁹.

Per quanto riguarda la profilazione quantitativa, l'obiettivo è quello di agevolare gli operatori dei CPI nell'accesso ai numerosi e non sempre interconnessi archivi amministrativi (SAP), che raccolgono i dati dei lavoratori e che vengono alimentati dagli stessi all'atto della DID o comunicati dall'azienda nel momento dell'instaurazione o cessazione del rapporto di lavoro tramite le Comunicazioni Obbligatorie, al fine di ottenere una valutazione più accurata per garantire un'adeguata presa in carico⁶⁰.

Le informazioni da trasmettere al sistema includono i dati anagrafici, il genere, il livello di istruzione, lo stato occupazionale dell'anno precedente, le informazioni familiari, la cittadinanza, le eventuali misure di sostegno al reddito, la formazione professionale e la qualifica posseduta, il luogo di residenza e il possesso della patente di guida. La classe di profilazione quantitativa viene assegnata automaticamente (classe 1: basso rischio - *work ready*; classe 2: rischio medio - indeterminatezza; classe 3: alto rischio - *weakness*) e indica il rischio di disoccupazione. Grazie a questo metodo, è possibile stimare con maggiore precisione la probabilità di trovare un'occupazione entro una determinata data e definire più efficacemente la distanza dal mercato del lavoro al fine di personalizzare gli interventi⁶¹.

⁵⁹ L. VALENTE, *Il diritto del mercato del lavoro*, Padova, 2023, 104. V. anche M. ESPOSITO, C. DI CARLUCCIO, *Attivazione, inclusione e condizionalità nel PNRR*, cit., 287 ss.

⁶⁰ M. FAIOLI et al., *Tecnofobie nella Missione 5 del PNRR, condizionalità e dovere di lavorare*, in *Federalismi.it*, 9, 2023, 180; L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 105.

⁶¹ L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 105-106. L. AGNENI, G. LINFANTE, C. MICHELETTA, ANPAL Struttura di ricerca III, Ufficio di Statistica e Supporto Metodologico, *L'as-*

Le informazioni fornite dalla profilazione quantitativa sono integrate e approfondite dagli operatori dei centri per l'impiego mediante un colloquio di orientamento con gli utenti, nella successiva fase di valutazione qualitativa (*assessment* iniziale). Con essa si mira a valorizzare la persona del lavoratore, tenendo conto delle sue inclinazioni, esperienze, competenze e bisogni specifici⁶². Questo approccio teoricamente conferisce agli operatori dei CPI un certo margine di manovra nel fornire assistenza al lavoratore durante la ricerca di impiego, offrendo orientamento formativo e professionale per superare eventuali ostacoli alla re-immissione nel mercato del lavoro⁶³.

Durante l'incontro, l'operatore effettua un'intervista utilizzando un questionario per valutare tre diverse aree: A. la situazione lavorativa; B. le competenze; C. le condizioni personali⁶⁴. Per ogni domanda, il funzionario assegna un punteggio compreso tra 0 e 3. Terminato il questionario, per ciascuna area indagata, è possibile ottenere un punteggio massimo di 15 punti, per un totale complessivo di 45 punti⁶⁵.

Per ogni domanda, il funzionario assegna un punteggio compreso tra 0 e 3. Terminato il questionario, per ciascuna area indagata, è possibile ottenere un punteggio massimo di 15 punti, per un totale complessivo di 45 punti.

Durante lo stadio di *assessment* iniziale, l'operatore procede alla "valutazione professionale" utilizzando una specifica *check-list* al fine di analizzare le caratteristiche dell'utente in relazione all'occupabilità. Questa valutazione non genera automaticamente un punteggio in base

assessment dei beneficiari GOL. Indicazioni operative per la profilazione qualitativa, disponibile su <https://www.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/3f3a11b4-bc0c-42d4-8ce3-c36d242f529e/Indicazioni+operativeAssessment+beneficiari+GOL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-3f3a11b4-bc0c-42d4-8ce3-c36d242f529e-o65j31v>, 3.

⁶² L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 106.

⁶³ M. FAIOLI et al., *op. ult. cit.*, 180.

⁶⁴ ANPAL, Risoluzione 9 maggio 2022, n. 5, Allegato B - *Strumenti per l'attuazione dell'assessment: profilazione qualitativa*, disponibile su <https://www.anpal.gov.it/documents/552016/1241390/Delibera+del+Commissario+straordinario+n.+5+del+9+maggio+2022.pdf/8ff36dbf-17bb-b81a-15d8-20c5e28f25b2?t=1652191988355>, 47 ss.

⁶⁵ L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 106; ANPAL, *op. ult. cit.*, 66.

alle informazioni raccolte, ma consente di confermare o meno l'esito della profilazione quantitativa. Infatti, l'operatore può intervenire sui risultati della valutazione, aggiungendo o sottraendo un "plafond" ulteriore di punti, che aumentano o diminuiscono di 3 punti il punteggio complessivo ottenuto nell'*assessment* iniziale (A o B o C) o nell'*assessment* approfondito di cui si disquisirà a breve (C + D). La modifica, potendo determinare un mutamento del percorso del soggetto preso in carico, dev'essere motivata dall'operatore⁶⁶.

Nel caso in cui il punteggio ottenuto nell'area C sia pari o superiore a 6, l'operatore dovrà approfondire ulteriormente la condizione personale per valutare le fragilità emerse e decidere se attivare o meno il percorso GOL n. 4 (Lavoro e inclusione). In tal caso, l'addetto procede all'*assessment* approfondito D (Condizione personale), che investiga ulteriori aspetti psico-sociali come la condizione economica, l'esposizione debitoria, le reti di sostegno, i rapporti con i servizi sociali e il funzionamento sociale. La valutazione approfondita della condizione personale attribuisce un punteggio massimo di 15 punti (C + D). Sulla base del punteggio finale ottenuto attraverso un algoritmo, il lavoratore viene indirizzato verso uno dei quattro percorsi di GOL (reinserimento occupazionale, aggiornamento professionale – *upskilling* –, riqualificazione professionale – *reskilling* –, lavoro e inclusione), che costituirà la parte centrale del patto di servizio personalizzato, redatto al termine dell'intervista con l'interessato⁶⁷.

In realtà, i percorsi previsti da GOL sono cinque. Tuttavia, il quinto, che riguarda la ricollocazione collettiva di lavoratori coinvolti in processi complessi di crisi aziendali e transizione, non è preceduto da un *assessment* individuale, bensì presuppone una valutazione collettiva, o per gruppi di soggetti, che tiene conto della situazione aziendale, del contesto territoriale di riferimento e delle competenze professionali dei lavoratori considerati⁶⁸.

⁶⁶ L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 107; ANPAL, *op. ult. cit.*, 68.

⁶⁷ L. VALENTE, *op. ult. cit.*, 107-108; ANPAL, *op. ult. cit.*, 68.

⁶⁸ A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed empowerment del disoccupato*, cit., 749, nota 44.

7. La digitalizzazione nei modelli di *profiling*: due best practice europee

La parte finale di questo contributo è dedicata all'analisi di due esempi virtuosi di digitalizzazione europei, analisi che permette di apprezzare un impegno sempre più incisivo nell'adozione dell'intelligenza artificiale e di altre metodologie informatiche e statistiche avanzate, con l'obiettivo di ottimizzare le attività inerenti ai servizi per l'occupazione, quali la profilazione delle persone in cerca di lavoro, l'individuazione delle lacune di competenze e l'abbinamento tra i potenziali candidati e i posti vacanti⁶⁹.

7.1. Belgio (Fiandre)

Tra i servizi per l'impiego europei più all'avanguardia spicca indubbiamente quello della regione belga delle Fiandre, la quale ha implementato un modello di *profiling* fondato sull'intelligenza artificiale, che stima la probabilità di diventare disoccupati di lungo periodo⁷⁰ utilizzando tecniche di *machine learning* basate su una grande quantità di differenti variabili. Lo scopo primario è quello di aiutare gli operatori dei centri per l'impiego nella scelta delle persone in cerca di lavoro a cui dare precedenza⁷¹.

La principale iniziativa verso la digitalizzazione dei servizi per l'impiego è il portale VDAB (*Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding*), che coincide con l'Agenzia pubblica per il lavoro delle Fiandre. La piattaforma fornisce una vasta gamma di servizi online per i cittadini che cercano lavoro, compresi la registrazione come disoccupati, la ricerca di offerte di lavoro, la creazione di un profilo personale, la partecipazione a programmi di formazione, nonché strumenti di orientamento professionale e consulenza da remoto per aiutare

⁶⁹ OECD, *Harnessing digitalisation in Public Employment Services to connect people with jobs*, cit., 3.

⁷⁰ S. DESIERE, L. STRUYVEN, *Using Artificial Intelligence to classify Jobseekers: The Accuracy-Equity Trade-off*, in *Journal of Social Policy*, vol. 50, 2, 2021, 371.

⁷¹ ANPAL, *L'orientamento di base e la profilazione qualitativa*, cit., 11.

le persone a scegliere una carriera adeguata alle proprie competenze e interessi.

Scendendo nel particolare, nel 2014 il servizio per l'impiego fiammingo ha fondato un laboratorio di innovazione che si concentra sullo sviluppo di nuove applicazioni e sull'analisi dei *big data*⁷². Nello specifico, il *profiling* realizzato dal VDAB utilizza un modello *random forest* "addestrato" su ampi data set amministrativi e sui dati raccolti al momento dell'auto-registrazione dell'utente⁷³. Il modello è costruito in modo flessibile, in modo da poter essere facilmente e regolarmente aggiornato, sia dalle persone in cerca di lavoro sia dall'assistente sociale che le coadiuva nel loro ritorno nel mercato, allorché siano disponibili dati più recenti o nuove variabili esplicative⁷⁴.

I dati sottostanti sono raccolti e archiviati in una *data warehouse* e contengono informazioni dettagliate sulle caratteristiche socio-economiche delle persone in cerca di lavoro (come l'età, il genere, il luogo di residenza, il livello di istruzione, la nazionalità, le precedenti esperienze lavorative), nonché alcune informazioni sulla loro storia nel mercato del lavoro (come le preferenze lavorative auto-dichiarate – per esempio in termini di occupazione, settore o luogo – e la partecipazione a programmi di formazione). Nel modello vengono utilizzate anche le informazioni raccolte dagli operatori durante i periodi di disoccupazione precedenti e attuali. Un altro aspetto interessante e innovativo è il ricorso a indicatori comportamentali, utilizzando l'attività delle persone in cerca di lavoro sul sito web del VDAB come rilevatore del comportamento nella ricerca di lavoro (trattasi di variabili quali la motivazione, l'adattabilità, la disponibilità all'accettazione immediata di un impiego,

⁷² S. DESIERE, K. LANGENBUCHER, L. STRUYVEN, *Statistical profiling in public employment services: An international comparison*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers n. 224, 2019, 18.

⁷³ V. anche S. ERNST, A.I. MUELLER, J. SPINNEWIJN, *Risk Scores for Long-Term Unemployment and the Assignment to Job Search Counseling*, Prepared for AEA Papers and Proceedings, 2024, disponibile su https://personal.lse.ac.uk/SPINNEWIJN/Risk_Scores_EMS.pdf.

⁷⁴ ANPAL, *op. ult. cit.*, 11; OECD, *Profiling tools for early identification of jobseekers who need extra support*, cit., 3.

l'identità professionale). Per esempio, vengono raccolti i c.d. *click data*, che monitorano l'attività delle persone in cerca di lavoro sul sito web degli SPI (come accesso, aggiunta o modifica di informazioni sull'interfaccia utente di My Career, clic sulle offerte di lavoro, ecc.)⁷⁵ e che sono considerati una *proxy* dell'atteggiamento e della motivazione nella ricerca di un impiego⁷⁶.

Per il momento, il modello si basa esclusivamente su dati amministrativi e sui dati inseriti dalle persone in cerca di lavoro per altri scopi, non venendo raccolte nuove informazioni su *soft skills*, attitudini e strategie di ricerca del lavoro allo scopo di migliorare l'accuratezza dello strumento. In una versione più recente dello stesso, il numero di variabili esplicative è stato ridotto per motivi connessi a esigenze di semplificazione e di rispetto delle normative sulla privacy e antidiscriminatorie. In particolare, le variabili con un basso potere esplicativo sono state eliminate dal modello così come le informazioni sensibili come l'origine e lo stato di disabilità. Tuttavia, l'omissione di variabili sensibili non significa che la discriminazione scompaia, perché il modello incorpora queste informazioni attraverso altre variabili come per esempio le competenze linguistiche. In generale, l'utilizzazione, in maniera efficace, delle variabili comportamentali, costituisce un'operazione estremamente complessa e, di conseguenza, la maggior parte dei meccanismi di *profiling* cerca di massimizzare il più possibile le informazioni ricavabili dagli archivi amministrativi⁷⁷.

Concretamente, le persone in cerca di lavoro si registrano al VDAB e poi si affidano unicamente ai servizi digitali per le prime sei settimane. Sulla base dei dati raccolti, viene sviluppato un modello predittivo che, per ciascun *jobseeker*, predice la sua distanza dal mercato del lavoro.

Trascorsi 35 giorni dalla registrazione, il sistema assegna all'utente un punteggio di profilazione che indica la probabilità di ottenere un

⁷⁵ S. DESIERE, K. LANGENBUCHER, L. STRUYVEN, *op. ult. cit.*, 17.

⁷⁶ OECD, *Artificial intelligence and labour market matching*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers n. 284, 2023, 24; OECD, *Profiling tools for early identification of jobseekers who need extra support*, cit., 3.

⁷⁷ S. DESIERE, L. STRUYVEN, *Using Artificial Intelligence to classify Jobseekers: The Accuracy-Equity Trade-off*, cit., 372.

impiego entro i sei mesi successivi. In base al loro punteggio di profilazione, gli individui vengono suddivisi in quattro gruppi, da molto improbabile a molto probabile che riprendano rapidamente il lavoro (con soglie di punteggio di profilazione inferiori al 35, tra il 35% e il 50%, tra il 50% e il 65% e superiori al 65%). Gli utenti più a rischio di diventare disoccupati di lunga durata vengono contattati per primi dai CPI. Sulla base di un colloquio telefonico, l'operatore decide se la persona in cerca di lavoro è autosufficiente (e non ha bisogno di uno stretto follow-up) o se deve essere indirizzata a un sostegno più intensivo. Gli operatori non hanno tuttavia accesso al punteggio del profilo, disponendo solo degli elenchi, generati automaticamente, dei soggetti disoccupati che devono essere contattati telefonicamente. L'elenco dà la priorità alle persone in cerca di lavoro con un basso punteggio di profilazione; pertanto, il modello assicura solo che le persone vulnerabili in cerca di lavoro siano contattate per prime e non ha alcun effetto sulle decisioni di rinvio degli operatori⁷⁸.

Una volta contattati tutti gli individui appartenenti al primo gruppo, gli operatori possono iniziare a occuparsi degli altri quattro gruppi di persone in cerca di lavoro⁷⁹.

7.2. Paesi Bassi

Un'altra esperienza europea che merita di essere richiamata è quella dei Paesi Bassi, dove l'uso dei dati e della tecnologia nei servizi per l'impiego vanta un elevato grado di avanzamento sin dalla fine degli anni Novanta.

Due importanti componenti della digitalizzazione degli SPI olandesi sono la «Work Folder» e il «Work Profiler», la cui combinazione consente di gestire i dati in modo centralizzato e di fornire servizi più mirati ed efficaci ai candidati e alle imprese.

La «Work Folder» (*Werkmap*) è una piattaforma digitale, introdotta nel 2015, che offre un punto centrale di accesso a tutti i servizi e le in-

⁷⁸ ANPAL, *L'orientamento di base e la profilazione qualitativa*, cit., 12.

⁷⁹ S. DESIERE, L. STRUYVEN, *op. ult. cit.*, 372.

formazioni relativi all'impiego ed è progettata al fine di semplificare l'interazione tra i cittadini e i vari attori coinvolti nell'SPI. Si tratta più precisamente di un portale online personale in cui i cittadini possono archiviare e gestire documenti e dati inerenti alla loro situazione lavorativa. La Work Folder permette infatti agli utenti di registrarsi come disoccupati, cercare offerte di lavoro, accedere a informazioni sulle prestazioni sociali, registrare il proprio CV e comunicare con gli operatori del servizio per l'impiego, l'UWV (*Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, Istituto Nazionale di Previdenza Sociale dei Lavoratori), o altri fornitori di servizi⁸⁰.

Il «Work Profiler» (*Werkverkenner*) è uno strumento di selezione e diagnosi che aiuta l'UWV a fornire servizi su misura ai soggetti percettori dell'indennità di disoccupazione. A tal fine, l'utente compila un breve questionario online contenente 20 domande nei primi tre mesi di disoccupazione, per fornire informazioni sulle proprie competenze, esperienze, interessi e preferenze lavorative. Le domande riguardano undici fattori *hard* e *soft* che sono predittivi del ritorno al lavoro⁸¹. Questi fattori sono poi elaborati statisticamente per produrre due risultati, basati sulle risposte date dalla persona in cerca di lavoro: il primo indica la possibilità di riprendere il lavoro entro un anno; il secondo risultato fornisce una diagnosi rapida illustrando quale degli undici fattori può influenzare positivamente, aumentando le possibilità della persona disoccupata di tornare nel mercato del lavoro.

Entrambi i risultati vengono utilizzati dall'UWV per due scopi, ossia «selezione» e «diagnosi rapida».

Per quanto concerne il primo (selezione), la possibilità dell'utente di riprendere il lavoro entro un anno viene utilizzata per determinare se allo stesso dovranno essere offerti servizi da remoto o in presenza. A causa dei tagli ai costi imposti dal governo, l'UWV non è più in grado di offrire servizi di persona a tutti coloro che percepiscono l'indennità

⁸⁰ M.A. WIJNHOFEN, H. HAVINGA, *The Work Profiler: A digital instrument for selection and diagnosis of the unemployed*, in *Local Economy*, vol. 29, 6-7, 2014, 742.

⁸¹ A. LOXHA, M. MORGANDI, *Profiling the Unemployed. A Review of OECD Experiences and Implications for Emerging Economies*, in *Social Protection and Labor*, cit., 41.

di disoccupazione. Così, il Work Profiler fornisce un metodo oggettivo per individuare i soggetti che necessitano di servizi in presenza; il resto dell'utenza si avvarrà principalmente dei servizi informatici.

Per quanto riguarda il secondo (diagnosi rapida), indipendentemente dal fatto che il soggetto si avvalga di servizi da remoto o dell'assistenza in presenza, è importante offrire prestazioni che aumentino le sue possibilità di rioccupazione. A tal fine, l'UWV utilizza il secondo risultato del Work Profiler, una diagnosi rapida basata sugli undici fattori predittivi per la ripresa del lavoro. I punteggi dei singoli fattori indicano i punti di forza del disoccupato e quelli che potrebbero necessitare di miglioramenti per aumentare le possibilità di trovare lavoro⁸².

Infine, i risultati della profilazione vengono raccolti nella Work Folder caricata sulla piattaforma online dei servizi (Werkl.nl)⁸³.

8. Osservazioni conclusive

In conclusione, a seconda dell'angolazione da cui si sceglie di osservare la tematica fin qui approfondita, emergono linee di pensiero sia critiche che fiduciose, sebbene tutte convergano verso l'apertura alle nuove sfide che attendono il mondo del lavoro nonché verso la modernizzazione dei soggetti pubblici che erogano i servizi per l'impiego⁸⁴.

Guardando in generale al mercato del lavoro, una delle transizioni più importanti riguarderà l'automazione e la probabile sostituzione di alcune professioni. Infatti, con l'avanzare delle tecnologie digitali – prima tra tutte l'A.I.–, alcune mansioni tradizionali saranno svolte da

⁸² M.A. WIJNHOFEN, H. HAVINGA, *op. ult. cit.*, 741. V. anche G. SCARANO, *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego*, cit., 285, Box 5.3 e D. SCARCELLO, *Digitalizzazione e politiche attive del lavoro: il ruolo della profilazione algoritmica nella trasformazione organizzativa dei servizi per l'impiego*, cit., 102-103.

⁸³ Un'analisi più recente del modello è rinvenibile in M.A. WIJNHOFEN et al., *The Work Profiler: Revision and maintenance of a profiling tool for the recently unemployed in the Netherlands*, in *International Social Security Review*, vol. 76, 2, 2023.

⁸⁴ A. FASANO, L. ROSSOTTI, *Luci e ombre delle disuguaglianze digitali nei Centri per l'impiego in Italia*, in *Scientific Journal on Digital Cultures*, vol. 3, 1, 2018, 112.

macchine e algoritmi, richiedendo una riconversione delle competenze dei lavoratori (compresi gli stessi operatori dei servizi per l'impiego) e dunque sollecitando seri investimenti in politiche formative⁸⁵. Anche per questa ragione, diventerà sempre più importante acquisire competenze nel campo digitale, sviluppare abilità nell'uso di strumenti informatici e nell'analisi dei dati.

A ciò si lega il tema del *digital divide*. La rivoluzione digitale potrebbe infatti accentuare le disuguaglianze esistenti nel mercato del lavoro e le persone con accesso limitato alle tecnologie o con carenze di competenze potrebbero trovarsi svantaggiate. Anche in tal caso sarà quindi necessario affrontare queste disparità attraverso programmi di formazione e politiche di inclusione digitale.

Da un punto di vista “micro” – legato cioè alla prospettiva dei servizi per l'impiego – le sfide future si concentreranno principalmente sui mutamenti strutturali del mercato del lavoro: da un lato, la gestione di una forza lavoro straniera e la carenza di manodopera qualificata, soprattutto in specifici settori produttivi, stimolando così la capacità di analizzare, anticipare e mitigare eventuali crisi; dall'altro, lo sviluppo di nuovi servizi per soddisfare le mutevoli esigenze degli utenti dei SPI, richiedendo loro un processo di miglioramento continuo. Al fine di dimostrare il proprio valore aggiunto sul mercato del lavoro, gli SPI dovranno apportare modifiche alla gestione organizzativa interna, ponendo particolare attenzione a tematiche quali efficienza, qualità, tutela della privacy e dei dati sensibili, nonché aprirsi a collaborazioni con soggetti esterni, sia di natura istituzionale che privata⁸⁶.

⁸⁵ Si stima che circa il 50% dei posti di lavoro in Italia potrebbe essere totalmente o parzialmente automatizzato (cfr., sul punto, L. NEDELKOSKA, G. QUINTINI, *Automation, skills use and training*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 202, 2018).

⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION, *PES network work programme 2023-2024*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2023, disponibile su <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=26646&langId=en>, 6-7; S. MARCHETTI, G. SCARPETTI, *L'impatto delle tecnologie digitali sull'erogazione dei servizi dei Centri per l'impiego in Europa*, cit., 18. In particolare, sull'importanza degli attori privati e sulla sinergia tra pubblico e privato si veda R. SALOMONE, *Rischi e opportunità nelle riforme del mercato del lavoro al tempo del PNRR*, cit., 201-204. Sul ruolo degli attori privati nel program-

Il futuro è intrinsecamente connesso allo sviluppo di nuove competenze chiave del personale, che includono non solo abilità di natura digitale, ma anche competenze trasversali e manageriali, come velatamente emerso nel paragrafo dedicato alla “nuova” procedura di profilazione. Pertanto, è essenziale ridefinire i ruoli organizzativi, riallocando internamente il personale e incrementando la formazione alla luce delle nuove posizioni legate alla digitalizzazione⁸⁷.

Chiudendo il cerchio, come sottolineato da attenta dottrina, è possibile isolare tre ambiti principali in cui pare doveroso operare: a) attenuare il *gap* tecnologico tra servizi operanti in diverse realtà geografiche, specialmente a livello di CPI regionali; b) fare in modo che la digitalizzazione diventi un’opportunità di «interoperabilità tra sistemi» incentivando l’interazione tra banche dati attualmente non comunicanti, ma che insieme costituirebbero una fonte di inestimabile valore informativo; c) promuovere sforzi affinché il progresso tecnologico nei servizi per l’impiego non acuisca le disparità territoriali, ottimizzando le strategie di comunicazione rivolte agli utenti e coinvolgendoli attivamente nel miglioramento della qualità dei servizi⁸⁸.

ma GOL, v. A. SARTORI, *Modelli organizzativi dei servizi per l’impiego nell’ordinamento multilivello*, cit., 253-254.

⁸⁷ S. MARCHETTI, G. SCARPETTI, *op. ult. cit.*, 18.

⁸⁸ A. FASANO, L. ROSSOTTI, *op. ult. cit.*, 119.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, EMOZIONI E AUTONOMIA CONTRATTUALE

Tommaso De Mari Casareto dal Verme

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Intelligenza Artificiale, autonomia privata e contratto. 3. Intelligenza Artificiale “emozionale”, marketing e autonomia privata. 4. Volontà e dichiarazione negoziale: verso una nuova rilevanza del momento «interno» del negozio. 5. Intelligenza Artificiale emozionale, autonomia privata e contratti dei consumatori. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell’era della c.d. *quarta rivoluzione industriale*¹, si registra una tendenza sempre più diffusa ad affidare alle macchine l’assunzione di decisioni che tradizionalmente vengono prese dall’essere umano. In tale contesto l’impiego di algoritmi e di sistemi di Intelligenza Artificiale (I.A.) “moderna”² è in grado di mutare radicalmente l’apporto dell’essere umano nei procedimenti decisionali in svariati settori, favorendo

¹ L’origine del termine viene fatta generalmente risalire a viene fatta pacificamente risalire alla Fiera di Hannover del 2011 dove alcuni esponenti del mondo economico e industriale, nonché consulenti del governo tedesco diffondevano un documento intitolato “Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution”. In breve, il carattere principale dell’Industria 4.0 viene identificato nell’intreccio di sistemi fisici e virtuali in una realtà cyber-fisica che introduce un nuovo modo di pensare la produzione, all’insegna della connessione quale parola chiave del sistema. Per ulteriori approfondimenti, cfr. K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2016; A. USTUNDAG, E. CEVIKCAN, *Industry 4.0: Managing the Digital Transformation*, Springer, 2018; M. TEMPORELLI, *Industria 4.0*, in *scienzae filosofia.it*, 22, 2019, 11 ss.

² S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Harlow, 2016. Cfr. anche A. TESTOLIN, M. ZORZI, *L’approccio moderno all’intelligenza artificiale e la rivoluzione del deep learning*, in *Giorn. it. psic.*, 2, 2021, 315 ss.

così una graduale transizione da un modello decisionale integralmente umano a uno in cui assume progressiva rilevanza la componente artificiale. Il fenomeno descritto si traduce talvolta nel semplice supporto alla decisione, altre volte in forme di totale sostituzione³ ritenute persino dirompenti o *disruptive*⁴ ma che, al tempo stesso, richiedono di escludere totalmente l'intervento umano per poter produrre i propri benefici⁵.

Questa progressiva delegazione di potere decisionale induce, ovviamente, i giuristi a interrogarsi circa la tenuta di talune categorie giuridiche tradizionali di fronte alle sfide poste dalla tecnologia. Sebbene il diritto abbia cominciato a guardare alle questioni giuridiche poste dagli algoritmi già molti decenni orsono⁶, oggi la materia pare dominata dall'avvento dell'IA. in senso moderno, dovendosi intendere con tale espressione i notevoli progressi che la disciplina dell'intelligenza Arti-

³ M. GABBRIELLI, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 29-30. Cfr. analogamente N. LIPARI, *Diritto, algoritmo, predittività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2023, 729, ove osserva che le decisioni oggi possono essere *basate* su algoritmi, *guidate* da algoritmi ovvero *determinate* da algoritmi.

⁴ Per una ricostruzione generale dei gradi di delegazione decisionale all'algoritmo, cfr. E. CALZOLAIO, *Intelligenza Artificiale e autonomia della decisione: problemi e sfide*, in ID. (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 3 ss., il quale adotta una suddivisione in tre fasi: *supportive technology*, la quale non altera profondamente il mondo del diritto; *replacement technology*, che sostituisce almeno un segmento del processo decisionale; *disruptive technology*. In proposito si veda anche T.M. SOURDIN, *Justice and technological innovation*, in *Journal of Judicial Administration*, 2015, 25(2), 96 ss.

⁵ In questi termini, G. D'ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Torino, 2022, 129, il quale osserva che l'algoritmo è razionale mentre la decisione umana è fonte di imprecisioni; perciò, il suo intervento potrebbe in realtà frenare l'impiego di tecnologie come strumento di ausilio alle decisioni per l'uomo.

⁶ Si segnalano decisioni in tema di brevettabilità degli algoritmi già a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, per lo più in ambito statunitense. Si vedano, per esempio, *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 (1972); *Parker v. Flook*, 437 U.S. 584 (1978); *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981). Per approfondimenti, W. BARFIELD, U. PAGALLO, *Law and Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2020, 10.

ficiale – che, invero, è nata ufficialmente negli anni Cinquanta del XX secolo⁷ – ha compiuto negli ultimi decenni grazie alla combinazione di tecniche note, come l'apprendimento automatico (*machine learning*) e profondo (*deep learning*), con nuovi fenomeni tecnologici che hanno permesso agli algoritmi di I.A. di trovare nuova linfa vitale. Tali progressi, infatti, sono stati possibili grazie alla diffusione globale di internet e alla nascita del fenomeno dei *big data*⁸, consentendo ai moderni sistemi di I.A. di raccogliere ed elaborare sconfinite quantità di dati non strutturati e di apprendere dalla analisi di essi e dall'esperienza maturata nel corso del loro ciclo vitale. Tuttavia, per cogliere appieno i benefici che questa tecnologia può portare alla società nel suo complesso occorre guardare all'intelligenza artificiale abbandonando qualsiasi ottica antropocentrica⁹. Da un lato, l'I.A. non è (e forse mai sarà) in grado di ottenere quel livello di discernimento che è proprio dell'intelligenza umana; dall'altro, essa è in grado di effettuare calcoli e inferenze statistiche con una precisione e una velocità nettamente superiori a qualsiasi capacità umana.

Come noto, però, ai benefici arrecati dall'I.A. si accompagnano altrettanti rischi. La delega di potere decisionale all'algoritmo in taluni casi potrebbe costringere i giuristi a rivedere i contorni di certe categorie giuridiche consolidate, al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali degli individui. Il presente contributo si occuperà, allora, di considerare le sfide poste da alcune pratiche di I.A. particolarmente diffuse nella prassi delle relazioni commerciali alla nozione di auton-

⁷ La nascita ufficiale del termine si fa risalire al 1956 ad opera dello scienziato John McCarthy durante il celebre *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. Per un approfondimento della nascita e degli sviluppi della disciplina, cfr. J. KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo* (orig. *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*), Roma, 2017, 21 ss.

⁸ L'espressione *Big Data* indica non solo l'enorme quantità di dati cui un sistema informatico ha accesso, ma anche la velocità con cui essi vengono raccolti ed elaborati. Questi aspetti vengono spesso descritti attraverso l'immagine delle "tre V": volume, velocità, varietà. Cfr. sul tema G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big Data e Privacy by Design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Torino, 2017, 5 ss.

⁹ In questo senso, N. CRISTIANINI, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Bologna, 2023, 23.

mia contrattuale, quale principale declinazione del principio generale di autonomia privata, così come essa è conosciuta tanto dal diritto nazionale quanto da quello europeo dei consumatori, nell'ottica di identificare i potenziali vuoti di tutela lasciati dal diritto vigente rispetto alle caratteristiche delle nuove tecnologie digitali.

2. *Intelligenza Artificiale, autonomia privata e contratto*

L'impiego dell'intelligenza Artificiale in ambito contrattuale pone rilevanti sfide in relazione alla tenuta di categorie civilistiche fondamentali, prime fra tutte quella di autonomia contrattuale. Essa costituisce la principale manifestazione dell'autonomia privata, la quale consiste nell'attitudine dell'individuo a regolare da sé i propri interessi, tanto come libertà del volere quanto come effettivo potere di autonomia dei privati¹⁰. Il principio dell'autonomia privata trova fondamento nell'art. 41 Cost. in tema di libertà di iniziativa economica¹¹, la quale costituisce la base di tutti i rapporti economici, seppur delimitata dai confini di regole giuridiche volte alla realizzazione di interessi di preminente valore sociale assumendo, così, una funzione solidaristica¹². L'autonomia privata è stata definita anche come il «substrato reale»¹³ delle norme in tema di negozio e, dunque, della nozione di autonomia contrattuale. Il principale referente normativo dell'autonomia contrattuale è l'art. 1322 c.c., che prevede il potere dei privati, da un lato, di determinare il contenuto del contratto nel rispetto dei limiti imposti dalla legge; dall'altro, di scegliere liberamente la tipologia contrattuale

¹⁰ M. NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 9 ss.

¹¹ Sebbene l'iniziativa economica sia concetto distinto rispetto a quello di autonomia contrattuale, l'azzeramento di uno provoca l'azzeramento dell'altro. Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 6.

¹² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna, 1970, 25.

¹³ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 83 ss.

anche al di là dei tipi specificamente previsti dalla legge, purché tale accordo corrisponda alla soddisfazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento. Ma l'autonomia contrattuale non si limita al potere di costituire contratti, poiché la definizione di contratto desumibile dall'art. 1321 c.c. estende l'autonomia contrattuale non solo alla possibilità di costituire, ma anche a quella di estinguere e regolare rapporti giuridici patrimoniali. In questo contesto, il concetto di "regolamento" è capace di ampliare notevolmente gli effetti del contratto e dell'autonomia delle parti¹⁴. Il contratto, dunque, è manifestazione dell'autonomia privata e appartiene alla più ampia categoria di negozio giuridico, quale atto con cui un soggetto dispone della propria sfera giuridica¹⁵ e, perciò, atto di autoregolamento dei propri rapporti giuridici patrimoniali¹⁶.

L'impiego dell'intelligenza Artificiale in ambito contrattuale pone rilevanti sfide a questa impostazione. *In primis*, l'affermarsi dell'automazione nella conclusione e nell'esecuzione di contratti rende sempre più complesso identificare le parti, così come imputare le decisioni a un soggetto determinato e persino conoscere compiutamente il contenuto del contratto¹⁷. Se si pensa, per esempio, al fenomeno degli *smart contracts*¹⁸, a una maggiore celerità e sicurezza dei traffici giuridici¹⁹ si

¹⁴ R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 26.

¹⁵ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019, 2.

¹⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 51; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 5 ss.

¹⁷ Per un'introduzione della tematica, cfr. M. PROTO, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 175 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza Artificiale*, in *Riv. tir. dir. proc. civ.*, 2018, 1, 441 ss.

¹⁸ «Lo *smart contract* è la trasposizione in codice di un contratto che consente di verificare in automatico l'avverarsi di determinate situazioni di autoeseguire azioni al realizzarsi delle stesse, senza alcuna possibilità per le parti di condizionarne il funzionamento» (C. PERNICE, *Smart contract e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 164). Per un inquadramento delle problematiche giuridiche legate al fenomeno degli *smart contracts*, cfr.

associa la sostituzione dell'essere umano con l'algoritmo di I.A. in tutte le decisioni relative al rapporto contrattuale, comprese la formazione, l'esecuzione e persino la gestione delle sopravvenienze²⁰. In questo senso, l'intrinseca immodificabilità del regolamento contrattuale negli *smart contracts* permette all'autonomia privata di esplicarsi pienamente solo nel momento della formazione del contratto, mentre le successive fasi subiscono una rinuncia, talvolta inconsapevole, da parte dei contraenti alla facoltà di controllare e gestire la materiale esecuzione dell'intesa²¹.

Da quanto brevemente descritto è possibile affermare che il fenomeno degli *smart contracts* influisce, almeno in parte, sul contenuto dell'autonomia contrattuale dei privati in ciò che l'art. 1322 c.c. individua nel suo significato «positivo»²² – e cioè la libertà che le parti hanno di (costituire, estinguere e) regolare i propri rapporti giuridici patrimoniali tramite atti di volontà. L'impiego dell'intelligenza Artificiale (specialmente da parte delle imprese) tuttavia pone serie questioni circa la tutela dell'autonomia contrattuale (specialmente dei consumatori) anche rispetto al suo significato «negativo», in virtù del quale nessuno può essere costretto a essere spogliato dei propri beni o a eseguire prestazioni in favore di altri contro o indipendentemente dalla propria volontà²³.

F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss.

¹⁹ Sul tema ampiamente I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022, 61 ss., per cui il vantaggio principale degli *smart contracts* risiede nella sostanziale impossibilità che si verifichi l'inadempimento del contratto, poiché il codice informatico è programmato per “bloccare” l'esecuzione dello stesso in mancanza dell'esecuzione della controprestazione.

²⁰ A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civili e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 71.

²¹ I. MARTONE, *op. cit.*, 165 ss.

²² F. GALGANO, *Il contratto*, Milano, 2020, 34 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, 45 ss.

²³ *Ibid.*

Il concetto di autonomia contrattuale include, allora, la libertà di chiunque dalle illecite interferenze di terzi nella propria sfera giuridica patrimoniale²⁴ e, dunque, il diritto alla libera formazione della volontà. Tale elemento si desume già dalla previsione dell'art. 1325 c.c. che include l'accordo tra gli elementi essenziali del contratto, la cui mancanza ne provoca la nullità a norma dell'art. 1418 c.c., così come i vizi del consenso di cui agli artt. 1425 ss. c.c. ne provocano l'annullabilità.

Ciò premesso, i più recenti progressi della scienza e della tecnologia paiono capaci di consentire ai poteri privati di interferire con il procedimento di formazione della volontà dei consumatori in maniere così sottili da riuscire a sfuggire alle tutele contrattuali apprestate tanto dalla normativa nazionale, quanto da quella europea. Nei paragrafi che seguono si tenterà di fornire un'analisi di tali fenomeni.

3. *Intelligenza Artificiale “emozionale”, marketing e autonomia privata*

Le ricerche neuroscientifiche condotte nel corso del XIX e XX secolo hanno permesso di accedere a un livello più profondo di conoscenza dei procedimenti decisionali che avvengono nel cervello umano²⁵. La scienza ha rivelato, infatti, che la parte irrazionale ed emotiva del cervello si attiva qualche millisecondo prima della parte razionale ed è responsabile della maggior parte delle nostre decisioni quotidiane²⁶. Tali scoperte furono impiegate anche in studi di economia e di marketing a partire dalla metà del XX secolo, portando alla nascita della neu-

²⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, 2011, 37 ss., ove definisce l'autonomia privata come la libertà delle parti di «decidere se, e in che modo, le proprie sfere giuridiche abbiano a essere incise dal contratto».

²⁵ Per la ricostruzione che segue, cfr. C. GAROFALO, F. GALLUCCI, M. DIOTTO, *Manuale di Neuromarketing*, Milano, 2021, 3 ss.

²⁶ Questa scoperta viene attribuita a Benjamin Libet nel 1985. Cfr. B. LIBET, *Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1985, 8(4), 529 ss. 529. Cfr. anche G. ZALTMAN, *How Customers Think: Essential Insights into the Mind of the Market*, Harvard, 2003, 57.

roeconomia e dell'economia comportamentale²⁷. In particolare, la “Teoria del prospetto” elaborata da Tversky e Kahneman negli anni Settanta ha svolto un ruolo fondamentale nello sviluppo di tali discipline, analizzando il processo decisionale in condizioni di rischio e di influenza emotiva²⁸. Successivamente, questi studi aprirono la strada al campo del “Neuromarketing”, che combina neuroscienze e marketing per analizzare come il cervello elabora e risponde agli stimoli del mercato²⁹, impiegando tecnologie come la risonanza magnetica funzionale (fMRI), l'elettroencefalogramma (EEG), l'*eye-tracking*³⁰ e il *facial coding*³¹ per comprendere i processi decisionali e le reazioni emotive inconsce dei consumatori. Sulla scia del c.d. *marketing emozionale*³² si assistette a un inevitabile ripensamento delle teorie economiche fondate

²⁷ Per approfondimenti, cfr. P.W. GLIMCHER, A. RUSTICHINI, *Neuroeconomics: The Consilience of Brain and Decision*, in *Science*, 2004, 306, 447 ss.; E. CARTWRIGHT, *Behavioral Economics*, London, 2014, 4 ss.

²⁸ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 47(2), 263 ss.

²⁹ Per un'introduzione al tema, cfr. C. GAROFALO et al., *op. cit.*, 3 ss.; A. MARTINEZ-LEVY, P. CHERUBINO, D. ROSSI, M. HERRERO EZQUERRO, A. TRETTEL, F. BABILONI, *Advances in Neuroscience and Its Application in Economics and Marketing Research*, in *Micro & Macro Marketing*, 2021, 3, 521 ss.; N. LEE, A.J. BRODERICK, L. CHAMBERLAIN, *What is 'neuromarketing'? A discussion and agenda for future research*, in *International Journal of Psychophysiology*, 2007, 63, 199 ss.

³⁰ L'*eye-tracking* si riferisce a diverse tecniche impiegate per estrarre dati relative alla relazione tra cervello e sistema visivo dalla posizione e dal movimento delle pupille. Sul tema cfr., *ex multis*, S. BIALOWAŚ, A. SZYSZKA, *Eye-tracking in Marketing Research*, in R. ROMANOWSKI (a cura di), *Managing Economic Innovations*, Poznań, 2019, 91.

³¹ Il *facial coding* impiega registrazioni video di espressioni facciali da cui estrae dati emozionali del soggetto. Per un approfondimento, cfr. D.A. DRAGOI, *Facial Coding as a Neuromarketing Technique: An Overview*, in “*Ovidius*” *University Annals, Economic Sciences Series*, 2021, XXI, 683.

³² Il c.d. *emotional marketing* si riferisce a strategie di mercato che puntano sullo stimolo delle emozioni per indurre i consumatori ad acquistare un determinato bene o per creare un'associazione affettiva tra i consumatori e un determinato brand. In questo senso, D. CONSOLI, *A New Concept of Marketing: The Emotional Marketing*, in *BAND. Broad Research in Accounting, Negotiation, and Distribution*, 2010, 1, 1 ss.

sull'idea del consumatore razionale – o *homo oeconomicus* – in favore invece di un modello di razionalità limitata³³.

Parallelamente, l'avvento dell'I.A. moderna vede tra i suoi ambiti di predilezione tanto il riconoscimento delle emozioni, tramite svariate tecniche come l'*affective computing*³⁴; quanto il *marketing online*³⁵, in cui tecniche di I.A. “emozionale” sono impiegate per apprendere la vita emotiva dei consumatori³⁶. Esempio paradigmatico di tali sviluppi è l'impiego di tecniche di *sentiment analysis* online, specialmente all'interno dei *social network*³⁷, che permettono di estrarre dati relativi ai comportamenti e alle emozioni degli utenti dai testi scritti sul web e dalle immagini condivise, che negli ultimi anni sono stati oggetto di un

³³ Il concetto di razionalità limitata (*bounded rationality*) è stato elaborato da H. SIMON, *Models of Man*, New York, 1957. Per una successiva ricostruzione, si veda L.A. REISCH, M. ZHAO, *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: State of the Art*, in *Behavioural Public Policy*, 2017, 1(2), 190 ss.

³⁴ Termine coniato da R.W. PICARD, *Affective Computing*, Cambridge (MA), 1997, si tratta di un'area di ricerca multidisciplinare che si avvale di contributi provenienti da diversi ambiti, come la psicologia, la fisiologia, l'ingegneria, la sociologia, la matematica, l'informatica, l'educazione e la linguistica.

³⁵ Il c.d. *Artificial Intelligence Marketing* (AIM) viene definito l'uso dell'I.A. per automatizzare l'elaborazione di massive quantità di dati e informazioni per creare conoscenza. In questo senso, K.A. YAU, N. MAT SAAD, Y. CHONG, *Artificial Intelligence Marketing (AIM) for Enhancing Customer Relationships*, in *Applied Sciences*, 2021, 11, 8562. Per ulteriori approfondimenti, cfr. S. STRUHL, *Artificial Intelligence Marketing and Predicting Consumer Choice*, Kogan Page, 2017, *passim*; R. VENKATESAN, J. LECINSKI, *The AI Marketing Canvas*, Stanford, 2021, 12 ss.

³⁶ A. MCSTAY, *Emotional AI: The Rise of Empathic Media*, SAGE, 2018, 3.

³⁷ Il *sentiment analysis* online, soprattutto nei social network, si è sviluppato sempre più come applicazione dell'apprendimento automatico per valutare e classificare gli atteggiamenti e le opinioni online degli utenti a fini di marketing. Sul tema si veda M. RAMBOCAS, B.G. PACHECO, *Online Sentiment Analysis in Marketing Research: A Review*, in *Journal of Research in Interactive Marketing*, 2018, 12(2), 147. In particolare sul “social network emotional marketing”, quale settore di studio del rapporto tra social network e legame emozionale con i brand, cfr. S. BIN, *Social Network Emotional Marketing Influence Model of Consumers' Purchase Behavior*, in *Sustainability*, 2023, 15, 5001 ss.

livello di popolarità a dir poco esplosiva³⁸. Quando, poi, le ricerche di *neuromarketing* si uniscono alla nuova conoscenza generata dall'I.A.³⁹ – la quale è capace di aggregare i risultati dei dati relativi alle reazioni inconsce dei consumatori⁴⁰ ed estrarre modelli⁴¹ con un livello di accuratezza impensabile in precedenza⁴² – si assiste a una nuova forma di asimmetria informativa, in cui grandi aziende⁴³ e Big Tech, come Google e Facebook⁴⁴, detengono sostanzialmente il monopolio dei c.d. *emotional data* dei consumatori e possono influenzare le loro decisioni d'acquisto.

³⁸ E. FRONTONI, M. PAOLANTI, *AI-Based Decision Support System: From Theoretical Background to Real World Applications*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, cit., 17 ss.

³⁹ Gli ambiti di intersezione tra I.A. e neuromarketing sono ampiamente evidenziati dalla letteratura scientifica. Si veda, per tutti, A. HAKIM, S. KLORFELD, T. SELA, D. FRIEDMAN, M. SHABAT-SIMON, D.J. LEVY, *Machines Learn Neuromarketing: Improving Preference Prediction from Self-Reports Using Multiple EEG Measures and Machine Learning*, in *International Journal of Research in Marketing*, 2021, 38, 770 ss.

⁴⁰ B. GLOVA, I. MUDRYK, *Application of Deep Learning in Neuromarketing Studies of the Effects of Unconscious Reactions on Consumer Behavior*, in *IEEE Third International Conference on Data Stream Mining & Processing*, August 21-25, 2020, 340.

⁴¹ Si evidenzia la caratteristica principale dell'I.A. moderna nella capacità di generare forme di apprendimento di ordine superiore a partire da dati grezzi e dall'esperienza autogenerata. In questo senso, A. DE BRUYN, V. VISWANATHAN, Y. SHAN BEH, J. KAI-UWE BROCK, F. VON WANGENHEIM, *Artificial Intelligence and Marketing: Pitfalls and Opportunities*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2020, 51, 102.

⁴² La letteratura riporta in particolare la precisione e l'affidabilità generate dall'applicazione dell'I.A. al neuromarketing. Cfr., *ex multis*, Y. MOUAMMINE, H. AZDIMOUS, *Using Neuromarketing and AI to Collect and Analyse Consumer's Emotion: Literature Review and Perspectives*, in *12 International Journal of Business & Economic Strategy*, 2019, 12, 34.

⁴³ La letteratura scientifica sull'argomento ha notato che le aziende stanno investendo sempre più in questa tecnologia nel processo di creazione di conoscenza per rafforzare le loro capacità di marketing automatizzando il targeting dei clienti con forme di pubblicità digitale personalizzata. In questo senso, F. SABIN FOLTEAN, G.H. VAN BRUGGEN, *Digital Technologies, Marketing Agility, and Marketing Management Support Systems: How to Remain Competitive in Changing Markets*, in C. MACHADO, J.P. DAVIM (a cura di), *Organizational Innovation in the Digital Age*, Berlin, 2022, 31.

⁴⁴ F. MORTON, *Neuromarketing for Design Thinking: The Use of Neuroscientific Tools in the Innovation Process*, in C. MACHADO, J.P. DAVIM, *op. cit.*, 40-43.

Tali fenomeni rievocano le preoccupazioni in tema di “neuroetica” in relazione alla possibile violazione del libero arbitrio e dell’autonomia delle persone⁴⁵, le quali si sono talvolta tradotte in specifiche iniziative giuridiche e legislative⁴⁶ volte alla creazione di nuovi diritti – i c.d. *neurorights* – al fine di promuovere attività neuroscientifiche ispirate a un principio di “non-manipolazione *by design*”⁴⁷. Simili problematiche sono state sollevate anche in tema di *neuromarketing*⁴⁸, dove il dibattito tra le posizioni favorevoli e contrarie all’eticità del fenomeno richiama quello filosofico intorno al sottile confine esistente tra il concetto di persuasione e quello di manipolazione, dove le prime sostengono che non esista un “pulsante d’acquisto” nel cervello dei consumatori e che, anzi, il *neuromarketing* aiuterebbe loro a capire cosa essi

⁴⁵ Sul tema si veda M.J. FARAH, *Emerging Ethical Issues in Neuroscience*, in *Nature Neuroscience*, 2002, 5(11), 1127; N. LEVY, *Neuroscience, Free Will, and Responsibility: The Current State of Play*, in J. CLAUSEN, N. LEVY (a cura di), *Handbook of Neuroethics*, Berlin, 2015, 203.

⁴⁶ Si segnala, in particolare, “The Neurorights Initiative” della Columbia University, che ha evidenziato le potenzialità e i rischi delle neurotecnologie, sviluppando alcuni nuovi diritti umani, come quello alla privacy mentale. Questo gruppo di ricerca iniziò una collaborazione con lo stato del Cile nel 2019, dove fu presentato e accolto un progetto di riforma costituzionale per introdurre il diritto alla integrità mentale finalizzato a tutelare l’attività cerebrale e le informazioni a essa collegata. Sul tema cfr. M.C. ERRIGO, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Dirittifonda mentali.it*, 3, 2020, 216; A. MCCAY, *Neurorights: The Chilean Constitutional Change*, in *AI and Society*, 31st January 2022; A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2021, 207.

⁴⁷ F. GALLI, *Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices*, Cham, 2022, 273.

⁴⁸ Per una ricostruzione delle questioni etiche legate al *neuromarketing*, cfr. E.H. SPENCE, *Ethics of Neuromarketing: Introduction*, in J. CLAUSEN, N. LEVY, *op. cit.*, 1621 ss.; Y.I. ULMAN, T. CAKAR, G. YILDIZ, *Ethical Issues in Neuromarketing: ‘I Consume, Therefore I am!’*, in *Science and Engineering Ethics*, 2015, 21, 1271 ss.; R. FIOCCA, *Convergenze inaspettate... E se big data e neuromarketing insieme svelassero più di quanto conosciamo dei comportamenti di acquisto e consumo?*, in *Micro & Macro Marketing*, 2019, 2, 375.

vogliono realmente⁴⁹; le seconde⁵⁰, invece, assumono che le tecniche di *neuromarketing* sfociano nella manipolazione agendo sulla parte inconscia del cervello, il tutto senza che questi se ne rendano conto⁵¹.

Le preoccupazioni da ultimo espresse appaiono fondate alla luce dei recenti progressi di fenomeni tecnologici come l'I.A. e i *big data*, che permettono alla conoscenza estratta dagli *emotional data* di raggiungere notevoli livelli di accuratezza. Peraltro, i pericoli posti dall'I.A. – e in particolare dall'I.A. emozionale⁵² – all'autonomia delle persone sono ben noti⁵³, così come il fenomeno dei c.d. *dark patterns* nell'universo online, che intende proprio manipolare gli utenti per indirizzarli ad agire in determinati modi, minacciando così l'autonomia dei consumatori come diritto individuale all'autodeterminazione⁵⁴. Segnatamente, l'attività di c.d. *microtargeting* comportamentale compiuta dalle imprese per influenzare e manipolare i consumatori online è divenuta una strategia commerciale molto promettente negli ultimi anni, permettendo agli attori del mercato di acquisire un grado superiore di conoscenza circa i modelli comportamentali dei consumatori e, tuttavia, generando una

⁴⁹ In questo senso, A. KRAUSOVÁ, *Neuromarketing from a Legal Perspective*, in *The Lawyer Quarterly*, 2017, 1, 41; S.J. STANTON, W. SINNOTT-ARMSTRONG, S.A. HUETTEL, *Neuromarketing: Ethical Implications of its Use and Potential Misuse*, in *Journal of Business Ethics*, 144, 2017, 804.

⁵⁰ Cfr. R.M. WILSON, J. GAINES, R.P. HILL, *Neuromarketing and Consumer Free Will*, in *The Journal of Consumer Affairs*, 42(3), 2008, 394.

⁵¹ E.R. MURPHY, J. ILLES, P.B. REINER, *Neuroethics of Neuromarketing*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 2008, 7, 293.

⁵² Per una panoramica del tema delle sfide costituzionali poste dalla I.A. emozionale con riguardo al diritto di autodeterminazione, si veda P. VALCKE, D. CLIFFORD, V.K. DESSERS, *Constitutional Challenges in the Emotional AI Era*, in H. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 57 ss.

⁵³ C. ERNST, *Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020, 57.

⁵⁴ Sulla relazione tra *dark patterns* e autonomia individuale, S. AHUJA, J. KUMAR, *Conceptualizations of User Autonomy Within the Normative Evaluation of Dark Patterns*, in *Ethics and Information Technology*, 24, 2022, 52 ss.

nuova forma di asimmetria informativa in grado di sfruttare forme altrettanto nuove di vulnerabilità⁵⁵.

4. Volontà e dichiarazione negoziale: verso una nuova rilevanza del momento «interno» del negozio

I fenomeni descritti nel paragrafo precedente impongono di considerare se il diritto predisponga mezzi sufficienti a tutelare l'autonomia contrattuale degli individui. Una siffatta analisi si rende opportuna tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, stante il ruolo centrale assunto dall'Unione europea negli ultimi decenni nella definizione dei contenuti dell'autonomia privata dei cittadini.

Una preliminare riflessione merita di essere svolta nuovamente intorno al significato «negativo» di autonomia contrattuale che assume particolare rilevanza nel contesto delle interferenze illecite nella libera formazione della volontà dei contraenti. Nell'impostazione del Codice civile italiano la volontà delle parti costituisce la base dell'accordo e, perciò, per la valida formazione del contratto. Tuttavia, proprio in relazione al concetto di volontà si è articolato lo storico dibattito dottrinale intorno alla natura del contratto e del negozio giuridico in generale. La teoria soggettiva del contratto ravvisa l'essenza del contratto nella volontà creatrice dell'individuo, in virtù della quale una dichiarazione priva di volontà sarebbe inidonea a formare il contratto in quanto manche-

⁵⁵ In questi termini, M. EBERS, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS, S. NAVAS (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2020, 70 ss., in particolare sulla riflessione per cui l'attività di «behavioral microtargeting» viene impiegata dalle imprese per manipolare i consumatori attraverso tre principali step: 1) la raccolta di grandi quantità di dati; 2) la valutazione di tali dati da parte di algoritmi di apprendimento automatico al fine di analizzare e prevedere alcuni tratti personali degli utenti; 3) l'impiego delle informazioni estratte per varie finalità, tra cui adattare le campagne pubblicitarie, i prodotti e i prezzi in modo personalizzato al profilo del cliente. Sul tema della manipolazione del mercato digitale, cfr. anche R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 82(4), 2014, 995 ss.

rebbe il suo primo elemento costitutivo⁵⁶. Il c.d. *dogma della volontà* attribuisce rilevanza essenziale alla dimensione interna del volere, laddove invece nella concezione oggettiva (o teoria della dichiarazione) ciò che conta è la dichiarazione della volontà, per cui il contraente, che voglia il risultato voluto internamente, deve rivolgersi alla controparte e dichiarare la propria volontà⁵⁷.

La concezione oggettiva è oggi dominante in dottrina e corrisponde a una definizione di negozio giuridico quale *dichiarazione di volontà* rivolta a produrre effetti giuridici⁵⁸. È pur vero che il concetto di negozio giuridico racchiude entrambi i momenti, quello interno e quello esterno, ove il primo coincide con un atto di volontà libero e tendente alla produzione di effetti nei limiti in cui il diritto attribuisce efficacia alla volontà privata, mentre il secondo è l'atto con cui tale volontà acquista un'esistenza obiettiva⁵⁹. Tuttavia, il momento della dichiarazione appare imprescindibile, poiché è solo il valore obiettivo che la volontà assume quale atto decisionale che ha obiettivamente il significato di un atto negoziale e, perciò, impegna il suo autore anche se il suo interno volere sia stato diverso da quello manifestato⁶⁰.

La tutela della volontà a livello codicistico si manifesta principalmente nella disciplina delle invalidità. Da un lato, l'art. 1418 c.c. prevede la nullità del contratto per assenza di accordo; dall'altro, la disciplina dell'annullabilità del contratto per vizi del consenso *ex artt.* 1427 ss. c.c. conferisce il potere alla parte il cui consenso è stato viziato di decidere se mantenere gli effetti del contratto oppure annullarlo. Anche la disciplina delle invalidità negoziali riflette la concezione oggettiva del contratto come atto, nel senso che assumono rilievo unicamente vizi di

⁵⁶ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 15.

⁵⁷ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 87.

⁵⁸ F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977, 933; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 7.

⁵⁹ S. PUGLIATTI, A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, 55 ss.

⁶⁰ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 17.

natura contenutistico-strutturale⁶¹. È necessario, dunque, che così come la volontà anche i suoi vizi si manifestino in maniera oggettivamente percepibile dalla controparte⁶², in ossequio a una regola per cui l'esistenza di una dichiarazione apparentemente valida all'esterno deve poter vincolare la parte che l'ha emessa in virtù tanto del principio dell'affidamento quanto di certezza dei traffici⁶³.

Appare arduo immaginare che le regole codicistiche sulle invalidità negoziali – così come plasmate dalla concezione oggettiva del contratto – riescano a regolare anche forme di manipolazione molto più sottili rispetto a quelle macroscopiche e oggettivamente percepibili cui fa riferimento il Codice civile⁶⁴, dove la mancanza dell'accordo quale causa di nullità viene ricondotta per lo più alla costrizione fisica⁶⁵, mentre i vizi del consenso comprendono solo forme di pressione psicologica, errori esteriormente percepibili o raggiri idonei a trarre in inganno la controparte circa il contenuto dell'accordo⁶⁶. D'altronde, le ipotesi di

⁶¹ In questo senso, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 377 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2011, 735 ss.

⁶² V. ROPPO, *op. cit.*, 40.

⁶³ In questo senso, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto* (2016), cit., 404, secondo cui sei consecutive generazioni di giuristi hanno oramai fatto credito alla rilevanza della apparenza della dichiarazione contrattuale e dell'affidamento, a costo di dover sacrificare la rilevanza della volontà psicologica. Infatti, «se non esiste una regola per cui il contratto apparentemente concluso ha forza e validità, la credibilità di ogni singola persona ne risulta lesa. Se fosse possibile ad ogni soggetto darsi una legge privata sua propria, troverebbero interlocutori solo coloro che si vincolano alle proprie dichiarazioni, e verrebbero eliminati dal mercato coloro che fossero vincolati soltanto sulla base della propria volontà interna».

⁶⁴ Sull'inadeguatezza delle norme codicistiche in questo senso, cfr. L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 71 ss., che evidenzia anche la circostanza per cui tali violazioni avvengono nell'ambito di contrattazioni di massa, cui la disciplina nazionale sulle invalidità negoziali è poco avveza.

⁶⁵ V. ROPPO, *op. cit.*, 697 ss.

⁶⁶ Nel senso che le regole contrattuali tradizionali sui vizi del consenso non regolano efficacemente forme sottili di manipolazione esercitata dalle imprese nel mercato digitale, cfr. E. MIK, *The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions*, in *Law, Innovation and Technology*, 2016, 8 (1), 27 ss., per cui la violenza psicologica

interferenza nella formazione della volontà esaminate nel paragrafo precedente lasciano intendere forme di manipolazione che accedono alla sfera irrazionale e interna del processo decisionale, piuttosto che a quella razionale cui il Codice civile sembra essere ispirato⁶⁷, senza necessariamente sfociare in errori o pressioni nella conclusione del contratto. Si pone, allora, da un lato l'esigenza di superare la concezione contenutistico-strutturale delle invalidità negoziali, nell'ottica di dare rilevanza anche a una dimensione storico-reale complessiva del rapporto contrattuale che tenga conto anche delle condizioni soggettive delle parti e attenui la rigidità che caratterizza la tradizionale dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità del contratto⁶⁸. Dall'altro

non si applica, mentre l'errore che rileva è solo quello oggettivo e ha a che fare con una falsità fattuale e, perciò, poco avvezzo a disciplinare ipotesi di ambiguità, incompletezza o sfruttamento di *bias cognitivi*. Sul tema si veda anche M. EBERS, *op. cit.*, 76, secondo cui «whether these gaps in protection can be compensated by national contract law is also questionable since it is difficult to subsume microtargeting under any of the traditional protective doctrines – such as duress, mistake, undue influence, misrepresentation, or *culpa in contrahendo*».

⁶⁷ In questo senso, E. BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 1, 2019, 117 rileva che «d'altronde, la stessa nozione di contratto, che si è andata consolidando nel mondo occidentale (nelle due versioni del *civil* e del *common law*), è stata fondata sul presupposto della razionalità immanente nella condotta economica degli uomini». Seppure non in riferimento al Codice civile italiano, tale circostanza viene rilevata anche da A. KRAUSOVÁ, *Neuromarketing from a Legal Perspective*, in *The Lawyer Quarterly*, 1, 2017, 42, secondo cui è difficile immaginare che le regole del codice civile, ispirato a regolare l'intelletto, si applichino a forme di manipolazione che sfruttano il livello istintuale ed emozionale del cervello umano.

⁶⁸ Il riferimento è alla dottrina di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta si è affermato nella dottrina in ambito precontrattuale e postula che la violazione del principio di correttezza non può mai dar luogo a invalidità dell'atto, salvo che tale sanzione sia stata espressamente comminata dal legislatore. Per una ricostruzione della tematica, cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2006, 950 ss. Anche nella giurisprudenza di legittimità si è affermato il medesimo principio. Si veda, per esempio, Cass. civ. sez. un., 19.12.2007, n. 26724, che afferma la netta distinzione tra nullità virtuale del contratto e violazione di norme di comportamento, la quale ultima può solo essere fonte di responsabilità. Con riguardo all'operatività del principio nei contratti dei consumatori, cfr. E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consuma-*

lato, una rinnovata concezione della stessa autonomia contrattuale richiede di considerare nuovamente una dimensione interna della volontà dei contraenti che tenga conto del fatto che gli sviluppi della tecnologia consentono di accedere a livelli di conoscenza dei meccanismi decisionali che, all'epoca dell'adozione del Codice civile, non erano pensabili.

In questo senso, pare necessario assumere una prospettiva della libertà contrattuale che la ponga in collegamento con il principio di autodeterminazione che deve essere tutelato di per sé e su cui non dovrebbe incidere la differenza di potere contrattuale⁶⁹. Senza con ciò aderire nuovamente e pedissequamente al dogma della volontà, si impone l'esigenza di rivisitare la teoria generale del negozio giuridico alla luce delle acquisizioni neuroscientifiche e tecnologiche, accorciando le distanze tra diritto e scienze naturali⁷⁰.

tore, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 128 ss. Larga parte della dottrina, tuttavia, guarda con favore al superamento di tale dicotomia. In questo senso si veda, per tutti, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., 745 ss., sostanzialmente perché «anche le regole di validità, in quanto prescrizioni di obblighi od oneri di condotta, sono regole di comportamento, come lo è ogni regola giuridica in quanto dover essere».

⁶⁹ In questi termini, L. TAFARO, *Cosa ci dice il cervello? Neuroimaging e diritto civile*, in G. ROMANO, U. SABATINI (a cura di), *Diritto e neuroimaging. Prove aperte di un dialogo*, Napoli, 2021, 131; M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits of Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, 257 ss. Sul collegamento tra libertà contrattuale e principio di determinazione, cfr. P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 489-490; con riguardo all'esigenza di tutelare il diritto di autodeterminazione dei consumatori di fronte all'intelligenza Artificiale, come diritto a esercitare un controllo sulle proprie decisioni a prescindere dagli effetti positivi o negativi provocati su di esse dalla tecnologia, cfr. C. ERNST, *op. cit.*, 62.

⁷⁰ E. PICOZZA, *Problematiche di diritto pubblico e di diritto privato*, in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, 178.

5. *Intelligenza Artificiale emozionale, autonomia privata e contratti dei consumatori*

La visione razionale della parte contrattuale adottata dal Codice civile si traduce nell'affermazione per cui il contratto è idoneo a produrre i suoi effetti benefici per gli scambi quando esso è concluso da un soggetto adeguatamente libero, adeguatamente informato, che ha adeguatamente ponderato, che padroneggia adeguatamente l'accesso a tutte le possibilità di contrattazione aperte in quel momento⁷¹. La premessa di tale impostazione, dunque, è quella per cui le parti contrattuali si muovono su di un piano di parità nel corso delle trattative e ciascuna fa affidamento sul fatto che l'altra raccolga tutte le informazioni necessarie a una scelta libera e consapevole. Tale assunto, tuttavia, è già stato messo in discussione da molto tempo dal diritto europeo in relazione ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori, ove non solo è pressoché assente la fase delle trattative in favore del meccanismo dell'adesione, ma le parti non si collocano in posizione di parità in quanto esiste una parte debole (il consumatore) soggetta alla posizione dominante della parte forte (il professionista) che detiene il sostanziale monopolio di tutte le informazioni necessarie alla controparte per valutare la convenienza dell'affare⁷².

Il diritto dell'Unione europea dedica particolare attenzione alla situazione di vulnerabilità dei consumatori generata da tale asimmetria informativa con i professionisti⁷³ e lo fa sia attraverso discipline protet-

⁷¹ R. SACCO, *Il consenso*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., 424.

⁷² In questo senso, A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Teor. stor. dir. priv.*, 2010, 24 rileva che, nel progressivo allontanamento della normativa di derivazione comunitaria dal modello del Codice civile, se «la disciplina codicistica è pervasa dalla presunzione secondo cui ciascuna parte, utilizzando l'ordinaria diligenza, è in grado di trarre dalle notizie ricevute una informazione, viceversa, nella contrattazione standardizzata si parte dal presupposto che il consumatore non è in grado di decifrare quanto la sua controparte gli abbia comunicato».

⁷³ G. ADAMO, *La relazione negoziale*, in G. CASSANO, M. DONA, R. TORINO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Milano, 2021, 145.

tive di stampo pubblicistico, sia tramite regole definibili di diritto privato, le quali talvolta incidono sul contenuto stesso del contratto (e segnatamente sull'equilibrio tra le prestazioni ivi previste), ma più spesso impongono specifici obblighi di informazione a carico del professionista⁷⁴.

L'autonomia delle parti contrattuali costituisce un principio generale del diritto dell'UE, poiché fa parte della filosofia di base di ogni ordinamento giuridico liberale⁷⁵. Partendo da questo assunto, una vasta gamma di regole pubblicistiche poste a tutela dell'autonomia privata dei consumatori è stata emanata dal legislatore europeo nel tempo e tra esse rilevano ai nostri fini le regole poste dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali⁷⁶, che fa retrocedere la tutela dell'autonomia privata dei consumatori a una fase ancora precedente a quella precontrattuale, sanzionando pratiche commerciali – incluse le attività di marketing – idonee a falsare il comportamento economico dei consumatori in quanto ingannevoli o aggressive a prescindere dal concreto pregiudizio subito dai consumatori⁷⁷. Senza addentrarsi nell'analisi di tale fonte norma-

⁷⁴ Per una ricostruzione dell'autonomia contrattuale alla luce del diritto privato europeo, S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 3, 2013, 633 ss.

⁷⁵ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, 18.

⁷⁶ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

⁷⁷ L'art. 2 lett. d) fornisce un'elencazione ampia di ciò che è definibile “pratica commerciale”, compresa l'attività di marketing. In proposito, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, 12, rileva che la nozione è talmente ampia da ricomprendere una qualsiasi attività posta in essere dal professionista, dalla fase di mero contatto a quelle dell'esecuzione del contratto. Per un approfondimento, in particolare, del marketing come pratica sleale, si veda C.A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 45 ss.

tiva, basti in questa sede rilevare come la direttiva in esame mostri incertezze circa la sua applicabilità alle pratiche di manipolazione descritte, sebbene il suo ampio ambito di applicazione possa far ritenere che essa potrà svolgere un ruolo centrale nella tutela dell'autonomia dei consumatori rispetto alle pratiche di marketing emozionale⁷⁸.

La principale debolezza della direttiva sembra risiedere nella stessa definizione di pratiche aggressive e nell'indeterminata figura dell'indebito condizionamento, le quali paiono richiedere comunque qualche forma di pressione sul consumatore senza però includere ipotesi più sottili di manipolazione⁷⁹. Infatti, il legislatore europeo non ha vietato la c.d. *pubblicità suggestiva*, ossia quella che mira ad attivare i *trigger* emotivi delle persone, senza così tracciare alcun confine tra uso lecito e abuso delle emozioni che può configurare indebito condizionamento⁸⁰. In questo la direttiva sembra mantenere una visione dell'autonomia privata legata al concetto di consumatore razionale, nel senso di soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto⁸¹ che, però, stride con una realtà in cui gli strumenti di marketing possono individuare e definire pratiche personalizzate che mettono in discussione il parametro oggettivo del consumatore medio⁸². Oltre a ciò, si pos-

⁷⁸ In questo senso, L. TAFARO, *Some Reflections on Neuroscience and Civil Law*, in A. D'ALLOIA, M.C. ERRIGO (eds.), *Neuroscience and Law: Complicated Crossings and New Perspectives*, Berlino, 2020, 121, osserva che l'uso di tecniche di neuromarketing costituisce una pratica commerciale aggressiva, in quanto esercita un indebito condizionamento delle decisioni dei consumatori, incidendo sulla loro capacità di autodeterminazione.

⁷⁹ M. EBERS, *op. cit.*, 76.

⁸⁰ R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROECK (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 133.

⁸¹ La nozione di "consumatore medio" di cui alla direttiva si riferisce, secondo la Corte europea di giustizia, a un parametro oggettivo di un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto (Corte giust. 10 novembre 1982, C-261/81, in Racc. 1983, I-3961).

⁸² Rilevano l'anacronismo del parametro del consumatore medio rispetto alle moderne tecniche di marketing, E. LABELLA, *op. cit.*, 51 ss.; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., 80.

sono esprimere dubbi sul fatto che i professionisti siano realmente consci di tali fenomeni, stante la possibilità che la manipolazione dei consumatori costituisca una sorta di “effetto collaterale” dell’utilizzo di algoritmi di intelligenza artificiale⁸³.

La natura pubblicistica della disciplina citata ha condotto la dottrina e la giurisprudenza nazionali ad affermare il principio della non interferenza tra regole di correttezza e regole di validità anche in materia di pratiche commerciali scorrette⁸⁴, concedendo al consumatore il solo rimedio del risarcimento del danno, ma salvando la validità del contratto concluso a valle di pratiche commerciali scorrette, a meno che tali pratiche non abbiano l’effetto di provocare l’invalidità previste dal Codice civile, specialmente in tema di annullabilità del contratto. Passando, invece, agli strumenti strettamente privatistici previsti dalla legislazione europea – ovverosia quelli che incidono direttamente sull’autonomia contrattuale delle parti⁸⁵ – essi sono ispirati a un’ottica di strumentalità rispetto al funzionamento del mercato interno⁸⁶ e, perciò, reagiscono a circostanze in cui l’abuso di potere della parte forte si manifesta in oggettivi squilibri nel regolamento contrattuale – come nel caso delle clausole vessatorie⁸⁷ – ovvero, più spesso, prevedono specifici

⁸³ P. HACKER, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, in *European Law Journal*, 2021, 1, 10.

⁸⁴ Sul tema si veda M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell’Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 11, 1519; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 6, 408.

⁸⁵ È stato notato che il concetto di diritto private europeo possiede due dimensioni: da un lato esso include le norme di natura contrattuale contenute nel diritto dell’UE sia primario sia derivato; dall’altro, esso è costituito da tutte le regole contrattuali applicabili nello spazio dell’Unione, tra cui quelle nazionali. In questo senso, M.W. HESSELINK, *Contract Theory and EU Contract Law*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, 518.

⁸⁶ M.W. HESSELINK, *op. cit.*, 520.

⁸⁷ La disciplina sulle clausole vessatorie è stata introdotta dalla Direttiva 93/13/CEE attraverso un controllo di tipo sostanziale sul contenuto dei contratti stipulati dai consumatori attraverso una forma di nullità di protezione delle clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti

obblighi di informazione⁸⁸ atti a rimediare alla imperfetta distribuzione della conoscenza tra le parti⁸⁹. La rilevanza delle discipline che integrano il regolamento contrattuale pare potersi escludere nelle fattispecie qui esaminate, in quanto queste ultime pongono limitazioni all'autonomia privata a prescindere dall'esistenza di oggettivi squilibri tra le prestazioni. Tuttavia, nell'odierna era digitale pare potersi dubitare anche della perdurante sufficienza degli obblighi di informazione, che del resto è stata da più parti messa in discussione in riferimento alla validità della premessa economica su cui poggia⁹⁰ in quanto antirealista⁹¹. D'altronde, in materia di marketing sarebbe forse iniquo richiedere alle

dal contratto. Per un approfondimento cfr., per tutti, B. TASSONE, N. RUSSO, *Le condizioni generali di contratto. Il contratto del consumatore: le clausole vessatorie e il diritto di recesso*, in G. CASSANO, M. DONA, R. TORINO (a cura di), *op. cit.*, 243 ss.

⁸⁸ Si veda la Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la quale prevede una disciplina armonizzata degli obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 6). Per un approfondimento, C. GIUSTOLISI, *Il diritto alle informazioni precontrattuali*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi*, Torino, 2015, 96 ss.

⁸⁹ C. BUSCH, *The Future of Pre-contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER, *op. cit.*, 222.

⁹⁰ Cfr. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014, 50; C. BUSCH, *op. cit.*, 226; O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2013, 50, 110; G. LOEWENSTEIN, C.R. SUNSTEIN, R. GOLMAN, *Disclosure: Psychology Changes Everything*, in *Annual Review of Economics*, 2014, 6, 391.

⁹¹ R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *An. giur. econ.*, 1, 2012, 14 ss., il quale evidenzia l'antirealismo delle regole imperative di informazione per colmare l'asimmetria informativa tra professionisti e consumatori, in quanto «ricondure i fallimenti del mercato alla presenza di asimmetrie informative è largamente riduttivo. Anche disponendo di informazioni complete, il consumatore dovrebbe fare i conti con la sua limitata capacità di processarle e con il suo limitato autocontrollo».

imprese di divulgare proprio quelle informazioni che assicurano loro un vantaggio competitivo sul mercato⁹².

Su questo piano si collocano gli studi di *Behavioral Law & Economics* (BL&E), che da tempo hanno rigettato la teoria della scelta razionale, tipica delle teorie classiche e neoclassiche dello scambio⁹³, in favore dell'idea che le persone spesso prendono decisioni irrazionali influenzate da fattori euristici, pregiudizi (*bias*) ed emozioni. Con specifico riferimento alle teorie comportamentali del contratto (*behavioral contract theories*), tali ricerche sono state ulteriormente sviluppate in tema di contratti dei consumatori, mostrando che le loro decisioni sono influenzate da percezioni sistematicamente errate causate soprattutto dall'asimmetria informativa derivante dal rapporto tra contratti complessi e limitate capacità cognitive dei consumatori⁹⁴. Inoltre, l'incomprensione delle informazioni contrattuali da parte dei consumatori ha un carattere innato e non è solo funzione di una scarsa divulgazione e/o padronanza delle informazioni stesse⁹⁵.

⁹² In questo senso, H. KÖTZ, *European Contract Law*, Oxford, 2017, 177; A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract*, in *Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978, 1.

⁹³ Emblematica dell'impostazione classica e neoclassica delle teorie del contratto, la teoria della scelta razionale fu elaborata da Posner della scuola di *law & economics* di Chicago e assume che le decisioni vengono prese da parti razionali e le persone fanno quello che vogliono e le loro preferenze sono generalmente predeterminate e indipendenti dal contesto in cui vengono prese. Questa impostazione è stata poi superata dalle teorie moderne sotto l'influenza di studiosi come Arthur Corbin e Karl Llewellyn. Per un ulteriore approfondimento, cfr. T.S. ULEN, *Behavioral Contract Law*, in *Review of Law & Economics*, 2021, 17(2), 285; M.A. EISENBERG, *Behavioral Economics and Contract Law*, in E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014, 441 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, 1106 ss.

⁹⁴ In questo senso, O. BAR-GILL, *Consumer Transactions*, in E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *op. cit.*, 465-466; ID., *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, in *Minnesota Law Review*, 2008, 92(3), 749 ss.

⁹⁵ A.M. WHITE, *Behavior and Contract*, in *Law and Inequality: Journal of Theory and Practice*, 2009, 27(1), 160. Sul punto, cfr. anche G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 4; R. CATERINA, *Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a

Sebbene gli studi di BL&E evidenzino che spesso i consumatori assumono sistematicamente decisioni irrazionali pur disponendo di un ampio spettro di informazioni⁹⁶, l'impiego degli obblighi di informazione quale principale strumento regolatorio messo in atto dal legislatore eurounitario⁹⁷ mostra lo scarso coordinamento tra politica del diritto e studi neuroscientifici, i quali invece sottolineano la rilevante portata cognitiva della parte emozionale⁹⁸ (e perciò irrazionale) del processo di decisione a prescindere dal carico informativo⁹⁹.

6. Conclusioni

L'analisi effettuata ha messo in luce come taluni aspetti della nozione di autonomia contrattuale, delineata dal diritto privato nazionale ed europeo, potrebbero reclamare un parziale ripensamento alla luce dei più recenti approdi nel campo dell'intelligenza Artificiale applicata al mercato digitale. Infatti, si assiste ormai a un paradosso di fondo nelle relazioni contrattuali tra professionisti e consumatori, dovuto alla ca-

cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 47 ss.

⁹⁶ Il riferimento è alla ricostruzione fornita da M.A. EISENBERG, *op. cit.*, 442-462, che rileva come una prima "onda" (*wave*) del BLE riguarda il fatto che i consumatori spesso assumono decisioni in mancanza di informazioni, mentre una seconda rilevante conclusione è che «in certain areas actors systematically make decisions that are not rational even within the bounds of the information they have acquired».

⁹⁷ P. HACKER, *Personalized Law and the Behavioral Sciences*, in C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, München, 2021, 244.

⁹⁸ Sulla portata cognitiva delle emozioni e sulla sua rilevanza giuridica, cfr. S. FUSSELLI, *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, in L. PALAZZANI, R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 70 ss.

⁹⁹ Oltre alle ricerche neuroscientifiche, l'importanza del ruolo delle emozioni nel procedimento decisionale è evidenziata anche dalla dottrina filosofica delle "emozioni intenzionali". Per un approfondimento della tematica, cfr. J. HAENNI, *Emotion and Law: How Pre-Rational Cognition Influences Judgment*, in *German Law Journal*, 2021, 13(3), 370.

renza di coordinamento tra le scienze giuridiche e i progressi scientifici e tecnologici: in altre parole, tra ciò che dovrebbe essere e ciò che è. Tale paradosso si traduce nel fatto che le recenti rivelazioni scientifiche ci mostrano un concetto di autonomia che vede i processi irrazionali di decisione assumere pari, se non maggiore, importanza rispetto a quelli razionali; allo stesso tempo, le tutele offerte dal diritto europeo e nazionale a protezione dell'autonomia contrattuale paiono considerare solo la libertà del consumatore dalle interferenze altrui sulla parte razionale, sebbene l'eterodirezione delle decisioni emotive possa notevolmente falsare l'autonomia contrattuale in sé e per sé considerata. A tale scopo, come osservato da attenta dottrina, talvolta può essere utile ripensare le categorie civilistiche tradizionali non tanto mettendone in discussione la validità per sostituirle con altre nuove, «quanto piuttosto di superare l'antiquato modo di pensare alle categorie giuridiche come entità immobili e rigide, valide *sub specie aeternitatis*»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2016, 1248-1249.

LA TRANSIZIONE DIGITALE NEL DIRITTO DI CRONACA GIUDIZIARIA

L'INCHIESTA SULL'OMICIDIO DI CAROL MALTESI

Ilaria Francesca Ongaro

SOMMARIO: 1. *Premessa: l'inchiesta sull'omicidio di Carol Maltesi.* 2. *Cronaca giudiziaria: un diritto in transizione.* 2.1. *L'intrinseca fluidità del diritto di cronaca.* 2.2. *La rivoluzione digitale dell'informazione.* 2.3. *L'impatto della transizione digitale sui confini del diritto di cronaca giudiziaria e del giornalismo di inchiesta.* 2.3.1. *Il limite dell'interesse pubblico dell'informazione.* 2.3.2. *Il limite della verità dell'informazione.* 2.3.3. *Il limite della contenenza espressiva.* 3. *La nuova dialettica cooperativa tra Autorità e mezzi di informazione.* 4. *Gli effetti della transizione digitale sul mercato dell'informazione tra diritto d'autore e citizen journalism.* 5. *Conclusioni.*

1. Premessa: l'inchiesta sull'omicidio di Carol Maltesi

Un forte interesse per la cronaca giudiziaria e la lettura di un libro sono stati i due principali elementi che hanno portato alla stesura del presente lavoro.

Il libro in questione, scritto dal giornalista Andrea Tortelli, si intitola *Sulla tua pelle* ed è la ricostruzione dettagliata di un'inchiesta giornalistica, che, per le sue peculiarità, ha destato l'attenzione dei *media* mondiali e costituisce il punto di partenza di questa ricerca¹.

L'obiettivo del *paper* è indagare – a partire dall'analisi di un caso di studio – i mutamenti strutturali che hanno investito il diritto di cronaca negli ultimi decenni e la nuova fisionomia che lo stesso ha assunto per effetto della cosiddetta rivoluzione digitale delle comunicazioni.

¹ A. TORTELLI, *Sulla tua pelle*, Milano, 2023.

Detto processo impone, infatti, una rinnovata visione del rapporto tra vicende giudiziarie e *mass media* nonché del mercato dell'informazione, richiedendo al giurista una reinterpretazione degli strumenti normativi offerti dal diritto positivo, alla luce dell'attuale contesto sociale, economico e giuridico.

«Un'inchiesta fatta-in-casa», così Andrea Tortelli, giornalista e direttore del quotidiano *online BsNews.it*, ha definito la propria indagine sull'omicidio di Carol Maltesi, un'inchiesta che lo ha condotto, in poche ore, a individuare l'identità della vittima e a fornire agli inquirenti gli elementi determinanti per all'arresto dell'uomo che è attualmente condannato in primo grado di giudizio per il delitto.

Un'inchiesta la cui assoluta peculiarità è quella di essere stata condotta dal suo autore in poche ore dalla propria abitazione, con il solo utilizzo di strumenti digitali di uso comune, che chiunque oggi giorno possiede: un *computer* e uno *smartphone* con accesso a internet e ai *social network*.

La vicenda ebbe inizio il 20 marzo 2022, quando, a Paline di Borno, una località in provincia di Brescia, un uomo rinvenne lungo una strada di montagna quattro sacchi di plastica nera contenenti parti di un cadavere.

L'indagine venne condotta dai Carabinieri di Brescia, i quali, la mattina del 21 marzo 2022, comunicarono ai *media* il ritrovamento di un corpo umano sezionato e non identificato.

Il 24 marzo 2022, l'Arma diffuse un ulteriore comunicato stampa con il quale rendeva noto che, a seguito dell'esame autoptico sui resti, la vittima era risultata essere di sesso femminile, di giovane età, alta circa 155 cm per 50 kg di peso, capelli scuri e – dettaglio che si sarebbe rivelato fondamentale – presentava diversi tatuaggi su varie parti del corpo.

Il comunicato proseguiva con una lista degli undici tatuaggi individuati sul cadavere (completata da una descrizione il più particolareggiata possibile degli stessi) e si concludeva con la richiesta ai *media* di divulgare le suddette informazioni al fine di ottenere segnalazioni utili all'identificazione della donna da parte di professionisti del settore (tatuatori), nonché dai conoscenti della vittima.

La notizia venne diffusa da diversi *media*, tra cui *BsNews.it* e, due giorni dopo, il 26 marzo 2022, un lettore del suddetto giornale segnalò

al direttore Andrea Tortelli il profilo *Instagram* di una giovane donna che sembrava presentare tatuaggi coincidenti con quelli descritti dai Carabinieri di Brescia.

Cominciò così l'inchiesta di Andrea Tortelli, che, partendo proprio da tale indicazione, iniziò a raccogliere informazioni tramite Google, ma soprattutto attraverso un *forum online* e i vari profili *social network* della donna segnalata (nota sul *web* come Charlotte Angie).

Mediante tali canali, il giornalista riuscì a prendere contatto con persone che avevano intrattenuto rapporti lavorativi o di amicizia con la donna, apprendendo così che allo pseudonimo di Charlotte Angie corrispondeva il nome anagrafico di Carol Maltesi.

Secondo quanto dichiarato dai conoscenti di quest'ultima, la donna non risultava scomparsa, ma nessuno di essi l'aveva vista o aveva parlato con lei negli ultimi due mesi, a eccezione di brevi conversazioni per iscritto tramite dispositivi digitali o interazioni sui profili *social* (che risultavano effettivamente attivi).

Incrociando i dati in suo possesso e le informazioni raccolte, il direttore di *BsNews.it* maturò il sospetto che il corpo ritrovato a Paline di Borno appartenesse proprio a Carol Maltesi e che la donna fosse stata, dunque, uccisa e derubata della propria identità digitale al fine di farla apparire ancora in vita e posticiparne così la denuncia di scomparsa.

Da un contatto reperito *online*, Tortelli riuscì a ottenere il numero di cellulare di Carol Maltesi e – dopo averle telefonato senza ricevere risposta – le inviò un messaggio con il quale le comunicava il ritrovamento di un cadavere le cui caratteristiche coincidevano in maniera inspiegabile con le fotografie pubblicate sui profili *social* associati all'utente Charlotte Angie.

In risposta alle telefonate, il giornalista ricevette alcuni messaggi di testo *Whatsapp* con i quali la presunta Carol Maltesi lo rassicurava, sostenendo di essersi allontanata volontariamente dalla propria abitazione e di non essere interessata a proseguire la conversazione.

Tortelli chiese, quindi, all'interlocutore – sempre a mezzo di messaggi di testo – di far sentire la propria voce attraverso una telefonata o un messaggio vocale, ma a tale richiesta non seguì alcuna risposta.

Il direttore di *BsNews.it* era ormai convinto di aver identificato la vittima dell'omicidio e – al fine di evitare ogni eventuale pregiudizio

alle indagini delle Autorità inquirenti – decise di consegnare immediatamente al Comando dei Carabinieri di Brescia tutti gli elementi acquisiti, senza pubblicarli sul proprio giornale.

Gli inquirenti, verificato il materiale dell'inchiesta, accertarono che la persona che aveva utilizzato il numero telefonico di Carol Maltesi per comunicare con il giornalista era Davide Fontana – ex compagno della vittima – il quale venne arrestato il 28 marzo 2022 (il giorno successivo all'acquisizione del *dossier* di Tortelli da parte dei Carabinieri) e, una volta sottoposto a interrogatorio, si dichiarò responsabile dell'omicidio².

In particolare, Fontana riferì di avere commesso il delitto il giorno 11 gennaio 2022 e di aver tenuto in vita l'identità virtuale di Carol Maltesi per oltre due mesi, tramite *social network* e comunicazioni digitali, affinché i congiunti e i conoscenti non ne denunciassero la scomparsa; fino a quando, il 26 marzo, la riuscita del suo disegno criminoso era stata compromessa dall'intervento di un giornalista.

Solo a seguito del comunicato ufficiale relativo all'arresto di Davide Fontana, Tortelli rese pubblica la propria inchiesta, che fu riportata dai più noti *mass media* italiani e internazionali come un caso di giornalismo investigativo di grande pregio e fu oggetto di studio nei corsi di giornalismo di diversi atenei.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, gli aspetti di interesse giuridico messi in luce dal caso sono essenzialmente tre: *i*) l'impatto della rivoluzione digitale sulle modalità di esercizio del diritto di cronaca giudiziaria e sui relativi limiti; *ii*) gli effetti del maggiore coinvolgimento dei *media* nelle vicende giudiziarie in termini di rapporto tra amministrazione della giustizia e mezzi di informazione, con particolare riferimen-

² Il 24 novembre 2022, presso la Corte di Assise di Busto Arsizio, è iniziato il processo penale di primo grado a carico di Davide Fontana, conclusosi con la condanna di quest'ultimo alla pena di anni trenta di reclusione per l'omicidio volontario di Carol Maltesi (sentenza del 05 luglio 2023 n. 1). Successivamente, in secondo grado di giudizio, riconosciute le aggravanti della premeditazione e della crudeltà escluse in primo grado, la Corte di Assise d'Appello di Milano, il 21 febbraio 2024 – riformando parzialmente la decisione del 05 luglio 2023 – ha condannato l'imputato alla pena dell'ergastolo.

to alla fase delle indagini preliminari in relazione ai fatti criminosi; *iii*) i mutamenti che hanno investito il mercato dell'informazione e le criticità derivanti dall'esigenza di adattare gli strumenti del diritto positivo a una realtà in costante transizione.

2. Cronaca giudiziaria: un diritto in transizione

2.1. L'intrinseca fluidità del diritto di cronaca

Per diritto di cronaca si intende il diritto dei mezzi di informazione di raccontare fatti realmente accaduti che siano di interesse per la società, all'interno di una cornice espressiva rispettosa dell'altrui reputazione³.

La cronaca giudiziaria è quel particolare ambito del diritto di cronaca che attiene la narrazione di fatti delittuosi e delle vicende giudiziarie a essi collegate, al fine di consentire alla collettività di formarsi una corretta opinione su vicende penalmente rilevanti, sull'operato degli organi giudiziari e, più in generale, sull'ordinamento e l'amministrazione della giustizia⁴.

Strettamente connesso alla cronaca giudiziaria, vi è poi il giornalismo di inchiesta, che è caratterizzato dall'acquisizione diretta, attiva e autonoma delle informazioni da parte del giornalista, il quale non rappresenta, dunque, un mero vettore della notizia, bensì la fonte primaria dell'informazione⁵.

Il diritto di cronaca trova il proprio fondamento nell'art. 21 della Costituzione e, sotto il profilo sovranazionale, nell'art. 10 della CEDU, inserendosi, a livello attivo e passivo, nella vasta categoria dei diritti pubblici soggettivi: i mezzi di informazione hanno il diritto-dovere di rendere noti alla collettività i fatti socialmente rilevanti e, parallelamen-

³ G. CATALISANO, *La disciplina del diritto di cronaca*, in *Ambientediritto.it*, 11 gennaio 2018.

⁴ M. MAZZA, *Il linguaggio della cronaca giudiziaria*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, vol. 7, 2017, 76 ss.

⁵ Una definizione esaustiva dell'attività di giornalismo di inchiesta è contenuta in Cass. Civ. Sent. n. 16236/2010.

te, i cittadini hanno il diritto di essere informati in relazione ai fatti medesimi, il tutto in un contesto di libertà e pluralismo delle fonti di informazione.

Già da tale sommaria definizione si evince una certa propensione del diritto di cronaca alla mutevolezza, intesa come fluidità, resistenza a schemi giuridici statici e predefiniti.

La materia in esame richiede, invero, un costante lavoro interpretativo alla luce dello specifico contesto all'interno del quale il diritto stesso viene esercitato e ciò in ragione di molteplici fattori.

Anzitutto, si tratta di un diritto che si estrinseca nel raccontare fatti e azioni umane, caratteristica che, già di per sé, comporta una buona dose di indeterminatezza, data dalla natura della stessa della narrazione, che – quale veicolo conoscitivo – si compone inevitabilmente di due tipi di filtri strettamente collegati l'uno all'altro: il filtro interpretativo e quello linguistico.

Quanto al filtro interpretativo, basti pensare alla difficoltà che si incontra nel tentare di riferire un fatto in maniera del tutto oggettiva: ogni elemento che viene captato dalla mente umana viene, infatti, rielaborato e, nel momento in cui viene riportato all'esterno, esso subisce inevitabilmente l'influenza interpretativa del referente⁶.

⁶ A tal proposito è interessante citare S. FISH, *Don't Know Much About the Middle Ages: Posner on Law and Literature*, in *Yale Law Journal*, vol. 97, 1987. Secondo Fish, uno dei massimi esperti di teoria dell'interpretazione – un testo significa sempre un certo numero definito di «cose», ma la natura di queste cose varia di volta in volta, tanto da far pensare che un vero testo, inteso come realtà oggettivamente data e definibile una volta per sempre, non esista. Tutto ciò che muta, a seconda delle letture e delle interpretazioni, non dipende dai lettori e non dipende dal testo, o meglio, non solo da essi, né dipende esclusivamente dal linguaggio, bensì piuttosto dai presupposti e dalle pratiche insite nell'istituzione sociale all'interno della quale avviene l'interpretazione. La struttura all'interno della quale percepiamo il linguaggio non è astratta e indipendente, bensì sociale, e, in quanto tale, mutevole in base al contesto in cui avviene l'interpretazione. Ciascuno interpreta ciò che apprende in base a determinati strumenti ermeneutici di natura sociale, che preesistono all'interpretazione stessa e la condizionano. Non esiste, in sostanza, enunciato che abbia una interpretazione univoca e insuscettibile di mutamenti.

Quest'ultimo – anche a livello inconsapevole – arricchirà il racconto con il proprio portato emotivo, valoriale e conoscitivo (*pathos, ethos e logos*)⁷, che nella maggior parte dei casi collima con quello della struttura sociale di cui il referente stesso fa parte.

L'interpretazione – intesa come opera di attribuzione di significato – costituisce, dunque, elemento ineliminabile di qualsiasi tipologia di narrazione e permea inevitabilmente la narrazione stessa dell'impronta personale del narratore.

Al filtro interpretativo si accosta poi quello linguistico: una volta appresa una notizia, essa viene riferita mediante una serie di enunciati linguistici, che presentano un determinato grado di indeterminatezza, vaghezza o genericità⁸.

Così come i processi interpretativi, anche le espressioni linguistiche sono estremamente sensibili ai mutamenti sociali che interessano il contesto circostante e ciò rappresenta – come si vedrà in seguito (par. 2.3.3) – uno degli aspetti di continua evoluzione del diritto di cronaca.

Alle considerazioni sopra svolte, occorre, peraltro, aggiungere, come ulteriore fattore di complessità nella disciplina del diritto di cronaca, la costante contrapposizione del medesimo con altri interessi meritevoli di tutela, anch'essi sensibili – salvo poche eccezioni – ai mutamenti della realtà sociale.

Si rende dunque necessaria una costante opera di bilanciamento di interessi giuridici contrapposti, che delinei di volta in volta – alla luce dell'evolversi della società circostante – i limiti del diritto di cronaca, definendone il perimetro e individuando il confine tra legittimo esercizio del diritto stesso e condotte antiggiuridiche.

⁷ Si fa riferimento alla tripartizione aristotelica dei luoghi argomentativi in *logos, ethos e pathos*.

⁸ Sui concetti di indeterminatezza, vaghezza e genericità del linguaggio, si veda M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014, *passim*.

2.2. La rivoluzione digitale dell'informazione

Una delle più significative transizioni che hanno investito la società degli ultimi decenni – e, di conseguenza, il diritto di cronaca – è indubbiamente la cosiddetta rivoluzione digitale.

L'avvento di internet e dei *social network* ha, infatti, definitivamente mutato le relazioni interpersonali e condiziona pressoché ogni aspetto della vita umana.

La comunicazione pubblica rappresenta uno dei settori maggiormente colpiti dalla rivoluzione digitale: ai mezzi di informazione tradizionali (carta stampata e canali radio-televisivi) si sono aggiunte innumerevoli fonti di varia natura: giornali *online* (come *BsNews.it*), *blog*, siti *web*, *forum online* e, soprattutto, come sopra anticipato, i *social network*; tutti «luoghi virtuali che rappresentano nuovi contesti e che creano nuovi scenari sociali»⁹.

Con Internet le regole dell'informazione sono cambiate notevolmente. I contenuti rimangono *ad aeternum*, sempre raggiungibili da Google e sempre rilanciabili a mezzo social. Sempre monetizzabili “a clic” o “a impression” da chi li rilancia¹⁰.

In linea generale, si può affermare che nell'epoca di internet l'informazione si sia impoverita economicamente e qualitativamente: la verità si è parcellizzata tra migliaia di fonti alternative (individuare quella originaria è estremamente complesso) che si fanno vicendevolmente eco e la diffusione delle notizie è perlopiù slegata dall'origine delle notizie stesse: le informazioni si apprendono dai *social network* e di rado ci si preoccupa di verificare da dove realmente esse provengano¹¹.

La conseguenza di tale fenomeno è che un singolo mezzo di informazione, anche il più autorevole, oggi, rispetto al passato, fatica mag-

⁹ A. TORTELLI, *op. cit.*, 44.

¹⁰ A. TORTELLI, *op. cit.*, 152.

¹¹ Per una interessante analisi delle fallacie argomentative che oggi investono la comunicazione pubblica, si veda F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.

giormente a imporsi sugli altri e a incidere in maniera profonda sulla comunicazione pubblica.

Il rovescio della medaglia è, però, che anche la più piccola delle testate giornalistiche o addirittura un singolo utente sui *social* può offrire un contributo significativo al discorso pubblico, poiché, come accaduto ad Andrea Tortelli

seguendo il percorso giusto, con impegno e con un pizzico di fortuna – può arrivare a verità nascoste e avere un’eco pari a quella di un grandissimo gruppo editoriale. Insomma, i singoli giornali hanno perso di valore, ma il sistema dei media (che include Facebook) è diventato sempre più centrale¹².

La rapidità, l’immediatezza e il bisogno continuo di auto-alimentarsi sono dunque le caratteristiche principali dell’informazione digitale; sempre citando il direttore di *BsNews.it*: «un quotidiano online è un organismo vivente: ha bisogno di essere alimentato spesso e con regolarità per tutti i giorni dell’anno (superfestivi inclusi) per non sembrare morto»¹³.

Una simile “fame” di notizie sempre nuove e aggiornate rappresenta, quindi, la morte dell’informazione di qualità? Non necessariamente.

Ancora una volta, il caso oggetto di studio offre un esempio emblematico di come gli strumenti digitali, compresi i *social network*, se utilizzati con modalità adeguate, nel rispetto delle norme di legge nonché dei principi etici e deontologici, possono costituire una risorsa.

Molti colleghi di testate digitali [...] mi hanno ringraziato perché la mia inchiesta avrebbe contribuito a ribadire che i giornali online non sono per forza sinonimo di notizie copiate e di scarsa qualità. Intendiamoci: a volte succede, la crisi mondiale del sistema dei media ha portato a una forte concentrazione delle risorse (in termini di entrate, di assunti e di tempo speso per gestire una notizia) e la qualità di quasi tutti è calata.

¹² A. TORTELLI, *op. cit.*, 53.

¹³ A. TORTELLI, *op. cit.*, 105.

Ma gli online sono uno dei tanti effetti di questa situazione, non certo la sua causa¹⁴.

La rivoluzione digitale del mondo della comunicazione pubblica ha impattato in modo significativo su molteplici aspetti giuridicamente rilevanti del diritto di cronaca. I profili di maggior interesse sono essenzialmente riconducibili a tre macro-temi: *i*) la rivalutazione dei criteri di bilanciamento tra il legittimo esercizio del diritto di cronaca giudiziaria e i contrapposti interessi meritevoli di tutela, alla luce delle evoluzioni del contesto sociale di riferimento; *ii*) il rapporto tra gli organi di amministrazione della giustizia e i *media*, che, grazie alle potenzialità offerte dalla tecnologia digitale, hanno acquisito uno spazio sempre maggiore, in termini di capacità e celerità di acquisizione delle informazioni, soprattutto nella fase delle indagini preliminari; *iii*) i mutamenti del mercato dell'informazione – sempre più complesso da regolare attraverso la disciplina del diritto d'autore – anche a causa del fenomeno del cosiddetto *citizen journalism* (cfr. par. 3).

2.3. *L'impatto della transizione digitale sui confini del diritto di cronaca giudiziaria e del giornalismo di inchiesta*

Soprattutto con riferimento alla narrazione di fatti penalmente rilevanti, il legittimo esercizio del diritto di cronaca è – come si è detto – sempre frutto di un complesso bilanciamento tra interessi contrapposti, da valutare di volta in volta sulla base del caso concreto.

La libera informazione attiva e passiva, pur essendo un diritto costituzionalmente garantito, può, infatti, entrare in conflitto con altri diritti del medesimo rango, quali il diritto all'onore e alla reputazione; il diritto alla riservatezza e alla tutela dei propri dati personali; il principio di presunzione di innocenza sino a condanna definitiva, il cosiddetto diritto all'oblio e altri ancora.

Come è noto, in caso di conflitto, il diritto di cronaca – se correttamente esercitato – costituisce, rispetto alle eventuali condotte penal-

¹⁴ A. TORTELLI, *op. cit.*, 133.

mente rilevanti (quali per esempio il reato di diffamazione), causa di giustificazione ai sensi dell'art. 51 c.p.

Non è sempre lineare, tuttavia, nelle situazioni concrete, stabilire un preciso confine tra il legittimo diritto all'informazione e il comportamento antiggiuridico che lede un interesse altrui e tale difficoltà è sensibilmente aumentata in conseguenza della diffusione della tecnologia digitale nel campo della comunicazione.

Il Testo Unico dei doveri del giornalista del 27 gennaio 2016 (e prima ancora la legge professionale n. 69/1963) enuclea i principi generali ai quali chi esercita il diritto di cronaca non può venir meno ed elenca i beni giuridici fondamentali a cui il giornalista è tenuto a prestare massima attenzione nello svolgimento della professione: la tutela dei minori e dei soggetti deboli; la dignità della persona, la tutela del domicilio, la protezione dei dati personali, il diritto non discriminazione, la tutela della libertà sessuale della persona¹⁵.

L'art. 8 del Testo Unico si occupa in modo specifico della cronaca giudiziaria individuando una serie di regole (art. 8, lett. a-e) volte a preservare in particolar modo il principio di presunzione di innocenza sino a condanna definitiva e la dignità della persona, con un esplicito riferimento alle testate *online*, al quale viene fatto espresso obbligo di aggiornare quanto precedentemente pubblicato in caso di sviluppi giudiziari favorevoli all'imputato.

Il documento pone, dunque, alcuni criteri mirati a distinguere tra il corretto operato giornalistico e le condotte abusive, ma, il vero e proprio perimetro di legittimità dell'esercizio del diritto di cronaca è indubbiamente da ricercare nell'attività ermeneutica della giurisprudenza.

A partire dalla storica pronuncia nota come Sentenza Decalogo (Corte di Cassazione, I Sezione Civile, sent. 18 ottobre 1984, n. 5259), la Suprema Corte ha, infatti, stabilito le tre condizioni che costituiscono il discrimine tra legittimo esercizio del diritto di cronaca e comportamenti illegittimi, anche penalmente rilevanti: *i*) l'utilità sociale dell'informazione, cioè l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (cosid-

¹⁵ Allegato 1, artt. 3-12, Testo Unico dei Doveri del Giornalista approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti il 27 gennaio 2016.

detta pertinenza); *ii*) la verità oggettiva, o anche solo putativa, purché frutto di diligente lavoro di ricerca; *iii*) la forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta (cosiddetta continenza).

La giurisprudenza successiva ha poi declinato le suddette tre condizioni sulla base di interpretazioni più o meno restrittive, sempre mantenendo, come punto fermo, il perimetro del diritto di cronaca tracciato dalla Sentenza Decalogo.

La rivoluzione digitale dell'informazione costituisce oggi un mutamento del discorso pubblico talmente radicale da imporre una rilettura dei criteri sanciti dalla suddetta pronuncia alla luce dell'evoluzione sociale che ha travolto anche il diritto di cronaca.

2.3.1. *Il limite dell'interesse pubblico dell'informazione*

L'evolversi della coscienza sociale e la sempre maggiore diffusione di mezzi di comunicazione di massa pongono il problema di individuare il ruolo e i limiti dell'informazione potenzialmente lesiva dell'altrui reputazione, al fine di contemperare i diritti del singolo con l'esigenza della diffusione di notizie di interesse pubblico¹⁶.

La digitalizzazione delle comunicazioni ha condotto a una infinita quantità di informazioni immediatamente disponibili e fruibili per il pubblico e ciò ha dirette implicazioni anche sui tempi incalzanti con cui i mezzi di informazione si trovano costretti ad alimentare di continuo il discorso pubblico.

Nell'epoca post-moderna l'informazione ha, infatti, come caratteristica essenziale quella dell'immediatezza: i *media* sono inevitabilmente condizionati dalla celerità, dalla necessità di dare sempre notizie nuove che possano interessare la collettività.

Tale esigenza, nell'operato dei *media*, si traduce spesso in un ampliamento del concetto di interesse pubblico, che finisce per coincidere non tanto con la nozione di "utilità sociale" quanto invece con il mero

¹⁶ Cass. Civ. Sent. 6 marzo 2008, n. 6041.

soddisfacimento – da un lato – della curiosità degli utenti e – dall’altro lato – del bisogno dei *media* stessi di non essere superati dai *competitors*.

Inoltre, come ben illustrato nel testo di Andrea Tortelli, con la digitalizzazione dell’informazione, «i contenuti rimangono *ad aeternum*, sempre raggiungibili da Google e sempre rilanciabili a mezzo social. Sempre monetizzabili «a clic» o «a impression» da chi li rilancia».

Ne deriva che, in caso di carenza di notizie “fresche”, i mezzi di informazione digitali possono eludere facilmente il problema rilanciando contenuti risalenti nel tempo, che vengono quindi riproposti con l’aggiunta di dettagli poco rilevanti, ma sufficienti a inserire un minimo elemento di novità tale da intercettare la curiosità del pubblico.

La conseguenza di tale meccanismo è la riproposizione di informazioni che hanno ormai perso ogni connotato di utilità sociale, ma mantengono, invece, aspetti potenzialmente lesivi per i soggetti direttamente coinvolti.

Un esempio: non di rado su internet si trovano articoli che trattano di persone che anni addietro furono condannate per la commissione di un reato e hanno ormai terminato di scontare la pena. La diffusione di una simile notizia è, nel contempo, priva di utilità sociale e fortemente lesiva della dignità del soggetto che è ormai reinserito nel tessuto sociale.

Proprio per contrastare tale fenomeno, la giurisprudenza (prima sovranazionale poi interna) ha elaborato la nozione di “diritto all’oblio”, inteso come legittimo interesse di ogni individuo a che non vengano riproposte notizie ormai superate nel tempo (e quindi nella rilevanza sociale): a non essere – in altri termini – ricordato per fatti che furono oggetto di cronaca in passato.

Anche il caso di studio illustrato all’inizio del presente *paper* mette in luce il problema, con particolare riferimento alla vita privata della vittima, Carol Maltesi, che è stata in ogni modo “scandagliata” dai *mass media*, i quali ne hanno evidenziato gli aspetti più scandalistici e tuttora rilanciano ciclicamente «il delitto della pornstar uccisa e fatta a pezzi»¹⁷.

¹⁷ A. TORTELLI, *op. cit.*, 8.

A tal proposito, nell'ormai lontano anno 2000, la Corte di Cassazione affermava che al concetto di interesse pubblico sono

estranee quelle notizie distolte dal fine nobile della formazione della pubblica opinione e volte, al contrario, a soddisfare, attraverso la violazione della sfera morale dei singoli, la curiosità del pubblico anche con il riferire fatti costituenti chiaro pettegolezzo e offese e, in ogni caso, inutili in quanto non pertinenti alla notizia¹⁸.

In forza dell'evoluzione che ha investito il tessuto sociale nella sua interezza e, all'interno di esso, anche le modalità di comunicazione, è oggi più complesso rispetto al passato tracciare quella netta distinzione netta tra informazione socialmente utile e mero pettegolezzo, auspicata dalla sopra citata sentenza.

Ciò anche in ragione del fatto che, rispetto al passato, la percezione sociale di "interesse" è mutata per effetto dei cosiddetti *new media*, che, cambiando il modo di informare, hanno cambiato anche il modo di essere informati nel sentire dell'opinione pubblica.

L'estensione del concetto di interesse pubblico è, invero, un fenomeno strettamente legato alla condivisione della vita privata dilagato per effetto dei *social network*.

Oggiogiorno è, infatti, abitudine diffusa rendere note, a mezzo dei propri profili virtuali, informazioni e dati anche strettamente privati e ciò ha inevitabilmente influito sulla percezione collettiva di ciò che è interessante e utile e ciò che invece non lo è.

Tale pratica comporta, inoltre, la dispersione nell'universo del *web* di contenuti personali che restano, quindi, potenzialmente disponibili a chiunque sulla rete in eterno. Non è un caso, infatti, che oggiogiorno i *media* attingano le informazioni personali sulle persone oggetto di fatti di cronaca direttamente dal *web* (senza necessità di richiederle agli interessati o ai loro congiunti) e rivendichino la legittimità dell'utilizzo di

¹⁸ Cass. pen., 11 aprile 2000, n. 7498.

tali contenuti in forza del fatto che essi fossero stati previamente divulgati dagli interessati medesimi¹⁹.

Ne deriva una maggiore difficoltà interpretativa per gli operatori del diritto, che si trovano a dover bilanciare un dilatato concetto di “interesse pubblico” con una serie di diritti e beni giuridici che non possono essere soppressi nemmeno alla luce di nuove realtà in costante transizione.

2.3.2. *Il limite della verità dell'informazione*

Anche con riferimento al requisito della verità della notizia divulgata, la diffusione della tecnologia digitale nel mondo dell'informazione ha introdotto ulteriori elementi di criticità, sia per chi esercita il diritto di cronaca, sia per gli operatori del diritto.

Invero – per quanto paradossale possa apparire – l'aumento esponenziale delle informazioni disponibili all'interno del discorso pubblico non facilita l'accertamento della verità, ma, al contrario, ne accresce la complessità.

Nel labirinto di informazioni originato dalla forza divulgativa del *web*, è infatti sempre più complicato risalire alla fonte originaria e autentica di una notizia e ciò può portare ad alterazioni del discorso pubblico note, secondo la già citata filosofa Franca D'Agostini, come forme di “avvelenamento del pozzo”.

Il mescolarsi di informazioni veritiere ad altre fallaci o inesatte produce, sul lungo periodo, quell'effetto distorsivo che Franca d'Agostini chiama «realtà 2»²⁰: una realtà fittizia che viene riferita e addirittura percepita come vera da parte di una determinata collettività.

La tecnologia digitale ha reso possibili vere e proprie alterazioni della realtà ad opera di chiunque: attraverso i *social network*, per esempio, ciascuno può creare un'identità virtuale *ad hoc* al fine di divulgare una determinata rappresentazione di sé.

¹⁹ Si segnala Cass., 19 febbraio 2021, n. 4477 in tema di condivisione di immagini sui *social network* come forma di tacito consenso alla divulgazione mediatica delle immagini stesse.

²⁰ F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata*, cit., 89.

Tale dinamica può condurre, tuttavia, anche a fenomeni estremamente pericolosi, quali il furto dell'identità digitale altrui e la sostituzione di persona tramite strumenti informatici²¹.

A tal proposito, la drammatica vicenda di Carol Maltesi rappresenta un esempio emblematico: la donna venne infatti assassinata l'11 gennaio 2022, ma la sua scomparsa non fu mai denunciata e Carol venne creduta viva fino alla fine di marzo 2022, quando il giornalista Andrea Tortelli intuì un collegamento tra il cadavere rinvenuto in Provincia di Brescia e i profili *social network* della giovane attrice Charlotte Angie, pseudonimo – appunto – di Carol Maltesi.

Per oltre due mesi, l'omicida di Carol Maltesi ne ha tenuto in vita l'identità virtuale, aggiornando i canali digitali della donna con nuovi contenuti e intrattenendo rapporti con i suoi congiunti e conoscenti fingendosi la vittima.

La vicenda in oggetto evidenzia, da un lato, il panorama dei cosiddetti reati digitali resi possibili dall'innovazione tecnologica e, dall'altro, l'evoluzione del giornalismo di inchiesta, che muta di pari passo con il contesto circostante.

Il caso di studio rappresenta un esempio da manuale di giornalismo di inchiesta dei tempi moderni e mette in luce come la cosiddetta verità putativa rivesta un ruolo importante nell'informazione attuale (seppure Andrea Tortelli sia riuscito a intuire, dietro la verità apparente, quella oggettiva, portandola alla luce prima ancora degli inquirenti).

La verità putativa – cioè ritenuta tale – veniva presa in considerazione già dalla Sentenza Decalogo, che la riteneva requisito sufficiente (purché in presenza degli altri due) al legittimo esercizio del diritto di cronaca, a condizione che essa fosse frutto di un diligente lavoro di ricerca.

La Suprema Corte ha in seguito attribuito un rilievo ancor maggiore alla verità putativa con riferimento allo specifico ambito del giornalismo di inchiesta e ciò in ragione del fatto che tale attività costituisce «qualcosa di diverso dal normale giornalismo d'informazione» poiché

²¹ Sotto il profilo della disciplina penale, tali fattispecie vengono ricondotte ai reati di cui all'art. 494 c.p. (sostituzione di persona) e/o 640 ter c.p. (frode informatica).

«nel giornalismo di inchiesta è il giornalista stesso a creare il caso, il fatto, la notizia»²².

Ne consegue che, in materia di giornalismo di inchiesta, soprattutto alla luce dell’impatto della digitalizzazione sulle modalità di esercizio del medesimo,

l’indagine circa la verità è condotta con modalità meno rigorose: non è infatti necessaria la verità oggettiva, ma è sufficiente quella meramente putativa, a condizione però che sia stato svolto un serio e diligente lavoro di ricerca²³.

È infatti evidente che nel giornalismo di inchiesta viene meno l’esigenza di valutare l’attendibilità e la veridicità della provenienza della notizia, dovendosi ispirare il giornalista, nell’attingere direttamente l’informazione, principalmente ai criteri etici e deontologici della sua attività professionale²⁴.

Appare chiaro, dunque, come l’evoluzione del diritto di cronaca e, in particolare dello specifico ambito del giornalismo di inchiesta, abbia condotto la giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, ad allargare le maglie del criterio della verità dell’informazione, sposandone un’interpretazione estensiva, che tiene in primaria considerazione l’elemento soggettivo (buona fede e diligenza) a discapito di quello oggettivo.

2.3.3. Il limite della continenza espressiva

La narrazione – elemento essenziale del diritto di cronaca – consiste nel veicolare informazioni tramite enunciati linguistici, selezionati dal soggetto narrante.

Un medesimo contenuto può, infatti, essere manifestato attraverso molteplici modalità espressive, che si differenziano sulla base di svariati criteri legati al contesto di riferimento: la tipologia di uditorio al quale ci si riferisce; lo scopo della narrazione; l’intento di veicolare un determinato convincimento e altri ancora.

²² Cass., 9 luglio 2010, n. 16236.

²³ Trib. pen. Roma, 17 gennaio 2019, n. 1222.

²⁴ Trib. pen. Roma, 17 agosto 2020, n. 11574.

Tradizionalmente, affinché il diritto di cronaca possa ritenersi legittimamente esercitato, il giornalista è tenuto a scegliere un linguaggio che sia innanzitutto privo di espressioni offensive o denigratorie e che non sia tale da esagerare la portata delle notizie oppure da indurre il pubblico a intenderle in maniera diversa rispetto significato letterale degli enunciati utilizzati²⁵.

La diffusione delle nuove tecnologie nel mondo dell'informazione spesso determina un impoverimento del linguaggio dei *media*, principalmente in ragione del fatto che l'universo digitale è maggiormente focalizzato sulla "quantità" piuttosto che sulla "qualità" dei contenuti.

Sulle piattaforme digitali, i contenuti devono infatti essere racchiusi in spazi estremamente ridotti, motivo per cui si rende necessaria la massima sintesi, al fine di fornire quante più informazioni possibili mediante forme espressive brevi.

La caratteristica principale dei mezzi di informazione *online* è, invece, la necessità di condensare in poche righe un contenuto accattivante, che attiri l'attenzione dell'utente inducendolo a cliccare sul post o sull'articolo.

Tale dinamica conduce di frequente a titoli eccessivamente sensazionalistici mirati a esigenze di mercato a discapito della proprietà di linguaggio.

Sul punto, con specifico riferimento alla cronaca giudiziaria, la Suprema Corte è intervenuta in tema di «titoli ad effetto» statuendo che

grava sul giornalista il dovere [...] di raccontare i fatti senza enfasi o indebite anticipazioni di colpevolezza, non essendogli consentite aprioristiche scelte di campo o sbilanciamenti di sorta a favore dell'ipotesi accusatoria, capaci di ingenerare nel fruitore della notizia facili suggestioni²⁶.

La sentenza in oggetto si riferisce a un fenomeno molto comune nel linguaggio dei *media*, indubbiamente enfatizzato dalla transizione digitale dell'informazione: la presenza di fallacie argomentative nella nar-

²⁵ Cass., 13 febbraio 2002, n. 2066.

²⁶ Cass pen., 23 gennaio 2017, n. 15587.

razione dei fatti, che nasce da un uso improprio del linguaggio, o meglio, da un uso “destrutturato” dello stesso.

Oltre al taglio accattivante, anche l’uso dell’implicito è piuttosto frequente nel linguaggio dei *media*: in particolare si induce l’uditorio a una determinata conclusione pur senza averla sostenuta espressamente. Ciò viene attuato mediante discorsi viziati, volontariamente o involontariamente a seconda dei casi, da fallacie di rilevanza, cioè errori argomentativi che si presentano quando il rapporto logico tra le premesse e le conclusioni è solo apparente. In altri termini, il discorso è costituito da enunciati in funzione di premessa, che conducono colui che riceve l’informazione a sostenere una determinata tesi, che tuttavia, dal punto di vista concettuale, non può ritenersi la conclusione logicamente deducibile da dette premesse, poiché, nonostante un’apparente attinenza, manca in realtà un vero nesso di rilevanza.

All’interno di questa categoria di argomenti, quelli più frequenti nel dibattito pubblico sono gli argomenti *ad personam* e quelli *ad populum*.

I primi si contraddistinguono per il fatto di portare l’attenzione su specifiche caratteristiche personali, solitamente negative, del soggetto al quale si riferiscono al fine di screditare costui agli occhi dell’uditorio.

Agli argomenti *ad personam* sono spesso associati quelli *ad populum*, cioè quelli che fanno leva sulle emozioni diffuse o su luoghi comuni.

A inquinare l’immaginario collettivo contribuisce, oltre ai giudizi di valore basati su luoghi comuni, anche la diffusione di generalizzazioni: esse consistono nel ricavare una tesi universale partendo da premesse particolari e sono tipiche del ragionamento induttivo, in cui si arriva al generale partendo dal particolare.

Vi è, poi, un altro aspetto della dinamica selettiva che è interessante rilevare: oltre alla selezione linguistica vi è anche il meccanismo di selezione dei contenuti all’interno di una notizia. Spesso, infatti, i *media* mettono in circolazione una notizia, ma lo fanno dando rilievo solo o prevalentemente a taluni elementi a discapito di altri, ritenuti meno interessanti.

A tal proposito è opportuno citare ancora una volta la Sentenza Decalogo della Cassazione del 1984; in tale pronuncia è contenuto, infatti, un vero e proprio elenco di quelle fallacie che, secondo la Corte, rientrano nello «sleale difetto di chiarezza» ad opera del giornalista.

Tra di esse sono espressamente menzionati gli

accostamenti suggestionanti (conseguiti anche mediante la semplice sequenza in un testo di proposizioni autonome, non legate cioè da alcun esplicito vincolo sintattico) di fatti che si riferiscono alla persona che si vuol mettere in cattiva luce con altri fatti (presenti o passati ma comunque sempre in qualche modo negativi per la reputazione).

Ciò si è verificato, per esempio, nella narrazione dell'omicidio di Carol Maltesi da parte di diversi mezzi di informazione che, insistendo su determinati aspetti della vita privata e lavorativa della vittima, hanno in qualche misura veicolato il messaggio che la giovane fosse andata incontro alla morte per sua stessa colpa, almeno in parte.

Sul punto, Andrea Tortelli – in chiave critica rispetto all'operato di alcuni colleghi – ha scritto: «carta stampata, online e TV hanno parlato del brutale omicidio come del “delitto della pornstar uccisa e fatta a pezzi”. Un titolo un po' crudo, ma giornalisticamente efficace, forse»²⁷. E ancora:

oggi, purtroppo, per molti – per troppi – Carol non è Carol, un essere umano, ma soltanto un personaggio – Charlotte Angie – della grande commedia-tragedia dei media. Questo spiega e non giustifica alcuni fatti successi dopo la notizia del delitto. Di certo io, con questo libro, ho provato ad andare nella direzione contraria²⁸.

È da notare, invero, come i mutamenti (spesso *in pejus*) del linguaggio mediatico siano in realtà lo specchio di un'evoluzione generale della società nel suo complesso, che oggi tende a percepire valori quali il senso del pudore e il buon costume in maniera più elastica rispetto al passato.

Anche rispetto a tale tendenza, la diffusione degli strumenti digitali e, in particolar modo dei *social network*, ha probabilmente svolto un ruolo determinante, per due ordini di ragioni.

²⁷ A. TORTELLI, *op. cit.*, 8.

²⁸ A. TORTELLI, *op. cit.*, 153.

Anzitutto, i *social network* hanno favorito il dilagare di forme di manifestazione del pensiero che spesso sconfinano nell'esibizionismo e, in secondo luogo, essi consentono a chiunque di commentare – con qualsiasi tipo di linguaggio – i contenuti altrui.

A ciò consegue un'assuefazione, da parte della collettività, a modalità comunicative più permissive rispetto al passato, ragion per cui una medesima espressione che anni or sono sarebbe stata ritenuta offensiva, oggi potrebbe essere percepita come accettabile, così come un'immagine che un tempo sarebbe stata lesiva del senso del pudore, oggi potrebbe non destare particolare turbamento.

Ecco perché, sotto il profilo dei confini del diritto di cronaca, anche il limite della continenza è oggi quanto mai fluido e la sua valutazione nel caso concreto comporta non poche difficoltà ermeneutiche per l'interprete del diritto.

A tal proposito si evidenzia come al Testo Unico dei doveri del giornalista siano stati aggiunti espressi riferimenti alle forme di comunicazione moderna, quali in particolare, i *social network*, e, nello specifico, all'art. 2 è fatto obbligo al giornalista di applicare i principi deontologici in qualsiasi forma di espressione, comprese, appunto, le pubblicazioni *online* a mezzo *social network*.

3. *La nuova dialettica cooperativa tra autorità e mezzi di informazione*

Un altro aspetto rilevante del diritto di cronaca giudiziaria e del giornalismo di inchiesta attiene il rapporto tra amministrazione della giustizia e mezzi di informazione.

Si tratta di un tema che acquisisce notevole importanza con riferimento ai fatti penalmente rilevanti, con particolare attenzione alle prime fasi delle indagini relative ai fatti medesimi.

La questione, da un punto di vista giuridico, trova la propria cornice normativa nelle disposizioni sul segreto investigativo, volte a tutelare il regolare svolgimento delle indagini preliminari; sui principi che garantiscono la riservatezza degli atti processuali, che tutelano il diritto dell'indagato a conoscere prima degli altri cittadini gli atti che lo riguarda-

no; e sulle disposizioni concernenti il segreto professionale, che protegge, invece, il riserbo delle fonti di informazione.

Nell'ambito della cronaca giudiziaria il giornalista incontra infatti due tipi di limiti: uno relativo alla pubblicazione di determinati contenuti; l'altro, invece, relativo alla divulgazione delle fonti dalle quali ha appreso le notizie in suo possesso.

Per quanto concerne il primo limite, è sufficiente ricordare il principio generale di cui all'art. 329 c.p.p., secondo cui – finché un atto di indagine non è conoscibile all'indagato – vige un divieto assoluto di pubblicazione dell'atto medesimo, sia mediante riferimenti testuali, sia per riassunto del contenuto o di parti dello stesso.

Nel momento in cui l'indagato viene a conoscenza del procedimento a suo carico, di regola, gli atti di indagine non sono più coperti da segreto e ne può essere data notizia ai cittadini, entro i limiti dettati dall'art. 144 c.p.p.²⁹.

Quanto, invece, alla tutela della riservatezza delle fonti, l'ordinamento pone un diritto – dovere per il giornalista, che, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della legge professionale, è tenuto a rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie, quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario delle stesse.

L'art. 200 c.p.p. sancisce, infatti, con riferimento all'obbligo di deposizione, che il giornalista possa opporre il segreto professionale sui nomi delle persone dalle quali ha ricevuto notizie di carattere fiduciario, a eccezione dell'ipotesi in cui l'identificazione della fonte sia indispensabile ai fini delle indagini, nel qual caso il segreto professionale viene meno per ordine del giudice.

Sono coperti da segreto tutti gli elementi e gli strumenti che possano in qualsiasi modo fornire indicazioni in merito all'identità delle fonti, quali per esempio, le utenze telefoniche di cui il giornalista disponeva nel periodo in cui ha ricevuto le notizie fiduciarie e la memoria del computer in uso al giornalista stesso³⁰.

²⁹ Sulla differenza tra segreto di indagine e divieto di pubblicazione dei singoli atti cfr. in part. Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 2019, n. 41640.

³⁰ Si v. Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2004, n. 22397; Cass. pen., sez. I, 16 febbraio 2007, n. 25755; Cass., 18 luglio 2013, n. 17602.

Con la diffusione della tecnologia digitale, invero, il coinvolgimento dei *mass media* già nelle primissime fasi delle indagini è sensibilmente aumentato.

Se in passato, infatti, la stampa acquisiva le informazioni quasi esclusivamente dalle stesse Autorità inquirenti, oggi il raggio di azione del giornalismo di inchiesta si è notevolmente ampliato e può accadere, con relativa frequenza, che un giornalista entri in possesso di informazioni determinanti ancor prima delle Autorità, come avvenuto nel caso di *BsNews.it* nell'inchiesta oggetto di studio.

Tale fenomeno risiede nel fatto che i dispositivi tecnologici oggi disponibili riducono la forbice tra i metodi investigativi degli inquirenti e gli strumenti di inchiesta del giornalista.

Il sistema dei media [...] è diventato sempre più centrale. L'hanno capito anche le forze dell'ordine, che sono più attente alla comunicazione e non di rado scelgono di utilizzare i giornali per ciò che sono: uno strumento, un *medium* appunto. [...] Così hanno deciso di fare, in questa occasione, anche i carabinieri del comando provinciale di Brescia, che non avevano molti elementi utili per risolvere il giallo del cadavere trovato a Paline di Borno³¹.

E fu, infatti, proprio la decisione dei Carabinieri, di diffondere attraverso i *media* dell'elenco dettagliato dei tatuaggi rinvenuti sul corpo della vittima, il primo passo che ha condotto verso la soluzione del caso.

I mezzi di informazione, oggi più ancora che in passato, possono, quindi, rendersi parte attiva nel "meccanismo" della giustizia e ciò incrementa le possibilità di una dialettica, in chiave cooperativa, tra Autorità inquirenti e *media*.

In tale contesto, affinché il rapporto tra amministrazione della giustizia e professionisti dell'informazione assuma i caratteri dell'azione congiunta, della dialettica cooperativa e non di un reciproco contrasto, non sono sufficienti le disposizioni del diritto positivo ed è fondamentale l'osservanza da parte dei *media* dei principi etici e deontologici.

³¹ A. TORTELLI, *op. cit.*, 53-54.

Ero – e sono – convinto di aver agito secondo legge e secondo etica professionale, antepo- nendo gli interessi della giustizia e delle persone vicine alla vittima ai miei possibili interessi personali e a quelli del piccolo giornale che dirigo. [...] le fonti della mia inchiesta erano pubbliche, raggiungibili da chiunque e le persone da me sentite avrebbero preferito non rilasciare le loro generalità. Nel caso mi fosse stato chiesto di fornirle, avrei comunque rinunciato ad appellarmi al segreto professionale e all'art. 200 c.p.p. [...]. Il dilemma sul pubblicare o meno la notizia, invece, l'ho risolto decidendo di far uscire un articolo che non riportasse il nome della vittima né alcun elemento che potesse identificarla in maniera univoca. Ho deciso che mi sarei fermato. A quel punto ero consapevole che mi trovavo di fronte allo scoop. Quante volte è capitato che un giornalista abbia identificato un cadavere fatto a pezzi prima delle forze dell'ordine e abbia dialogato con il suo assassino ancora a piede libero? Sapevo che i media avrebbero dato ampia eco alla vicenda e all'inchiesta di BsNews.it. Nel contempo ero consapevole che, presentandomi dai carabinieri prima di scrivere l'articolo, avrei rischiato di bruciarmi la notizia e di “regalarla” a colleghi più esperti, che hanno rapporti ben più consolidati dei miei con gli investigatori. Sarebbe bastata una soffiata alla concorrenza perché la mia indagine perdesse mediaticamente di rilevanza, schiacciata dal peso e dalla potenza di fuoco di qualche grande gruppo editoriale. Ho comunque deciso di non andare oltre³².

Due sono le ragioni che hanno spinto il direttore di *BsNews.it* a non pubblicare gli esiti della propria inchiesta prima del comunicato ufficiale dei carabinieri relativo all'arresto di Davide Fontana: evitare il rischio di pregiudicare le indagini degli inquirenti e tutelare la dignità delle persone coinvolte, in particolar modo i congiunti della vittima, che avrebbero altrimenti appreso della morte di Carol attraverso i *media*.

L'inchiesta di Andrea Tortelli è stata definita un esempio di buon giornalismo moderno e rappresenta un caso paradigmatico di efficace cooperazione tra mezzi di informazione e pubblica Autorità.

Non sempre, tuttavia, il maggiore coinvolgimento dei media nelle vicende giudiziarie reso possibile dall'evoluzione tecnologica costituisce un beneficio.

³² A. TORTELLI, *op. cit.*, 98.

Tra i tanti esempi che si potrebbero citare, molti ricorderanno, nel noto caso dell'omicidio di Avetrana, il momento drammatico in cui la madre di Sarah Scazzi apprese in diretta TV, dalla trasmissione *Chi l'ha visto*, del ritrovamento del cadavere della figlia.

I rischi dell'ampia partecipazione dei *media* alle vicende giudiziarie, invero, non derivano unicamente dal potenziale ostacolo al buon esito delle indagini che essi costituiscono (in termini di pressione sugli organi inquirenti; dispersione degli elementi probatori e possibili alterazioni della genuinità delle deposizioni), ma anche dalla messa in scena di «processi-spettacolo» che pregiudicano i diritti e la dignità dei soggetti coinvolti³³.

4. *Gli effetti della transizione digitale sul mercato dell'informazione tra diritto d'autore e citizen journalism*

«La rete ha tanti problemi, ma un pregio non contestabile: è una grande opportunità per valorizzare il contenuto rispetto al contenitore»³⁴.

Anche a proposito dei mutamenti subiti dal mercato dell'informazione in conseguenza della rivoluzione digitale, interessanti spunti di riflessione sono offerti dal lavoro di Andrea Tortelli, che ha documentato la reazione dei maggiori media nazionali alla pubblicazione della sua inchiesta: «tutti citavano correttamente la fonte. Tranne uno, un importante giornale nazionale [...] che dava la notizia del giallo di Borno attribuendola a non meglio precisate indiscrezioni su Internet»³⁵.

Un primo significativo cambiamento attiene, invero, proprio ai rapporti concorrenziali tra i *media*, che come anticipato nel paragrafo 1.2, sono oggi più complessi che in passato, in ragione dell'immensa forza divulgativa di internet, che consente a qualsiasi notizia di raggiungere un'eco mediatica potenzialmente illimitata, a prescindere dalla sua provenienza.

³³ Si veda, sul tema dei processi mediatici, V. MANES, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022.

³⁴ A. TORTELLI, *op. cit.*, 133.

³⁵ A. TORTELLI, *op. cit.*, 102.

In altri termini, un piccolo giornale *online*, o una qualsiasi persona attiva sui *social network*, grazie alla rete può raggiungere la stessa visibilità di un grande gruppo editoriale.

Ne derivano due importanti conseguenze per il mercato dell'informazione: un notevole aumento dei *competitors* e la crisi dei tradizionali strumenti giuridici a tutela di chi opera al suo interno, che non sempre sono in grado di rispondere in modo adeguato alle mutate esigenze di protezione.

Tradizionalmente l'opera giornalistica è protetta dal diritto di autore a condizione che presenti le seguenti caratteristiche: *a)* la creatività, intesa come l'idoneità dell'opera a esprimere la personalità dell'autore in modo tale da differenziarla dal patrimonio espressivo di altri autori; *b)* la concretezza, ovvero l'estrinsecazione dell'opera stessa in un diritto materiale; *c)* l'appartenenza dell'opera a una delle categorie individuate dalla legge sul diritto d'autore.

La principale criticità nell'adattamento della disciplina del diritto d'autore al diritto di cronaca (soprattutto giudiziaria) concerne il requisito della creatività, dal momento che il giornalista non "inventa" la notizia, ma si limita a riportare fatti e informazioni preesistenti nella realtà.

La giurisprudenza tradizionale ha superato la questione ritenendo che il requisito della creatività debba ritenersi sussistente ogni qualvolta nell'attività del giornalista sia ravvisabile una operazione intellettuale di rielaborazione o di commento dell'informazione, connotata da un'impronta personale.

In sostanza, dunque, perché l'opera giornalistica possa considerarsi tale e possa beneficiare della tutela prevista dal diritto d'autore, essa deve essere caratterizzata da un determinato grado di unicità, dato dall'attività critica e interpretativa del giornalista, che non sia limitata alla mera trascrizione di informazioni apprese da altri.

Appare evidente come la rivoluzione tecnologica delle comunicazioni abbia reso sempre più complessa la concreta applicazione di tale criterio, in ragione della perenne sovrabbondanza di informazioni a disposizione di chiunque e della rapidità con cui esse si diffondono.

«Oggi il bombardamento di contenuti è tale che gli utenti faticano a identificarsi con i fatti di cui apprendono, che oltretutto sono sempre meno distinguibili dai loro cloni»³⁶.

Nel labirinto del *web*, è divenuto, infatti, estremamente complicato risalire alla fonte originaria di un'informazione e soprattutto discernere l'opera intellettuale di rielaborazione personale dalla mera riproposizione di contenuti altrui.

Strettamente connesso alla fluidità delle comunicazioni post-moderne è il cosiddetto *citizen journalism*, un fenomeno che contribuisce a creare ulteriore complessità nel mercato dell'informazione, assottigliando il confine tra l'opera giornalistica tutelabile e ciò che non lo è.

Il *citizen journalism* (o giornalismo partecipativo) è un concetto sociologico caratterizzato dal coinvolgimento attivo dei cittadini (intesi come persone non esercenti la professione di giornalista) nella diffusione delle notizie, i quali da meri fruitori delle informazioni, diventano quindi parte attiva del processo informativo.

Tale fenomeno è reso possibile dal fatto che – come sottolinea Tortelli – chiunque grazie ai dispositivi digitali può condividere sul *web* contenuti, che possono raggiungere un grado di diffusione potenzialmente illimitato.

Il giornalismo partecipativo può concretizzarsi in qualunque forma: un post sui *social network*, un *podcast*, un *report*, un *blog* personale o associativo.

Valutare come i suddetti contenuti si inseriscano nel mercato dell'informazione e come essi si rapportino con il giornalismo professionale non è sempre semplice, poiché non di rado i professionisti dell'informazione attingono le notizie proprio da tali fonti.

Una ulteriore problematica è poi rappresentata dal fatto che l'universo digitale supera i confini nazionali, pertanto la necessità di una regolamentazione uniforme si scontra con le diversità delle singole discipline nazionali.

In sostanza, il diritto d'autore (e prima ancora la nozione di proprietà intellettuale) è stato messo in crisi dalla rivoluzione digitale princi-

³⁶ A. TORTELLI, *op. cit.*, 153.

palmente a causa della difficoltà di adeguare sotto il profilo giuridico-formale una disciplina nata e strutturata sulla base di una realtà totalmente analogica a una dimensione digitale e multimediale.

In tale contesto si è inserita la direttiva europea 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (recepita in Italia con d.lgs. 177/2021) con l'obiettivo di armonizzare le discipline statali e introdurre nuovi strumenti in risposta alle esigenze di tutela sopravvenute in conseguenza della rivoluzione digitale.

Tra le molteplici novità apportate dalla riforma, si segnala l'introduzione del diritto degli editori di giornali alla remunerazione per l'utilizzo *online* delle loro pubblicazioni da parte delle piattaforme digitali (art. 15 direttiva, trasposto nell'art. 43 *bis* LDA) allo scopo di ridurre lo squilibrio economico tra queste ultime e i produttori di notizie, nonché di valorizzare l'informazione di qualità.

All'evoluzione legislativa deve indubbiamente essere accostata una continua attività interpretativa del regime giuridico vigente alla luce di una realtà in perenne evoluzione, che ha come caratteristica fondamentale il superamento del rapporto autore/prodotto dell'ingegno oltre al cambiamento del concetto stesso di "originalità dell'opera".

In conclusione, si può affermare che la transizione digitale abbia rivoluzionato il mercato dell'informazione, superando la tradizionale oligarchia dei grandi gruppi editoriali in favore di un assoluto pluralismo delle comunicazioni e suscitando una serie di problematiche interpretative e applicative degli strumenti normativi, solo parzialmente superate dagli aggiornamenti del diritto positivo.

5. Conclusioni

La prima e più significativa evidenza all'esito del presente lavoro di ricerca è senz'altro l'essenziale propensione del diritto di cronaca a evolversi di pari passo con la società circostante.

Tale peculiarità fa del diritto di cronaca una materia in perenne transizione, insuscettibile di essere racchiusa in schemi giuridici statici, che necessita, al contrario, di una costante attività ermeneutica, finalizzata

all'interpretazione degli strumenti di diritto positivo in senso conforme alle evoluzioni del tessuto sociale.

La digitalizzazione delle comunicazioni ha messo in crisi i tradizionali criteri interpretativi del diritto di cronaca, riplasmandone i confini e imponendo una rinnovata visione del rapporto dei mezzi di informazione con gli organi di amministrazione della giustizia, con gli altri *competitors* sul mercato, nonché con la collettività, intesa come l'insieme dei destinatari dell'informazione stessa.

I profondi mutamenti che hanno travolto il diritto di cronaca negli ultimi anni presentano, dal punto di vista giuridico, economico e sociale, sia benefici sia profili di rischio, che si è cercato di analizzare all'interno del presente lavoro.

L'inchiesta oggetto di studio rappresenta un esempio di come la digitalizzazione dell'informazione non sia necessariamente sinonimo di impoverimento dei contenuti e del linguaggio dei *media*, ma possa rappresentare altresì una valida risorsa, soprattutto nel campo del giornalismo di inchiesta legato ai fenomeni criminosi.

A tal proposito è essenziale che i *media* non si limitino alla mera osservanza delle norme di legge, ma ispirino sempre il proprio operato – anche e soprattutto quando esercitato nell'insidioso universo del *web* – a principi deontologici e valori etici volti a preservare i diritti fondamentali della persona.

SEZIONE III
LA TRANSIZIONE DIGITALE:
PERSONA, ISTITUZIONI, MERCATO

INDIVIDUI E POTERI NELLA TRANSIZIONE DIGITALE

NOTE INTRODUTTIVE

Simone Franca

SOMMARIO: 1. *La transizione digitale fra individui e poteri.* 2. *Transizione digitale e poteri pubblici.* 3. *Transizione digitale e poteri privati.* 4. *Transizione digitale e individui.* 5. *Spunti conclusivi.*

1. La transizione digitale fra individui e poteri

La transizione digitale può essere osservata da più angoli visuali.

In un primo senso, essa potrebbe essere riassunta in un fenomeno innescato dallo sviluppo tecnologico che si pone come un cambiamento strutturale con rilevanti implicazioni sul piano economico e sociale¹, coinvolgendo la società, il mercato e anche le istituzioni nell'era digitale². Si tratta di un cambiamento che non è del tutto nuovo e, anzi, ha rappresentato, per lungo tempo, il presupposto di diversi interventi sul

¹ Si tratta del cambiamento riconducibile alla c.d. *quarta rivoluzione*, quella che attiene alla formazione di un'infosfera globale, come si legge in L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano 2017. Sulla portata strutturale di tale mutamento cfr. altresì B. MARCHETTI, voce *Amministrazione digitale*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Enc. dir. I tematici. III. Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 75 ss.; B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a platform*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022, 1 ss.; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

² Come si legge in G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Bologna, 2021, 21 ss., con tale locuzione si allude al periodo in cui la tecnologia digitale consente di rappresentare la realtà attraverso la notazione binaria, aprendo la strada a nuove forme di elaborazione e comunicazione dell'informazione.

piano regolativo. Già nel 2014, con la Comunicazione della Commissione intitolata “Verso una florida economia basata sui dati”³, si prospettava un orientamento equilibrato delle istituzioni europee, teso a cogliere le opportunità date dalla circolazione dei dati e, al tempo stesso, individuare adeguate tecniche di protezione delle persone fisiche. In questo contesto, a ben vedere, la Commissione evidenziava con nitore l’importanza di guardare al fenomeno dell’economia dei dati senza trascurare i rischi connessi, mettendo in luce, tra questi ultimi, il rischio dato dalla diffusione di forme di sorveglianza da parte di soggetti pubblici e privati, dalla loro intromissione rispetto alla sfera privata dei cittadini⁴. L’attenzione a un bilanciamento tra rischi e opportunità rispetto alle tecnologie digitali riemerge costantemente nell’ambito delle politiche e degli atti normativi riconducibili al mercato unico digitale⁵ e, in particolare, spicca nitidamente nel pacchetto di misure adottate nel corso degli ultimi anni, quali il *Data governance act*⁶, il *Data act*⁷, il *Digi-*

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Verso una florida economia basata sui dati” del 2 luglio 2014, COM(2014)442 *final*.

⁴ COM(2014)442 *final*, cit., 3.

⁵ In effetti già nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa del 6 maggio 2015, COM(2015)192 *final* si evince l’esigenza di un bilanciamento dalla definizione di mercato unico digitale come «un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui [...] persone e imprese non incontrano ostacoli all’accesso e all’esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali». Ancora, nell’art. 1 GDPR si chiarisce come la protezione delle persone fisiche non possa ostacolare la circolazione dei dati personali.

⁶ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

⁷ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull’accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (Regolamento sui dati).

*tal services act*⁸, il *Digital market act*⁹ e l'*A.I. act*¹⁰. In tali atti, infatti, affiora costantemente la necessità di offrire adeguate garanzie ai cittadini nel mercato digitale¹¹ e, al tempo stesso, consentire la circolazione dei dati tanto nel settore pubblico, quanto nel settore privato¹².

La rilevanza del bilanciamento tra esigenze di protezione e di circolazione, al crocevia fra forme di potere pubblico e privato, emerge altresì nella transizione digitale intesa “in senso stretto” come uno dei sei

⁸ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). In tema, si v. A. NICITA, V. VALENTINI, *Algoritmi, concorrenza e pluralismo online. Le Prospettive del Digital Services Act*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto dell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 167 ss.; S. SULMICELLI, *Algorithmic contest moderation and the LGBTQ+ community's freedom of expression on social media: insights from the EU Digital Service Act*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, spec. 483 ss.

⁹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Cfr. G. CON-TALDI, *Diritto antitrust e mercati digitali*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *op. cit.*, 403 ss.

¹⁰ Proposta COM(2021)206 *final* di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, su cui si v. in part. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 415 ss.; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. UE*, 3-4, 2021, 453 ss.; G. FINOCCHIARO, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2, 2022, 303 ss.

¹¹ Si pensi al ripetuto riferimento, in apertura ai diversi atti, all'esigenza di preservare i diritti dei consumatori (art. 1 DGA; art. 1 DA; art. 1 DSA; art. 1 DMA; cons. 28 AIA).

¹² Si pensi alla definizione di *sandbox* per consentire trattamenti di dati personali tramite I.A. (art. 54 AIA), alle possibilità di condivisione dei dati tra imprese o tra imprese ed enti pubblici in base al DA, alle possibilità di riutilizzo in ambito pubblico e all'altruismo dei dati in base al DGA. Esigenze di circolazione sottendono altresì gli obblighi imposti ai *gatekeeper* in base al DMA e ai fornitori di piattaforme *online* alla luce del DSA.

pilastrini su cui poggiano tanto il dispositivo di ripresa e resilienza¹³, quanto i piani nazionali di ripresa e resilienza¹⁴. Il progetto trasformativo che tali atti richiedono, nella sua dimensione ecosistemica e di processo¹⁵, coinvolge attori pubblici e privati in diversa misura e con differenti ruoli¹⁶, nella prospettiva di facilitare la circolazione delle informazioni, senza che però ciò si traduca in un abbassamento del livello di protezione delle medesime.

Appare dunque intrinseca al fenomeno della transizione digitale, pur nelle sue plurime accezioni, una sostanziale dialettica tra le esigenze di protezione degli individui e le esigenze di circolazione dei dati, strumentali al benessere collettivo.

Si tratta di una prospettiva che affiora nitidamente nei contributi raccolti nella presente sezione del volume.

Pur nella pluralità delle tematiche e delle questioni affrontate, affiora come la transizione digitale incida su forme di potere tradizionali e nuove, pubbliche e private, sull'onda di un mutamento che investe – e non può che investire – anche le posizioni di cui sono titolari i cittadini. È in questa prospettiva che appare utile riflettere su come mutino i poteri nell'ambito della transizione digitale e come muti il rapporto tra individui e poteri.

¹³ Nel Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza la trasformazione digitale (definita anche transizione in alcuni considerando) viene qualificata come uno dei pilastri all'art. 3.

¹⁴ In base al regolamento UE n. 241/2021 ciascun Piano nazionale deve prevedere che almeno il 20% delle risorse messe a disposizione siano investite nella transizione digitale (cfr., sul punto, l'onere motivazionale di cui all'art. 18, par. 4, lett. f) del regolamento). In un'ottica comparata, è significativo che in diversi ordinamenti si vada oltre il 20%: per i dati sugli altri Piani nazionali cfr. i contributi di Luisa Torchia, Marianna Mazzarella, Federica Ciarlariello, Camilla Ramotti, Lucrezia Magli, Carlo Pezzullo, Pasquale La Selva in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2023.

¹⁵ Sul punto assai preziosa è l'analisi svolta in B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Transizione digitale e regolazione trasformativa*, in A. LALLI (a cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024, 15 ss., spec. 23 ss.

¹⁶ Sul punto si tornerà più approfonditamente nei successivi paragrafi 2 e 3.

Nelle pagine che seguono, al fine di introdurre gli scritti raccolti nella presente sezione, si tenterà dunque di offrire un inquadramento di massima delle principali ricadute della transizione digitale sui poteri pubblici e privati, evidenziando altresì le conseguenze che ricadono nei rapporti tra individui e poteri.

2. *Transizione digitale e poteri pubblici*

La transizione digitale influenza i poteri pubblici da più punti di vista. Anzitutto, ai soggetti pubblici vengono attribuiti nuovi compiti, per esempio sul fronte della vigilanza e dei controlli, come emerge, per esempio, nell'ambito del DSA e del DMA¹⁷.

Tuttavia, accanto a questi mutamenti, a ben vedere, si assiste a un significativo mutamento che coinvolge la stessa struttura dell'intervento pubblico. L'architettura composta dal dispositivo di ripresa e resilienza e dai PNRR nazionali mostra chiaramente, infatti, come la transizione abbia ricondotto i poteri pubblici entro una più ampia attività di programmazione¹⁸, in cui spetta loro una pluralità di compiti, dal sostegno alle imprese al raggiungimento di obiettivi (fra cui la digitalizzazione)¹⁹ che non possono essere semplicemente lasciati al mercato.

Più in particolare, vi sono mutamenti che investono tanto la regolazione, quanto l'amministrazione della transizione digitale.

Quanto al primo fronte, è piuttosto evidente che nell'architettura creata dal dispositivo di ripresa e resilienza si assiste a un forte accen-

¹⁷ Per un inquadramento rispetto ai poteri di vigilanza e controllo rispetto nel DMA e nel DSA si v. in part. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 74 ss., 80 ss.

¹⁸ Sull'inquadramento giuridico del PNRR cfr. in part. M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. Giur.*, 8-9, 2021, 1025 ss., spec. 1029 ss., che evidenzia i limiti delle categorie impiegate per gli atti di programmazione nazionale. Cfr. anche E. RINALDI, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione*, in *Oss. Fonti*, 3, 2022, spec. 268 ss.

¹⁹ A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Merc. Conc. reg.*, 1, 2020, 141; G. PIPERATA, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Ist. Fed.*, 2, 2022, 319.

tramento dei poteri regolativi e di pianificazione verso i livelli istituzionali più alti. Un esempio plastico di questo indirizzo si evince se si guarda alla fase ascendente di elaborazione del PNRR italiano, condotta essenzialmente dalle autorità statali in dialogo con quelle eurounitarie, con un marginale contributo dei rappresentanti delle autonomie²⁰. Più in generale, è legittimo chiedersi che spazio abbiano le autonomie territoriali, in particolare le Regioni e le Province autonome sul piano normativo rispetto alla transizione digitale in corso. È chiaro, infatti, che la regolazione della materia richiede una prospettiva per quanto possibile uniforme, posto che «l'esigenza di assicurare finalmente una più matura e piena digitalizzazione comporta [...] la ricerca di soluzioni e standard uniformi e l'esigenza di "forzare" le singole amministrazioni anche ad ordinamento autonomo»²¹. Quanto appena rilevato diventa particolarmente evidente quando si tratta di affrontare il tema dell'interoperabilità dei sistemi informativi²² e, difatti, la Strategia europea sui dati si pone nel segno di creare i presupposti per l'istituzione di spazi comuni di dati, in modo da favorirne la condivisione entro un'architettura digitale regolamentata²³.

²⁰ Si tratta di un *trend* comune a diversi Stati membri, ma che è parso particolarmente grave in Italia, come si evince in C.B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi.it*, 24, 2022, 51. Sul ruolo marginale delle Regioni anche in fase di attuazione del PNRR italiano cfr. in part. G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 4, 2021, spec. 717 ss.; C. TUBERTINI, *Qualche riflessione sugli sviluppi del nostro regionalismo, a partire dal modello regionale di Gaspare Ambrosini*, in *Ant. dir. pubbl.*, 1, 2024, 65 ss.

²¹ E. CARLONI, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2018, 704. Sulla compressione dello spazio legislativo regionale anche a fronte di normative tecniche, fra cui quelle concernenti la digitalizzazione cfr. G. GARDINI, *Le tendenze dell'autonomia legislativa delle Regioni*, in *Ist. Fed.*, 1, 2022, 257.

²² In tema cfr. in part. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022, spec. 14 ss.; A.G. OROFINO, F. CIMBALI, *L'uso delle tecniche informatiche nella prestazione di servizi pubblici*, in *Giur. it.*, 6, 2022, 1525 ss.; S. RACIOPPI, *L'interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive*, in questo volume.

²³ Sul punto cfr. in part. G. BELLANTUONO, *Come studiare le transizioni?*, in questo volume.

Ciò non significa, tuttavia, che le ragioni per un approccio unitario debbano spingersi sino a escludere gli apporti degli enti autonomi²⁴, che invece, nel rispetto del principio di leale collaborazione, possono intervenire in modo differente²⁵.

Occorre considerare altresì che, accanto alle autorità legislative e regolative, un ruolo significativo è giocato dalle singole amministrazioni, investite del compito di dare un contributo alla transizione digitale. In effetti, più di un quinto delle risorse destinate alla digitalizzazione sono dedicate alla transizione digitale della p.a.²⁶.

Le sfide che riguardano la pubblica amministrazione in questa prospettiva sono molteplici e concernono diverse problematiche quali la già menzionata interoperabilità, la semplificazione e il rafforzamento dei servizi digitali, il *digital divide*, la carenza di competenze digitali tra i pubblici impiegati, ecc. Si tratta però, a ben vedere, di problemi che rendono necessario uno sforzo sistematico, se si vogliono superare i limiti dati dal basso livello di digitalizzazione e dalla ridotta capacità amministrativa, come indicato nel PNRR²⁷. In questo senso, il consolidamento dell'amministrazione digitale passa attraverso l'integrazione del disegno architeturale che la stessa società tecnologica richiede, por-

²⁴ Si tenga presente, peraltro, della transizione che vivono le Regioni stesse, specie nella prospettiva del regionalismo asimmetrico. In questa prospettiva si veda in part. F. FOTI, *Le regioni ordinarie verso una strutturazione del sistema di decentramento istituzionale in direzione asimmetrica: una «transizione» da completare*, in questo volume.

²⁵ In questa prospettiva, è interessante considerare la riflessione sviluppata in relazione al Fascicolo sanitario elettronico contenuta in N. MACCABIANI, *Tra coordinamento informativo e livelli essenziali delle prestazioni: il caso del Fascicolo Sanitario Elettronico*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, spec. 264 ss. Si v. inoltre E. AURELI, *Le conseguenze della transizione digitale sul riparto di competenze stato-regioni: un accentramento inevitabile?*, in questo volume.

²⁶ Più precisamente, si tratta di circa 50 miliardi, ossia il 27% delle risorse oggetto del piano. Per maggiori dettagli in tema si v. G. SGUEO, *La transizione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2021, 746 ss.

²⁷ Su questi limiti ben individuati nel PNRR cfr. D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto a una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 116 ss.

tando l'amministrazione all'adozione di schemi organizzativi e procedurali flessibili, nel perimetro segnato dai principi dell'azione amministrativa²⁸.

Si tratta di una sfida complessa, ma che trova proprio in una lettura più flessibile e orientata alla transizione digitale dei compiti dell'amministrazione alcune risposte. Si pensi a come la valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento²⁹, come interlocutore del cittadino rispetto al procedimento, possa rivelarsi utile a fronteggiare il divario di alfabetizzazione digitale tra i cittadini³⁰.

È palese, dunque, che, accanto a misure infrastrutturali e di sostegno all'amministrazione, si apre un significativo spazio per l'attuazione di un modello innovativo di amministrazione, ma pur sempre coerente con i principi a essa relativi.

3. *Transizione digitale e poteri privati*

La transizione digitale rappresenta anche un fattore che consolida preesistenti forme di potere o ne crea di nuove in capo a soggetti privati.

Già prima dell'affacciarsi della trasformazione digitale è emersa la problematicità dei poteri privati, intesi come soggetti che, nell'ambito di rapporti di diritto privato, sono in grado di porsi in una posizione di *potere*³¹.

²⁸ In questa prospettiva cfr. F. CORTESE, *Come disciplinare l'amministrazione digitale?*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 423 ss.

²⁹ Sul punto si v. D.-U. GALETTA, *Transizione digitale*, cit., spec. 114.

³⁰ In tema cfr., *ex multis*, P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, 2, 2022, 111 ss.; S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 226 ss.; DAN. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle TIC*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, 2005, 209 ss.

³¹ Sull'inquadramento dei poteri privati restano imprescindibili C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

La digitalizzazione ha costituito il veicolo ideale per il consolidarsi di *nuovi*³² poteri privati – poteri digitali³³ –, i quali, nell’assetto attuale, assumono un duplice rilievo nel percorso di transizione digitale.

Per un verso, essi rappresentano gli interlocutori necessari per sviluppare il processo di transizione digitale. Per esempio, il Polo strategico nazionale, dedotto all’interno del PNRR italiano, sarà realizzato e gestito nell’ambito di una *partnership* pubblico-privata³⁴. In tal modo, i poteri privati rilevano come soggetti forniti della necessaria *expertise* e della migliore infrastruttura tecnologica.

Per altro verso, essi, proprio perché *poteri e privati*³⁵, rappresentano una fonte di rischio che va necessariamente sottoposta a controllo³⁶.

³² In M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022, 137 ss. si specifica che questi “poteri nuovi” si pongono come poteri economici, in grado di rimodellare la comunicazione e di produrre un nuovo tipo di socialità.

³³ Sulla fenomenologia dei poteri digitali cfr. in part. O. POLLICINO, voce *Potere digitale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Enc. dir. I tematici. V. Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 410 ss.; C. BERTOLDI, *Il diritto all’informazione fra poteri pubblici e privati*, in L. CONTE, C. BERTOLDI, M. CAVINO, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Libertà di informazione. Percorsi*, Napoli, 2023, 13 ss.; M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, 739 ss.; E. CREMONA, *I poteri privati nell’era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023; O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 175 ss.

³⁴ Sulle ragioni di questa scelta si vedano in part. G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2021, 704-705; A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, 519-522.

³⁵ Rispetto al tema, che esula dal presente scritto, dell’I.A. come strumentale al rafforzamento di poteri privati si v. in part. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2019, 101 ss.; T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3, 2020, 679 ss.; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2019, 20 ss.; S. SULMICELLI, *La transizione digitale nel prisma dell’intelligenza artificiale. un’introduzione tra sostanza e metodi*, in questo volume.

³⁶ Rischi derivanti, per esempio, dal fatto che tali poteri non sono dotati di legittimazione politica e non agiscono principalmente per finalità di interesse generale (in tema cfr., per maggiori approfondimenti, A. GAWER, N. SRNICEK, *Online platforms:*

È però da evidenziare un ulteriore ruolo che le piattaforme digitali assumono nel contesto odierno. Alla situazione di potere sul piano fattuale di cui risultano titolari, si affiancano nuove forme di potere, sostanzialmente analoghe a quelle solitamente attribuite a soggetti pubblici. Da un primo punto di vista, non solo i poteri privati manifestano una particolare capacità di inserirsi nelle pieghe dei procedimenti regolativi³⁷, ma intervengono consistentemente anche attraverso forme di *self regulation*³⁸. Da un altro punto di vista, si pensi altresì all'esercizio di nuove forme di potere, attraverso la gestione di controversie in cui sono in gioco diritti fondamentali – fra cui la libertà di espressione – come nel caso dell'*Oversight board* istituito da Meta³⁹.

La complessa fenomenologia delle piattaforme digitali pone ai regolatori europei sfide significative, nell'idea di preservare i diritti fondamentali, senza che ciò comporti l'individuazione di uno *standard* regolatorio che limiti l'innovazione⁴⁰. Ciò evidentemente richiede un'attenta

*Economic and societal effects (Report for the European Parliament). Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS), 2021, 18 ss.). Inoltre, questi soggetti si pongono come veri e propri concorrenti degli Stati, come rilevato in S. CASSESE, *Lo Stato in discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, 1235-1236.*

³⁷ Sul punto è sufficiente menzionare l'attività di *lobbying* rispetto alle procedure normative relative al DSA e al DMA. Si rinvia ai dati e alle considerazioni in merito contenute in F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022, 128.

³⁸ Cfr. sul punto G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2023, 118 che mette in luce il ruolo regolatorio del *design* dell'infrastruttura della piattaforma, così come delle condizioni generali di contratto. Più in generale, sul potere normativo d'impresa, nella prospettiva delle piattaforme digitali, cfr. R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2021, 945 ss.

³⁹ Sull'*Oversight Board* cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 2021; A. GOLIA JR., *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisprudenza dell'"Oversight Board"*, in *Quad. cost.*, 3, 2023, 595 ss.; V. PIETRELLA, *Le implicazioni del platform model sul ruolo del giudice e sugli strumenti di tutela*, in questo volume.

⁴⁰ È importante considerare che una regolazione particolarmente attenta ai diritti a livello europeo è suscettibile di assurgere a standard globale, secondo il c.d. *effetto*

considerazione delle peculiarità delle varie piattaforme⁴¹, pur senza che ciò si traduca in un approccio regolatorio frammentario⁴², contemperando esigenze di protezione delle persone che interagiscono con le piattaforme stesse, senza però trascurare le loro istanze relative alla fruizione di servizi offerti nell’ecosistema digitale.

Non meno rilevante è il ruolo di poteri privati per così dire “tradizionali” a fronte della trasformazione digitale.

Un esempio peculiare è rappresentato dal potere (*rectius*, dai poteri) del datore di lavoro⁴³. In effetti, la digitalizzazione ha sospinto un cambiamento significativo con riguardo ai rapporti di lavoro. Oltre al proliferare di nuove forme di lavoro tramite piattaforme digitali⁴⁴, vi sono problematiche che emergono dall’uso di tecnologie digitali da parte del datore di lavoro. Questi, infatti, gode potenzialmente di strumenti innovativi nell’ambito dei controlli a distanza suscettibili di mettere a repen-

Bruxelles. Sul punto cfr. F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. reg. mercati*, 2, 2021, 241 ss.

⁴¹ Sull’importanza della classificazione delle piattaforme nel campo del diritto della concorrenza cfr. S. SCANDOLA, *Piattaforme digitali e antitrust nel contesto della transizione digitale: un caveat*, in questo volume.

⁴² Rischio ben evidenziato in E. ARBIA, *La regolamentazione delle piattaforme online*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, par. 4.2.

⁴³ Già in C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 56 ss. si faceva riferimento al fatto che l’imprenditore, come datore di lavoro, gode di una posizione di potere di fatto, anche nella consapevolezza del superamento della concezione padronale del datore di lavoro. Più recentemente, sulla situazione di potere del datore di lavoro cfr. anche D. DE PRETIS, *Potere*, in M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione... aperta a tutti*, Roma, 2022, 12.

⁴⁴ Degno di nota, rispetto a queste nuove forme di lavoro, è il tentativo dell’UE di offrire una disciplina dei profili lavoristici tramite la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 dicembre 2021 relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali. Benché il 13 dicembre 2023 fosse stato raggiunto un accordo tra il Parlamento europeo e il Consiglio, gli Stati membri si sono rifiutati di approvare il testo definitivo. Per un’analisi della proposta si v., *ex multis*, M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi.it*, 25, 2023, 171 ss.; P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 1, 2022, 45 ss.

taglio la *privacy* dei propri lavoratori⁴⁵. Al tempo stesso, gli strumenti digitali possono rivelarsi utili anche per altre finalità, come favorire l'inclusione dei lavoratori fragili, specie tramite l'implementazione di forme di lavoro agile⁴⁶. Non va nemmeno trascurato il fatto che il lavoratore può avere interesse alla circolazione dei dati che lo riguardano, specie quando essi ne mettono in luce le qualità e la reputazione guadagnata⁴⁷. Anche in questo frangente, dunque, esigenze di protezione e circolazione dei dati si intrecciano e richiedono un opportuno bilanciamento.

4. Transizione digitale e individui

Proprio perché la transizione digitale altera l'assetto dei poteri pubblici e privati, muta anche la posizione (*rectius*, le posizioni) dei cittadini di fronte a siffatti poteri.

Nell'ambito degli scritti presenti in questa sezione particolare attenzione è rivolta al diritto alla *privacy* (nelle plurime accezioni che essa può assumere) e al diritto all'identità digitale.

In primo luogo, la *privacy* intesa come diritto alla riservatezza – nel senso di *right to be let alone*⁴⁸ – diviene sempre più circoscritta quanto

⁴⁵ Sui profili legati alla protezione dei dati personali rispetto al controllo a distanza del lavoratore cfr. in part. A. BELLAVISTA, *Sorveglianza elettronica, protezione dei dati personali e tutela dei lavoratori*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2023, 2 ss.; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018, 153 ss.; G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, 329 ss.

⁴⁶ In tema cfr. C. FAGGIONI, *Transizione, lavoro, fragilità. Le potenzialità del lavoro agile oltre la pandemia*, in questo volume.

⁴⁷ Tale circostanza è ben evidenziata in A. TOPO, *Circolazione di informazioni, dati personali, profilazione e reputazione del lavoratore*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., spec. 411.

⁴⁸ Si tratta della nota formula impiegata nel celebre S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Rev.*, 4, 1890, 193 ss. La formula compariva già

al suo ambito applicativo. La capillare diffusione di servizi digitali, in effetti, rende sempre più frequente la necessità di conferire dati, piuttosto che opporre l'intangibilità della propria sfera privata. Al tempo stesso, la *privacy* come *right to be let alone* è sottoposta a nuove sfide nell'ecosistema digitale, dato che le piattaforme possono essere in possesso di quantità di dati che forniscono maggiori informazioni su un individuo rispetto a quelle che lo stesso individuo potrebbe avere⁴⁹.

Accanto alla *privacy* come riservatezza sta però il diritto alla protezione dei dati personali. Qui la situazione appare ancora più complessa, dal momento che tale diritto implica ontologicamente un contemperamento tra esigenze di protezione ed esigenze di circolazione dei dati⁵⁰. Il nodo da sciogliere in questo frangente diviene quello di preservare l'autodeterminazione informativa⁵¹ delle persone fisiche a fronte di di-

in T.C. COOLEY, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrong which Arise Independent of Contract*, Chicago, 1888, 29.

⁴⁹ Tanto che taluno ha prospettato, a questo riguardo, la configurabilità di un *right to be let alone by oneself*, dunque una posizione per garantire di rimanere all'oscuro rispetto a informazioni aggiuntive su di sé. In tema, cfr. B. VAN DER SLOOT, *The right to be let alone by oneself: narrative and identity in a data-driven environment*, in *Law, Innovation and Technology*, 13, 1, 2021, 223 ss.

⁵⁰ Sul punto sia consentito rinviare a S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato*, Napoli, 2023.

⁵¹ Il riferimento è obbligato a S. RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. dir.*, 1975, 547 (successivamente anche, per esempio, in ID., *Tecnologia dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico*, in *Pol. dir.*, 1982, 25 ss.). Si consideri che il progresso della transizione digitale, specie tramite l'utilizzo di Intelligenza Artificiale, rischia di pregiudicare tale autodeterminazione, nella misura in cui l'individuo si trova soggetto a meccanismi di manipolazione che operano a livello inconscio. In tema cfr. in part. T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Intelligenza artificiale, emozioni e autonomia contrattuale*, in questo volume; M. D'ANGELOSANTE, *I.A., diritto e (neuro-)diritti*, in *Diario di diritto pubblico*, 16 febbraio 2024; M. IMBRENDA, *Nuove tecnologie e dinamiche regolatorie dell'autonomia privata*, in M. IMBRENDA, S. PIETROPAOLI, G. DALIA, R.M. AGOSTINO (a cura di), *Frontiere digitali del diritto. Esperienze giuridiche a confronto su libertà e solidarietà*, Torino, 2021, 105 ss. Peraltro, spesso è proprio il cittadino a non sfruttare le possibilità che avrebbe sul piano dell'autodeterminazione informativa. In tema, per tutti, cfr. G. LEMME, *Anima e diritto: la privacy*, in ID., *La transizione giuridica. La crisi del diritto di fronte alla sfida tecnologica*, Torino, 2023, 32.

namiche circolatorie dei dati. Si pensi alle esigenze di circolazione sottese all'interoperabilità, la quale richiede di interrogarsi, sul fronte della protezione, con riguardo al perimetro della liceità del trattamento di dati personali operato dai soggetti pubblici⁵². Ancora, si pensi al delicato equilibrio tra protezione e circolazione nell'attività di predisposizione di misure tecniche e organizzative in un'ottica di *privacy by design* e *by default*⁵³.

È sempre più evidente, tuttavia, che si diffondono posizioni di sostanziale pretesa alla fruizione di prestazioni digitali, ossia situazioni in cui è il privato stesso che vorrebbe che i suoi dati fossero trattati per trarne un beneficio⁵⁴. Ciò comporta che spesso si può instaurare una dinamica conflittuale tra il diritto alla protezione dei dati personali (nella sua accezione protettiva) e altri diritti fondamentali. Il vasto campo della sanità digitale è un esempio assai significativo del contrasto che può sorgere tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto alla salute⁵⁵, richiedendo una regolamentazione che sia tempestiva e bilan-

⁵² In questo senso, particolarmente interessanti sono le considerazioni svolte in S. RACIOPPI, *L'interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive*, in questo volume.

⁵³ Sulla portata dei principi di *privacy by design* e *by default* si v. in part. G. BINCOLLETO, *La privacy by design. Un'analisi comparata nell'era digitale*, Roma, 2019; S. CALZOLAIO, *Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. UE 2016/679*, in *Federalismi.it*, 24, 2017, 2 ss.; F. GIOVANELLA, *Le persone e le cose: la tutela dei dati personali nell'ambito dell'Internet of things*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1236 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto Impr.*, 1, 2018, spec. 122 ss.; A. PRINCIPATO, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contr. impr. Eur.*, 1, 2015, 199 ss.

⁵⁴ Sul punto cfr. G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, 1994, spec. 76 ss.; più recentemente, v. M. BOMBARDELLI, voce *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir. I tematici. III*, cit., 352. È significativa, inoltre, la riflessione di chi ha identificato la rilevanza del diritto a trattare dati personali altrui. In questo senso si v. F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, *passim*.

⁵⁵ Sulle peculiarità del bilanciamento tra diritto alla salute (anche collettiva) e diritto alla protezione dei dati personali cfr., *ex multis*, C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di*

ciata, specie rispetto a soluzioni tecnologiche innovative, come quelle legate alle terapie digitali⁵⁶.

Non meno denso di implicazioni è il dibattito attorno al diritto all'identità digitale. È evidente che tale diritto può trovare un significativo ostacolo nel *digital divide* specie se si guarda al rapporto tra amministrazione e cittadino⁵⁷, ma v'è di più.

Ontologicamente, la rete determina una frammentazione e ricomposizione delle rappresentazioni digitali di una persona secondo modalità non sempre veritiere o, comunque, compatibili con l'identità che la persona vuole rappresentare⁵⁸. Dinanzi a questi frammenti, a queste plurime identità, torna, ancora una volta, una duplice prospettiva, tesa a combinare esigenze di protezione e circolazione delle informazioni⁵⁹. Ciò emerge chiaramente se si guarda al diritto all'oblio e al diritto degli eredi in caso di successione digitale.

contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 801 ss.; F. COVINO, *Uso della tecnologia e protezione dei dati personali sulla salute tra pandemia e normalità*, in *Federalismi.it*, 5, 2021, 42 ss.; A. PIETROLETTI, A. NICOTRA, *Tutela della salute, sistemi digitali e privacy*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 289. Bisogna in ogni caso ricordare che la realizzazione del diritto alla salute, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, passa attraverso la protezione dei dati e, in particolare, attraverso la sicurezza dei dati coinvolti nelle prestazioni erogate. In questo senso cfr. P. LOMBARDI, *Sicurezza dei dati in ambito sanitario ed evoluzione tecnologica tra passato, presente e futuro*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, 76.

⁵⁶ In tema cfr. F. SCIALOIA, *L'orizzonte ancora inesplorato delle terapie digitali: esperienze giuridiche a confronto*, in questo volume.

⁵⁷ Sul punto cfr. per tutti A. BENEDETTI, *I privati di fronte all'amministrazione nella prospettiva del digital only*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 412-413.

⁵⁸ Cfr. S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta OnLine*, 2, 2021, 497.

⁵⁹ Si tratta di una dialettica che, d'altronde, è sottesa ai *digital rights* come ricorda F. BRAVO, *I principi in materia di protezione dei dati personali. Dalla "riscrittura" delle tavole dei valori alla "rilettura" nel diritto vivente, nel solco delle rules of construction*, in ID. (a cura di), *Dati personali. Protezione, circolazione e governance. 1. Principi*, Pisa, 2023, 14-15.

Il diritto all'oblio, originariamente inteso quale «reviviscenza del vecchio diritto a essere lasciati soli»⁶⁰, ha assunto progressivamente la struttura di strumento di tutela⁶¹ relativo all'esercizio di controllo sui propri dati – specie rispetto alla contestualizzazione dei dati che sono pubblicati nella rete⁶² – secondo un'accezione positiva della libertà informatica⁶³.

Altro caso emblematico è quello dell'eredità digitale, nella misura in cui mette in campo il destino dell'identità digitale del *de cuius*⁶⁴. Sussistono indubbiamente delle pretese degli eredi in caso di eredità digitale, specie per quanto concerne beni digitali a contenuto patrimoniale, ma tali possono riguardare anche dati personali. In quest'ultimo caso, specie se i dati appartengono a categorie particolari, è difficile individuare, in assenza di regole precise, i limiti entro cui è possibile garantire agli eredi di accedere all'identità digitale del *de cuius*.

Questa incertezza può rivelarsi particolarmente problematica per i singoli privati, giacché a fronte di poteri pubblici e privati, possono trovarsi sguarniti non solo di strumenti di tutela, ma anche di un orizzonte

⁶⁰ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 3, 2020, 474.

⁶¹ Sul diritto all'oblio come strumento per la tutela di un diritto alla personalità (diritto alla riservatezza, diritto all'identità personale, diritto alla protezione dei dati personali) cfr. G. FINOCCHIARO, sub *Art. 17 GDPR*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 335.

⁶² Sul punto assai rilevante un vero e proprio *leading case* è stato rappresentato dalla nota sentenza Cass., sez. III - civ., 5 aprile 2012, n. 5525.

⁶³ In tale prospettiva cfr. in part. T.E. FROSINI, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, 2. Mettono comunque in luce l'accezione ablatoria del diritto all'oblio G. BEVIVINO, *Il diritto all'oblio nell'epoca "digitale": ruolo della giurisprudenza ed esigenze di regolamentazione*, in *Giustizia civile*, 1, 2022, 224; M. FARINA, *Il diritto all'oblio nella governance dell'identificazione*, in *Federalismi.it*, 18, 2020, 104 ss.

⁶⁴ In tema cfr. C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 1, 2018, 65 ss.; S. NARDI, *"Successione digitale" e successione nel patrimonio digitale*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2020, 955 ss.; R. ALFONSI, *Identità digitale post mortem: quale sorte per i diritti "digitali" del defunto?*, in questo volume.

di riferimento entro cui collocare la tutela delle proprie pretese di protezione o di fruizione di dati.

5. *Spunti conclusivi*

Come è emerso nel corso della trattazione, il processo di transizione digitale determina plurimi mutamenti rispetto ai differenti poli del rapporto tra individuo e poteri.

Sul fronte dei poteri si assiste a mutamenti nei ruoli dei soggetti pubblici. Si tratta di mutamenti necessitati dal fattore tecnologico, ma anche da scelte sul piano regolativo, che spingono i soggetti pubblici ad assumere funzioni nuove, *lato sensu* promozionali e di controllo sul mercato digitale, ma anche a ridisegnare nuove forme di coordinamento sull'esercizio delle funzioni di cui sono già attributarie. Al tempo stesso, accanto alle autorità pubbliche si diffondono autorità private che assumono un ruolo duplice: per un verso, supportano le autorità pubbliche; per altro verso, mutuano, in parte, i poteri di queste ultime.

Sul fronte dell'individuo, lo spazio di posizioni giuridiche soggettive a contenuto negativo risulta maggiormente ridimensionato, a fronte del diffondersi di posizioni relative a una circolazione regolamentata e, in questo senso, "protetta" dei dati.

Nell'assetto che si va progressivamente tratteggiando è sempre più chiaro che il rapporto tra individuo e potere, se inteso in una accezione essenzialmente binaria, ha una portata euristica tutto sommato limitata.

In questo senso, la transizione digitale non fa che dare nuova linfa alla multipolarità⁶⁵ dei rapporti tra poteri e individui, dando forma a una

⁶⁵ Come rilevato in S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss., spec. 649-650 (più recentemente, si v. anche ID., *Mezzo secolo di trasformazioni nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Volume I - Studi introduttivi*, Bologna, 2018, 7), la logica bipolare del rapporto tra amministrati e amministrazione fa spazio a rapporti multipolari che superano anche la dialettica oppositiva pubblico-privato. Sul concetto di multipolarità all'interno del diritto amministrativo cfr. altresì G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I,

sostanziale multipolarità digitale, in quanto collocata entro un ecosistema digitale. Si tratta dunque di un assetto in cui gli individui si trovano a interagire con poteri pubblici e privati che, in modo preponderante rispetto al passato, operano nel mercato digitale. A fronte di questa nuova forma di multipolarità il giurista è tenuto ad abbracciare la complessità delle diverse forme di rapporti e, pertanto, a rifuggire da soluzioni solo apparentemente semplificanti⁶⁶. Emerge così che la transizione digitale non impone solo di operare singole scelte, siano esse relative alla selezione di un determinato fornitore di strumentazione tecnologica o alla disciplina di un nuovo servizio digitale⁶⁷. La transizione digitale, infatti, in un assetto propriamente multipolare, richiede di accettare e preservare la costante e mobile⁶⁸ dialettica tra garanzia e circolazione dei dati che il mercato unico digitale ontologicamente im-

Napoli, 2005, 179 ss.; M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo: verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, 28 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, 74 e ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 10 ss.

⁶⁶ Cfr. anche B. MARCHETTI, *Qualche considerazione di metodo sui rapporti tra intelligenza artificiale, diritto e amministrazione pubblica*, in questo volume, ove si rivolge un invito agli studiosi dell'I.A. a rifuggire la semplificazione "I.A. sì, I.A. no" e adottare un approccio basato sulla più attenta e concreta analisi dei problemi. Si tratta di un approccio che pare del tutto condivisibile ed estendibile anche, più in generale, all'approccio nell'affrontare il tema del rapporto tra individui e poteri digitali.

⁶⁷ Adottando questa prospettiva, peraltro, il rischio sarebbe quello di dimenticare le specificità del sapere giuridico e renderlo un sapere subordinato ad altri "saperi tecnici", come paventato in F. PUPPO, *Sul diritto in transizione*, in questo volume. Peraltro, è stato opportunamente valorizzato come la metodologia del giurista (specie l'uso della comparazione) possa essere d'ausilio anche rispetto alla soluzione di problemi legati alle transizioni: in tema si v. E. IORIATTI, *Diritto comparato e transizioni: una questione (anche) di metodo?*, in questo volume.

⁶⁸ Sulla valorizzazione della dinamica del movimento nell'ambito della transizione si v. in part. A. PORCARI, *Diritto in movimento. Alcuni spunti per lo studio della transizione verde*, in questo volume.

pone, tenendo conto della pluralità di relazioni⁶⁹ che si radicano e sviluppano in tale mercato.

In termini concreti, raggiungere un equilibrio nell'ambito della dialettica tra protezione e circolazione dei dati non è semplice e ciò proprio per la pluralità di relazioni che si pongono tra individui e poteri. Nell'economia delle presenti note introduttive, pare però opportuno evidenziare le possibilità offerte dalle normative più recenti adottate nell'ambito della Strategia europea sui dati e, in particolare, dal DGA.

Questo, infatti, ha introdotto una disciplina relativa ai servizi di intermediazione dei dati, ovvero servizi che ambiscono a istituire

attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali⁷⁰.

In tal guisa, il DGA tenta di ridisegnare gli strumenti attraverso cui si struttura il rapporto tra individui e poteri, enfatizzando il ruolo di enti intermedi che possano fungere da mediatori di tale rapporto⁷¹.

In questa prospettiva, raggiungere l'equilibrio tra protezione e circolazione dei dati resta un obiettivo assai difficile cui tendere, ma le nuo-

⁶⁹ Sul rilievo della relazionalità del diritto per comprendere le transizioni cfr. in part. S. TOMASI, *Diritto in transizione e giustizia intergenerazionale: la retorica del diritto "Fra-noi"*, in questo volume.

⁷⁰ Così l'art. 2, par. 1, n. 11 DGA. Per maggiori approfondimenti in tema di servizi di intermediazione di dati si v. F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. Impr.*, 1, 2021, 199 ss.; D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati – data intermediaries*, in *Eur. Journal of Privacy Law and Technology*, 1, 2022, 46 ss. Con riguardo ai servizi di intermediazione rientranti nel modello delle cooperative di dati cfr. F. BRAVO, *Le cooperative di dati*, in *Contr. Impr.*, 3, 2023, 757 ss.; L. PETRONE, *Il mercato digitale europeo e le cooperative di dati*, in *Contr. Impr.*, 3, 2023, 800 ss.

⁷¹ In tal modo pare recuperabile quello spazio di terzietà che valorizza le relazioni interpersonali, le quali, nella civiltà dei dati, finiscono col coincidere con mere relazioni informazionali come rilevato in B. ROMANO, *Potere e signoria dei dati*, in ID., *Civiltà dei dati libertà giuridica e violenza*, Torino, 2020, spec. 31.

ve forme di intermediazione possono rappresentare una risorsa fondamentale per segnare un nuovo equilibrio nell'ambito della transizione digitale.

IDENTITÀ DIGITALE *POST MORTEM*: QUALE SORTE PER I DIRITTI ‘DIGITALI’ DEL DEFUNTO?

Riccardo Alfonsi

SOMMARIO: 1. *Identità personale e identità digitale*. 2. *Il problema della tutela post mortem dell'identità digitale*. 3. *I diversi approcci al problema*. 4. *La soluzione italiana*. 5. *Quale strada percorrere...*

1. Identità personale e identità digitale

La locuzione ‘identità personale’ è dotata di una molteplicità di valenze semantiche. In particolare, secondo una prima e più risalente accezione, per identità digitale si intende il complesso delle risultanze anagrafiche che servono a identificare il soggetto nei suoi rapporti con i poteri pubblici¹. Secondo un diverso significato, per identità personale si deve invece intendere la «sintesi ideale della [...] biografia» di un individuo²; ed è proprio in questo secondo senso che comunemente si discorre di ‘diritto all’identità personale’, il quale – riconducibile all’ambito dei diritti inviolabili dell’uomo, riconosciuti e garantiti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione repubblicana³ – è stato definito, da autorevole dottrina, come

¹ G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 3, 2007, 511; M. NASTRI, *Identità digitale e identità personale: un percorso di sintesi*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 7.

² G. PINO, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, 43; G. RESTA, *op. cit.*, 511.

³ In questo senso v. Cass., 7 febbraio 1996, n. 978 (in precedenza, già: Cass., 22 giugno 1985, n. 3769 nel famoso «caso Veronesi» e C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13), ove si afferma che è possibile «individuare con maggiore risolutezza il [...] fondamento giuridico [del diritto all’identità personale], ancorandolo direttamente all’art. 2 Cost. inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione suscettibile, per ciò appunto, di

l'interesse di ogni persona a non vedere travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, religioso, professionale, a causa dell'attribuzione di idee, opinioni, o comportamenti differenti da quelli che l'interessato ritenga propri e abbia manifestato nella vita di relazione⁴.

Da un lato, dunque, il concetto di identità personale richiama i segni distintivi di ciascun consociato – quali il nome, i tratti somatici, i luoghi in cui egli vive e opera, ecc. – e la loro funzione di individuazione del soggetto nell'ambito della vita sociale; d'altro lato, emerge una dimensione più complessa dell'identità personale – e cioè l'idea per cui essa si sviluppa ininterrottamente nell'ambito delle relazioni sociali e pertanto si evolve e muta, assumendo nel tempo nuove caratteristiche e perdendone altre⁵. In quest'ultimo senso, l'identità personale non è concepita come un dato preesistente – e cioè come la proiezione sociale di un patrimonio individuale già delineato –, bensì come un processo dinamico in continuo aggiornamento che l'ordinamento tutela garan-

apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del "pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3 cpv». Di diverso avviso è, tuttavia, parte della dottrina, secondo la quale sarebbe invece preferibile ricondurre la copertura costituzionale del diritto all'identità personale al principio della libertà di manifestazione del pensiero garantito dall'art. 21 della Costituzione, posto che «l'attribuzione a un soggetto di opinioni mai professate viola il suo diritto appunto a non manifestare certe idee e opinioni, e a vedersi riconosciuta la paternità solo delle proprie idee e opinioni» (così G. PINO, *L'identità personale*, in AA.Vv., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. II, Torino, 2005, 371).

⁴ G. PINO, *L'identità personale*, cit., 368. L'Autore, in particolare, illustra come il diritto all'identità personale sia «il frutto di una vivace attività giurisprudenziale iniziata alla metà degli anni '70 del secolo scorso» e culminata nel così detto caso Veronesi del 1985, la quale ha, infine, trovato esplicito riconoscimento legislativo all'art. 1, comma 1 della l. 31 dicembre 1996, n. 675 ('Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali'), secondo il quale «[l]a presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale».

⁵ G. RESTA, *op. cit.*, 518; M. NASTRI, *Identità digitale e identità*, cit., 9.

tendone una rappresentazione veritiera, con particolare riguardo ai profili ideologici, morali e religiosi di ciascun consociato⁶.

Il sopravanzare della transizione digitale⁷ ha portato la dottrina a elaborare, nell’ambito degli studi sull’identità personale – intesa quale entità dinamica, fluida e soggetta a un costante cambiamento⁸ –, il concetto di ‘identità digitale’⁹. Pur non trovando una precisa definizione normativa¹⁰, tale nozione è stata sviluppata mano a mano che il così detto *web 2.0* ha consentito agli utenti una sempre maggiore interazione in rete (per esempio, mediante i *social network*)¹¹, conferendo indubbio rilievo alla manifestazione *online* dell’identità degli utenti della rete.

La nozione di identità digitale, in particolare, può essere intesa secondo due distinte accezioni: da un lato, quale sinonimo di identità personale *online*; d’altro lato, quale insieme delle informazioni e delle risorse – solitamente protette da un sistema di autenticazione costituito da *password* o altre chiavi di accesso – concesse da un sistema informatico a un particolare utilizzatore di tale sistema¹².

L’identità digitale è quindi la rappresentazione in rete della identità di una persona fisica, la quale viene descritta e identificata mediante una

⁶ G. RESTA, *op. cit.*, 518; M.F. COCUCCHIO, *Il diritto all’identità personale e l’identità “digitale”*, in *Dir. fam.*, 2, 2016, 958.

⁷ Intendendosi, con tale locuzione, il fenomeno di progressivo avanzamento del ruolo della tecnologia digitale «nella composizione e nel governo delle dinamiche economico-sociali, oltre che giuridiche» (così A. SPATUZZI, *Algoritmi e automazione: la notte del contratto*, in *Notariato*, 4, 2023, 406).

⁸ G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e Imp.*, 3, 2017, 725.

⁹ M. NASTRI, *op. cit.*, 9.

¹⁰ A dire il vero, una definizione di identità digitale, seppur imprecisa e incompleta (in senso critico, v. M. NASTRI, *op. cit.*, 4), è racchiusa all’art. 1, comma 1-*quater* del Codice dell’amministrazione digitale, recentemente novellato con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179. Essa, in particolare, è definita dal Legislatore come «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l’insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale».

¹¹ Per un approfondimento sul ruolo dei *social network* nella dimensione relazionale della rete, v. F. TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, in *Juscivile*, 4, 2019, 313 ss.

¹² G. RESTA, *op. cit.*, 513; M.F. COCUCCHIO, *op. cit.*, 964; M. NASTRI, *op. cit.*, 10.

serie di elementi informativi – i così detti dati personali – che l'utente dissemina nella rete e, talvolta, pure nei dispositivi informatici *offline*¹³. Ecco, perciò, che l'identità digitale si presenta solitamente frammentata e composta principalmente da dati e informazioni racchiusi in una molteplicità di luoghi virtuali¹⁴.

2. Il problema della tutela post mortem dell'identità digitale

Il fenomeno della permanente diffusione in rete e su supporti informatici *offline* di dati personali – sia nel momento in cui le persone compiono atti giuridici negoziali *online*, attraverso le piattaforme del così detto *e-commerce*, sia nel momento in cui l'utente del *web* esprime la propria personalità mediante l'utilizzo di piattaforme di *social networking* – appare in costante crescita¹⁵. I dati messi in circolazione, in ragione delle loro peculiari caratteristiche (tra le quali, l'ubiquità, la perennità, l'appropriabilità e la manipolabilità da parte di terzi), sono idonei – una volta usciti dal controllo del soggetto cui si riferiscono – a essere appresi, conservati e archiviati da terzi (in particolare, dagli *internet service providers*) e, per questa via, sono destinati a durare «per sempre» e «ovunque»¹⁶.

Si comprende, allora, perché l'identità digitale necessiti di una tutela e una regolamentazione non solo nel corso della vita dell'interessato (e

¹³ S. RODOTÀ, *Discorso di presentazione della relazione annuale del Garante al Parlamento dell'anno 2003*, consultabile in www.garanteprivacy.it, il quale parla di «corpo elettronico».

¹⁴ M.F. COCUCCHIO, *op. cit.*, 964 ss.; M. TAMPIERI, *Il patrimonio digitale oltre la vita: quale destino?*, in *Contr. e Imp.*, 2, 2021, 552.

¹⁵ C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 1, 2018, 67.

¹⁶ C. CAMARDI, *op. cit.*, 70; v. altresì G. RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. inf.*, 6, 2014, 894. Alcuni Autori hanno parlato, in proposito, di «immortalità digitale» (v. D. SISTO, *Morte e immortalità digitale: la vita dei dati online e l'interazione postuma*, in *Funes. Journal of narratives and social sciences*, 2, 2018, 111 ss.; A. VIGORITO, *La 'persistenza' postmortale dei diritti sui dati personali: il caso Apple*, in *Dir. inf.*, 1, 2021, 27 ss.).

cioè della persona fisica a cui devono essere ricondotti i dati)¹⁷, ma anche per il momento in cui questa verrà a cessare¹⁸. A tal proposito, da tempo, la dottrina discorre di ‘eredità digitale’, espressione con la quale si tende appunto a descrivere il fenomeno della successione nelle attività e nelle posizioni connesse alla identità digitale del *de cuius*, con particolare riguardo ai rapporti giuridici che lega(va)no gli utenti del *web* deceduti agli *internet service providers*¹⁹.

Il tema dell’eredità digitale interessa i giuristi non solo in virtù della sua crescente rilevanza pratica²⁰, ma anche in ragione di alcuni profili

¹⁷ Secondo l’art. 4(1) GDPR, è «dato personale [...] qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)», fermo restando che «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».

¹⁸ I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell’account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, in *Contratti*, 5, 2020, 583; V. PUTORTÌ, *Patrimonio digitale e successione mortis causa*, in *Giust. civ.*, 1, 2021, 163.

¹⁹ C. CAMARDI, *op. cit.*, 73. Per descrivere questo fenomeno, altri Autori hanno invece parlato di «successione nel patrimonio digitale» (*ex multis*: M. CINQUE, *La successione nel «patrimonio digitale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2012, 645 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2020, 460 ss.).

²⁰ Il primo caso in cui la giurisprudenza si è posta il problema della trasmissione *mortis causa* del patrimonio digitale di un soggetto ha riguardato un giovane *marine* di nome Justin Ellsworth, deceduto in Iraq nel 2004. In specie, i genitori del soldato statunitense avevano richiesto al *provider* di posta elettronica del figlio di avere accesso all’*account* di quest’ultimo, in qualità di suoi eredi, al fine di recuperare le *e-mail* inviate e ricevute durante la sua permanenza al fronte. In seguito al diniego opposto dal *provider*, sulla base di alcune previsioni racchiuse nelle condizioni generali di contratto e accettate dal *de cuius* (in particolare, la clausola di *no right of survivorship and no transferability* – in forza della quale l’*account* non poteva essere trasferito al momento del decesso dell’utente e il servizio sarebbe cessato – e l’ulteriore clausola che impediva al *provider* di fornire a terzi le informazioni e i dati racchiusi nell’*account*, salva l’eventualità di un ordine del giudice), i genitori adivano la *Probate Court* di Oakland County, che accoglieva la loro richiesta di ottenere copia delle *e-mail* del figlio su supporto

del tutto peculiari, che differenziano il discorso da quello sulla ‘eredità tradizionale’.

Innanzitutto, una chiara definizione della successione nell’identità digitale si presenta faccenda assai complessa a causa della eterogeneità degli *asset* coinvolti²¹: i beni digitali interessati possono, infatti, avere carattere e valore patrimoniale (si pensi, per esempio, ai *software* scritti da un programmatore, alle fotografie scattate da un professionista), ma anche natura non patrimoniale e strettamente personale (quali, per esempio, e-mail, fotografie di famiglia, scritti intimi o personali). Mentre, con riguardo ai primi, non v’è dubbio che sussista il potere di di-

informatico, ma negava il trasferimento agli eredi della *password* per l’accesso all’*account*, in virtù della clausola di *no transferability* prevista dalle condizioni generali di contratto che regolavano il servizio.

A questo episodio ha fatto seguito quello relativo alla tragica morte della modella Sahara Daftary nel 2012. In tale vicenda, per chiarire le circostanze del suo decesso, i genitori della modella chiedevano di avere accesso all’*account Facebook* della figlia e, di fronte al rifiuto opposto dal noto *social network*, facevano ricorso alla *Northern District Court of California*, che tuttavia rigettava la loro richiesta sostenendo che «the case law confirms that civil subpoenas may not compel production of records from providers like Facebook».

Casi come quelli appena illustrati sembrano destinati a diffondersi, posto che – secondo alcune stime (v. F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2014, 2) – ogni minuto muoiono, in media, tre utenti *Facebook* ed entro la fine del secolo il noto *social network* sarà costituito più da account «commemorativi» che da profili di persone viventi (v. I. SASSO, *Privacy post mortem e “successione digitale”*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale, riservatezza e protezione dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 559; v. altresì I. MASPEL, *Morte “digitale” e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, in *Giur. it.*, 2021, 1602).

Del resto, pure la giurisprudenza del Vecchio Continente ha cominciato a confrontarsi con queste tematiche: si pensi alla sentenza del *Bundesgerichtshof* tedesco del 12 luglio 2018 (v. *infra*, § 3) e alle decisioni dei Tribunali di Milano, Roma e Bologna (v. *infra*, § 4).

²¹ A. VIGNOTTO, *La successione digitale alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali italiane*, in *Fam. e dir.*, 7, 2022, 715. Un’ampia rassegna delle tipologie di beni coinvolti nella vicenda successoria ‘digitale’ è racchiusa nelle pagine di C. CAMARDI, *op. cit.*, 75 ss.

sporne in sede testamentaria²², per i secondi, invece, il tradizionale orientamento volto a escludere che le disposizioni di carattere non patrimoniale possano considerarsi trasmissibili *mortis causa*²³, lascia ampio spazio agli atti di ultima volontà diversi dal testamento²⁴.

²² Invero, secondo la dottrina tradizionale sarebbero trasmissibili *mortis causa* solamente i diritti riconducibili alla sfera patrimoniale del *de cuius*, mentre quelli relativi alla sfera patrimoniale si estinguerebbero con la sua morte (v., tra i molti: M. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2012, 29; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, IV, Padova, 2012, 15; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2019, 561 ss.). Tuttavia, altra parte della dottrina osserva correttamente come l’ordinamento giuridico conosca diverse ipotesi in cui situazioni giuridiche soggettive aventi natura non patrimoniale siano trasmissibili *mortis causa*: si pensi, per esempio, al diritto al nome di cui all’art. 7 cod. civ., la cui tutela può essere azionata – ai sensi del successivo art. 8 – «da chi abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di essere protette» ovvero al così detto ‘diritto morale d’autore’, il quale – ai sensi dell’art. 12, comma 1 l. n. 633 del 1941 – consente di rivendicare la paternità dell’opera e di opporsi alla modificazione della stessa, a seguito della morte del relativo autore, «senza limiti di tempo, [anche al] coniuge e [ai] figli, [ai] genitori e [agli] altri ascendenti e [ai] discendenti diretti» o, in mancanza, ai suoi fratelli e sorelle e ai loro discendenti (v., tra i molti: A. SPANGARO, *La tutela postmortale dei dati personali del defunto*, in *Contr. e Imp.*, 2, 2021, 577 ss.).

²³ Peraltro, in tempi recenti si è sostenuto che rispetto ad alcune situazioni giuridiche soggettive da ricondursi nel novero dei diritti della personalità si svolgerebbe una effettiva vicenda ereditaria. In particolare, si avrebbe una vera e propria successione con riguardo al diritto al nome del professionista, al diritto relativo alla ditta, al diritto all’immagine e – in particolar modo – al diritto alla tutela dei dati personali, posto che potrebbero essere oggetto di disposizioni testamentarie da parte del loro titolare (M. PROTO, *Il diritto e l’immagine*, Milano, 2012, 247 ss.; in senso conforme, tra i molti: G. ARCELLA, *La tutela della personalità del defunto e la protezione post mortem dei dati personali*, in *Notariato*, 6, 2021, 608 ss.).

²⁴ V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2017, 329 ss. L’Autore, in particolare, sottolinea come la diversità degli asset coinvolti nell’eredità digitale possa consentire una ‘modernizzazione’ del diritto successorio attraverso il conferimento di un maggiore rilievo all’autonomia privata: è questa la scelta compiuta dai principali *social network*, tra cui *Facebook* (sul quale v. *infra*, § 3).

Peraltro, è assai discutibile che i dati personali non possano considerarsi quali *asset* aventi natura patrimoniale. Il tema è stato recentemente indagato da C. IRTI, *Consenso*

In secondo luogo, occorre porsi il problema della disciplina applicabile ai dati immessi in rete dal *de cuius*: nella maggior parte dei casi, essa è infatti determinata unilateralmente dagli *internet service providers* e spesso non corrisponde a quella del Paese ove risiede l'utente²⁵.

A ciò si aggiunga che, sia in Italia che negli altri ordinamenti, l'attuale disciplina del diritto successorio è nata in un momento storico (spesso, di molto) antecedente la rivoluzione digitale ed è pensata e strutturata in relazione a beni affatto diversi da quelli digitali²⁶.

Non è raro, dunque, che si concretizzi il rischio che beni del patrimonio digitale di un soggetto – memorizzati *online* o in *hard disk* e protetti da *password* – siano di fatto inaccessibili (o, addirittura, ignoti) agli eredi, nonostante la volontà del loro titolare fosse quella di lasciarli ‘in eredità’ a uno o più di loro; del pari, sovente accade che gli *asset* che costituiscono l'identità digitale del *de cuius* vengano diffusi dopo la sua morte, quando la volontà del loro titolare sarebbe stata, invece, quella di mantenerne la segretezza²⁷.

In via generale, poi, la sopravvivenza dell'identità digitale alla morte fisica della persona genera il bisogno di attualizzare e contestualizzare – a distanza di tempo dal decesso – i dati personali sopravvissuti nel

“negoziato” e circolazione dei dati personali, Torino, 2021, 61 ss.; E. BATTELLI, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a “prezzo zero” non sono “gratuiti”*, in *Contratti*, 3, 2022, 355 ss.; P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054 ss.; A. MORACE PINELLI, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2022, 1322 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 87 ss.

²⁵ I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, cit., 584.; ID., *Morte “digitale” e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, cit., 1601.

²⁶ C. CAMARDI, *op. cit.*, 65; G. MARINO, *La “successione digitale”*, in *Osser. dir. civ. e comm.*, 2018, 169; I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli internet services providers*, cit., 584.

²⁷ A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 5, 2014, 523; M. TAMPIERI, *op. cit.*, 552.

web, i quali, in molte occasioni, riguardano o contengono informazioni obsolete relative al *de cuius*²⁸.

Per questi e altri motivi, allora, non è facile rispondere al quesito attorno al quale muove il presente contributo – e cioè quale destino spetti alla identità digitale *post mortem*²⁹.

3. I diversi approcci al problema

Gli ordinamenti hanno offerto risposte assai diverse al predetto interrogativo, ispirandosi tuttavia ad alcuni archetipi comuni, le cui caratteristiche essenziali sono state spesso combinate tra loro da legislatore, dottrina e giurisprudenza.

Secondo un primo modello (definito ‘successorio’), ai beni appartenenti al patrimonio digitale della persona debbono reputarsi applicabili – in quanto compatibili – i principi dettati dall’ordinamento in tema di successioni *mortis causa*³⁰. Esempio emblematico di tale approccio è offerto dall’ordinamento tedesco.

Si prenda, per esempio, la decisione resa il 12 luglio 2018 dal *Bundesgerichtshof*³¹, in cui la Suprema Corte tedesca ha garantito a due genitori il diritto di accedere – nella loro qualità di eredi – all’*account Facebook* della figlia tragicamente scomparsa. In particolare, il *BGH* ha fondato la propria decisione sull’assunto che l’*account* di un *social network*, al pari di tutte le altre posizioni contrattuali del *de cuius*, è suscettibile di devoluzione e acquisto *mortis causa* e che inoltre, nella fattispecie in esame, nessuna volontà contraria alla possibilità

²⁸ M. TAMPIERI, *op. cit.*, 553.

²⁹ N.M. BANTA, *Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death*, in *Fordham L. Rev.*, vol. 83, 2014, 799, si domanda: «We live on the internet, but what happens when we die there?».

³⁰ G. RESTA, *La “morte” digitale*, cit., 899 ss.; ID., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e Imp.*, 1, 2019, 89 ss.

³¹ Cass. civ. tedesca (*Bundesgerichtshof*), 12 luglio 2018, n. 183/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, 691 ss. (nota di Mattera).

di devolvere *mortis causa* questo *asset* digitale era stata espressa dai contraenti – e cioè dalla piattaforma *Facebook* e dall'utente³².

Un approccio diverso è, invece, stato assunto dagli ordinamenti di *common law* e, in particolare, da quello statunitense, ove vige il principio per cui *actio personalis moritur cum persona*³³. Secondo questo approccio, di stampo 'personalistico'³⁴, le azioni a tutela della identità personale (ivi inclusa quella digitale) si estinguono con la morte del

³² G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 93; R. MATTERA, *La successione nell'account digitale. Il caso tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, 703 ss.; V. CONFORTINI, *L'eredità digitale (appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2021, 1187 ss. Va peraltro evidenziato come il *BGH*, nella propria decisione, abbia analizzato la compatibilità dei principi vigenti in ambito successorio – ritenuti applicabili al caso di specie – con la disciplina vigente in materia di protezione dei dati personali. In particolare, il *Bundesgerichtshof* tedesco ha affermato che la divulgazione delle comunicazioni personali conservate nell'*account Facebook* del *de cuius* non si pone in contrasto né con l'art. 88, § 3 della legge tedesca sulle telecomunicazioni (il quale vieta al fornitore di servizi di telecomunicazione di rivelare il contenuto delle comunicazioni a terzi; divieto che non può tuttavia essere opposto agli eredi) né tantomeno con il GDPR. Con riguardo a quest'ultimo profilo, anzi, il *BGH* ha osservato che, anzitutto, l'art. 6(1)(b) GDPR ammette il trattamento dei dati qualora questo sia necessario all'esecuzione di un rapporto contrattuale di cui sia parte l'interessato: assumendo che il contratto stipulato dal *de cuius* con *Facebook* sia stato validamente trasmesso agli eredi, può agevolmente concludersi che l'accesso alle informazioni contenute nell'*account* sia lecito, in quanto strumentale all'effettivo trasferimento della posizione contrattuale e all'esecuzione delle obbligazioni gravanti sulla piattaforma. In secondo luogo, la Suprema Corte tedesca ha osservato che l'art. 6(1)(f) GDPR autorizza il trattamento dei dati personali necessario al «perseguimento del legittimo interesse» del titolare o di terzi: atteso che gli eredi intendevano accedere all'*account* al fine di apprendere elementi utili per accertare la sussistenza di un proposito di suicidio della figlia, la comunicazione delle informazioni deve ritenersi legittima.

³³ Il § 652I del *Restatement of Torts 2nd (1977)* recita chiaramente: «except for the appropriation of one's name or likeness, an action for invasion of privacy can be maintained only by a living individual whose privacy is invaded». Per una introduzione storica, v. F. POLLOCK, *Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, Londra, 1951, 52 ss.; F.F. CAMERON, *Defamation Survivability and the Demise of the Antiquated 'Actio Personalis' Doctrine*, in *85 Colum. L. Rev.*, 1985, 1833 ss.

³⁴ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 94.

soggetto e gli eredi sono sprovvisti di rimedi (inibitori e risarcitori) al fine di garantire la protezione postuma degli interessi strettamente personali del defunto³⁵. Giocoforza, nelle ipotesi di lesione dell’identità digitale, i familiari risultano in questi casi privi di strumenti di tutela esperibili *erga omnes*³⁶; ciò implica che, in relazione a tali vicende, le regole contrattuali che disciplinano le prestazioni dei servizi in rete assumono un rilievo, da un punto di vista operativo, assai cruciale³⁷.

Sempre nell’ambito degli ordinamenti che adottano un approccio personalistico, risulta diametralmente opposto il punto di partenza di alcuni sistemi giuridici europei, tra cui la Francia, i quali muovono dall’idea di una ‘persistenza’ di interessi giuridicamente tutelabili in capo ai prossimi congiunti del *de cuius*³⁸. In particolare, nel 2016, il legislatore francese ha introdotto una dettagliata disciplina dell’eredità digitale, racchiusa all’art. 40-1 della legge *Informatique et libertés* del 1978. Essa prevede che ciascun individuo possa stabilire ‘direttive generali o speciali’ concernenti il trattamento dei propri dati personali *post mortem*³⁹. Le così dette direttive generali riguardano l’insieme dei dati personali relativi al soggetto e possono essere depositate presso una *trusted third party* certificata presso la *Commission nationale de l’informatique et des libertés* (o *CNIL*) ed essere rese conoscibili ai terzi attraverso un apposito registro. Le direttive particolari, invece, concernono solamente alcune tipologie di dati e sono depositate presso il relativo titolare del trattamento⁴⁰; esse sono efficaci solamente se espresse

³⁵ Sull’importanza dei ‘rimedi’ anche nella prospettiva europea, v. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2005, 342 ss.

³⁶ G. RESTA, *La “morte” digitale*, cit., 900.

³⁷ L. EDWARDS, E. HARBINJA, *Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, in 32 *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, 2013, 95 ss.

³⁸ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 95.

³⁹ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 98.

⁴⁰ Secondo l’art. 4(7) GDPR è «titolare del trattamento [...] la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e

attraverso un consenso specifico della persona, non risultando sufficiente la sottoscrizione di condizioni generali di contratto⁴¹. In ogni caso, le direttive formulate dagli utenti sono sempre revocabili. In difetto di direttive gli eredi possono comunque esercitare i diritti dell'interessato – che, dunque, persistono anche dopo la sua morte – al fine di: *i*) dar corso alla vicenda successoria, ottenendo informazioni utili alla ricostruzione del *relictum*; *ii*) regolare gli effetti della morte sui rapporti negoziali con i *social network*, proseguendoli o risolvendoli definitivamente⁴².

Alcuni ordinamenti, infine, lasciano ampio spazio all'autonomia dei così detti *players* del mercato digitale (a tal proposito si parla, infatti, di 'modello dell'autonomia privata')⁴³. Gli *internet service providers* (e, in particolare, i *social network*), sempre più spesso, tendono infatti a sviluppare interfacce che agevolino una scelta consapevole dell'utente in ordine alla destinazione della propria identità digitale per il tempo successivo alla propria morte⁴⁴. Per esempio, le «Condizioni d'uso» di Facebook prevedono che ogni utente possa decidere se eliminare definitivamente il proprio *account* al momento del proprio decesso ovvero renderlo 'commemorativo', designando un così detto 'contatto erede' che sarà incaricato della gestione dell'*account*⁴⁵.

i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri».

⁴¹ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 98.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 104.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ V. § 5.5 delle «Condizioni d'uso» di Facebook, reperibili su <https://www.facebook.com/legal/terms> (ultima consultazione il 1° giugno 2024).

4. *La soluzione italiana*

Nell’ordinamento italiano, lo sguardo del giurista che voglia ricercare la disciplina applicabile alla successione dell’identità digitale deve volgersi, anzitutto, verso l’art. 2-*terdecies* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (così detto “codice privacy”)⁴⁶.

Tale disposizione – rubricata «Diritti riguardanti le persone decedute» – prevede, al primo comma, che i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del GDPR (e cioè, nell’ordine: di accesso, di rettifica, di cancellazione, di ottenere limitazioni al trattamento, di notifica, di portabilità, di opposizione al trattamento e di non essere sottoposti a processi decisionali automatizzati), che si riferiscono ai dati personali di persone decedute, possono essere esercitati «da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell’interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione»⁴⁷. La norma non chiarisce a che titolo i superstiti possano esercitare i diritti appena menzionati, precisando se si tratti di un vero e proprio acquisto *mortis causa* o di una semplice legittimazione *iure proprio*, ma si limita a sancire una loro “persistenza” (*Fortwirkung*) oltre la vita dell’interessato⁴⁸.

⁴⁶ Tale disposizione – inserita dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 – ha sostituito, con alcune modifiche, quella racchiusa al previgente art. 9, comma 3 del codice privacy, ora abrogato.

⁴⁷ Si noti come il Considerando n. 27 del GDPR stabilisca che il regolamento «non si applica ai dati personali delle persone decedute» e che gli «Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute».

⁴⁸ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 99; A. BALTI, *Identità digitale e identità personale: un percorso di sintesi*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 32.

Secondo I. SASSO, *op. cit.*, 569 ss., l’interpretazione preferibile sarebbe nel senso di una legittimazione *iure proprio* in favore dei soggetti indicati dall’art. 2-*terdecies*, in considerazione della natura strettamente personale del diritto alla privacy. Di diverso avviso è, invece, A.A. MOLLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali quale limite alla successione mortis causa nel patrimonio digitale*, in *Juscivile*, 2020, 450, secondo la quale l’art. 2-*terdecies* codice privacy rappresenterebbe «la prima disposizione del

Legittimati a esercitare i diritti di cui agli artt. 15 ss. del GDPR, con riguardo ai dati personali di persone decedute, possono dunque essere tutti coloro che vantano un interesse proprio (per esempio, un erede, un legittimario leso o pretermesso, un legatario, ecc.), o che agiscono a tutela dell'interessato (per esempio, l'esecutore testamentario), o in qualità di mandatario (e cioè quali soggetti che, in forza di un contratto *ad hoc*, hanno ricevuto l'incarico di compiere determinate attività per conto dell'interessato, quali – per esempio – la modificazione ovvero la rimozione dei dati relativi al mandante) o, ancora, chi per ragioni di carattere familiare sia titolare di un interesse meritevole di protezione (per esempio, un parente che ritenga una pubblicazione contenuta su un *social network* lesiva degli interessi del familiare deceduto)⁴⁹.

La regola è, quindi, la persistenza *post mortem* dei summenzionati diritti relativi ai dati personali dell'interessato e, perciò, la sopravvivenza della sua identità digitale.

La disposizione in parola consente, tuttavia, all'interessato di negare l'esercizio *post mortem* dei diritti contemplati dagli artt. 15-22 GDPR, mediante «dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata» (art. 2-*terdecies*, comma 2, codice privacy): tale volontà del *de cuius*, per essere efficace, deve tuttavia «risultare in

nostro ordinamento che apre la strada a una possibile tutela del fenomeno successorio dei nuovi beni digitali».

La tesi dell'acquisto *iure proprio* è avversata anche da chi vi intravede un espediente teso ad aggirare l'applicazione del diritto delle successioni, il quale ben potrebbe venire in rilievo anche per le questioni in esame se solo si superasse il così detto 'dogma della patrimonialità', posto che quest'ultimo costituisce solamente «il retaggio di un'epoca in cui i tentativi di affermare la possibilità di una continuazione della persona del defunto venivano poggiati sulla base soltanto di fondamenti puramente ideologici, quando non addirittura religiosi, e difettavano di un ancoraggio giuridico» (A. ZACCARIA, *La successione mortis causa nei diritti di disporre di dati personali digitalizzati*, in *Studium Iuris*, 2020, 1369).

⁴⁹ G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 99; E.M. TRIPODI, *Le informative privacy dei siti web*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, 500; A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem dei dati personali?*, in *Corr. giur.*, 5, 2021, 666.

modo equivoco e deve essere specifica, libera e informata» (art. 2-terdecies, comma 3, codice privacy)⁵⁰. È chiaro come sia a tal fine insufficiente l'accettazione, da parte dell'interessato, delle clausole di *no transferability* racchiuse nelle condizioni generali di contratto che regolano i servizi della società dell'informazione⁵¹, che avviene quasi sempre mediante un semplice – e superficiale – *click*. Non potrebbe, infatti, considerarsi ‘libera’ una scelta compiuta in mancanza di reali alternative, come accade agli utenti di un servizio *online*, i quali si trovano costretti ad accettare supinamente le condizioni d'uso del servizio a meno che non vogliano trovarsi nell'impossibilità di fruirne⁵². Inoltre, secondo parte della dottrina⁵³, tali clausole limitative della trasmissibilità *mortis causa* dei rapporti digitali, unilateralmente predisposte dagli in-

⁵⁰ Il quarto e quinto comma dell'art. 2-terdecies codice privacy, dispongono poi che: «L'interessato ha in ogni momento il diritto di revocare o modificare il divieto di cui ai commi 2 e 3.

In ogni caso, il divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi».

⁵¹ La tendenza dei *provider* di servizi in rete è, infatti, quella di negare la trasmissione dei dati dei defunti, prevedendo nelle relative condizioni generali la clausola di così detta intrasmissibilità o *no transferability* dell'*account* intestato al *de cuius* (v. I. MASPES, *Morte “digitale” e persistenza dei diritti oltre la vita della persona fisica*, cit., 1609).

⁵² G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, cit., 530; A. BALTI, *op. cit.*, 34.

⁵³ V. l'approfondimento di M. CINQUE, *L'“eredità digitale” alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2020, 97.

Affermano, in particolare, la nullità delle clausole in parola: S. DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in *Internet e Diritto civile*, 2015, 437 ss.; R.E. DE ROSA, *Trasmissibilità mortis causa del “patrimonio digitale”*, in *Notariato*, 5, 2021, 502.

Di diverso avviso sono, invece, altri Autori, i quali considerano perfettamente valide le clausole *de quibus*. V., in particolare: F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 460 ss.

Secondo altri, ancora, sarebbe invece difficile giungere a «una risposta unitaria, stante l'eterogeneità delle posizioni dei soggetti indicati dal comma 1» dell'art. 2-terdecies codice privacy (F. DE FRANCESCO, *La successione mortis causa nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2-terdecies codice privacy e sull'eredità “digitale”*, in *Contr. e Imp.*, 2, 2021, 673).

internet service providers, sarebbero comunque nulle, in ragione della loro vessatorietà, in tutti i casi in cui l'utente rivesta la qualità di consumatore⁵⁴.

Chiamata a pronunciarsi in materia di successione nell'identità digitale del defunto, la giurisprudenza italiana ha fatto corretta applicazione dell'art. 2-terdecies codice privacy.

La prima decisione in proposito è stata emessa, nel febbraio 2021, dal Tribunale di Milano, in una vicenda riguardante la morte di un giovane *chef* – a seguito di un grave incidente stradale – proprietario di uno *smartphone* prodotto dalla Apple Inc., all'interno del quale erano contenuti dati di natura personale, sincronizzati nel sistema di archiviazione *online*, denominato *iCloud*, gestito dalla società di Cupertino⁵⁵.

In seguito al decesso del figlio, i genitori chiedevano ad Apple Italia S.r.l. (quale rappresentante, nel nostro Paese, di Apple Inc.) di ricevere assistenza nella procedura di accesso ai dati racchiusi nell'*account iCloud* del figlio, dal momento che il suo telefono era andato distrutto nell'impatto che aveva cagionato la sua morte. La società respingeva, tuttavia, la richiesta dei genitori, ritenendo di poter consentire l'accesso all'*account* solamente a seguito di uno specifico ordine del giudice.

⁵⁴ Invero, ove l'utente sia qualificabile come consumatore secondo la definizione racchiusa all'art. 3 del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), troverà applicazione l'art. 33 di tale *corpus* normativo: le clausole predisposte unilateralmente dagli *internet service providers* che escludono il subentro dell'erede nella posizione contrattuale del *de cuius* (al pari di quelle che individuano la *lex successionis* applicabile al rapporto), determinando un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a carico del consumatore, devono reputarsi vessatorie e, dunque, nulle ai sensi dell'art. 36 del Codice del Consumo (il quale prevede un'ipotesi di nullità parziale).

Ove, invece, l'utente sia qualificabile come professionista, la sua tutela sarà garantita dall'applicazione dell'art. 1341 cod. civ.

⁵⁵ Trib. Milano, ord. 10 febbraio 2021, in *Dir. inf.*, 1, 2021, 27 ss. (nota di Vigorito), nonché in: *Corr. giur.*, 5, 2021, 658 s. (nota di Maniaci e d'Arminio Monforte); *Giur. it.*, 11, 2021, 1600 ss. (nota di Maspes); in *Fam. dir.*, 6, 2021, 622 ss. (nota di Mastroberardino); *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2021, 557 ss. (nota di Bonetti); *Riv. dir. internet*, 2021, 67 ss. (nota di Bonavita e Stringhi).

I genitori dello *chef* hanno così adito, ai sensi degli artt. 669-*bis* e 700 c.p.c., il Tribunale di Milano, chiedendo a quest’ultimo di ordinare ad Apple di fornire assistenza nell’accesso all’*account iCloud* del figlio, sulla base di «ragioni familiari meritevoli di protezione».

Il Tribunale meneghino ha accolto la richiesta dei ricorrenti, ravvisando la sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* richiesti dalla natura cautelare del procedimento.

Sotto il primo profilo, il Tribunale ha riconosciuto la legittimazione dei genitori del *de cuius* a esercitare i diritti di cui agli artt. 15 ss. del GDPR in relazione ai dati personali del loro figlio racchiusi nell’*account i Cloud*, reputando – da un lato – valide le ragioni familiari meritevoli di protezione avanzate dai ricorrenti, i quali chiedevano di recuperare parte delle immagini relative all’ultimo periodo di vita del giovane deceduto al fine di realizzare un progetto che, anche attraverso la raccolta delle sue ricette, potesse tenerne viva la memoria e – d’altro lato – inefficace la clausola di *no transferability* racchiusa nelle condizioni generali di contratto regolanti il rapporto tra il *de cuius* e la Apple⁵⁶.

Argomentando *ad abundantiam*, il Tribunale ha inoltre rilevato che il trattamento dei dati, ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. f) del GDPR, è consentito anche quando sia necessario per il «perseguimento del legittimo interesse» del titolare e dei terzi: legittimo interesse da reputarsi sussistente nel caso di specie, proprio in virtù delle ragioni familiari meritevoli di protezione che hanno mosso i ricorrenti.

Sotto il profilo del *periculum*, invece, il Tribunale – tenuto conto delle deduzioni della Apple, la quale ha rappresentato in giudizio che i propri sistemi, dopo un periodo di inattività dell’*account*, sarebbero stati distrutti – ha reputato sussistente il pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile all’esercizio dei diritti dei ricorrenti.

La decisione del Tribunale di Milano – accolta con favore dalla dottrina⁵⁷ – è stata sostanzialmente replicata, dapprima, dalla prima sezio-

⁵⁶ F. PINTO, *Sulla trasmissibilità mortis causa delle situazioni giuridiche soggettive “digitali”*, in *Riv. not.*, 4, 2021, 704.

⁵⁷ G. RESTA, *L’accesso post mortem ai dati personali: il caso Apple*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2021, 768. Peraltro, alcune note critiche sono riscontrabili in A. SPATUZZI, *Patrimoni digitali e vicenda successoria*, in *Notariato*, 4, 2020, 402 ss., nonché

ne civile del Tribunale di Bologna nel novembre 2021⁵⁸ e, successivamente, dall’ottava sezione civile del Tribunale di Roma, con la decisione n. 2688 del 10 febbraio 2022⁵⁹. In tali occasioni, la giurisprudenza di merito italiana ha ribadito la legittimazione all’esercizio dei diritti di cui agli artt. 15 ss. GDPR, in relazione ai dati personali del titolare deceduto, in presenza di «quelle “ragioni familiari meritevoli di protezione” che giustificano l’accesso ai beni digitali dopo la morte del titolare»; accesso al quale non deve reputarsi ostativa la «accettazione [da parte dell’utente] delle condizioni generali di contratto» che prevedano la «non trasferibilità dell’account» e l’estinzione dei diritti a esso connessi⁶⁰.

5. *Quale strada percorrere...*

Alla luce di quanto sin qui illustrato, qualora la legge applicabile al caso concreto sia quella italiana⁶¹, il disponente avrà, senz’altro, le se-

in F. MASTROBERARDINO, *L’accesso agli account informatici degli utenti defunti: una prima, parziale, tutela*, in *Fam. e dir.*, 6, 2021, 625 ss.

⁵⁸ Trib. Bologna, ord. 25 novembre 2021, in *Fam. e dir.*, 7, 2022, 710 ss. (nota di Vignotto).

⁵⁹ Trib. Roma, ord. 10 febbraio 2022, in *onelegale.wolterskluwer.it* (ultima consultazione il 1° giugno 2024).

⁶⁰ Trib. Roma, ord. 10 febbraio 2022, cit., 7.

⁶¹ Occorre, infatti, tenere in considerazione che i principali *internet service providers* hanno la loro sede legale al di fuori del territorio italiano e, pertanto, al fine di individuare la legge concretamente applicabile alla successione devono trovare applicazione le norme racchiuse nella l. 31 maggio 1995, n. 218 e nel Regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere.

La prima stabilisce, all’art. 46, comma 1, che «[l]a successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte». Essa fa tuttavia salva la così detta *professio iuris*, ovverosia la possibilità per il *de cuius* di «sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l’intera successione alla legge dello Stato in cui risiede» (comma 2).

Il citato Regolamento europeo – destinato a operare con riguardo a tutte le successioni apertesi a partire dal 17 agosto 2015, non solo relative ai cittadini degli Stati membri dell’Unione, ma anche ai soggetti extracomunitari, ivi abitualmente residenti –

guenti opportunità al fine di programmare la successione nella propria identità digitale⁶².

Anzitutto, egli potrà disporre – mediante testamento⁶³ o altri idonei atti di autonomia privata diversi da questo⁶⁴ – che il proprio patrimonio digitale sia lasciato, anche a titolo di legato⁶⁵ o di eredità, a una o più

dispone invece, all’art. 21, che la *lex successionis* sia quella dello Stato in cui il *de cuius* aveva la propria residenza abituale al momento della morte; ove, tuttavia, egli avesse collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso, la legge applicabile sarà quella di quest’ultimo. L’art. 22 del Regolamento (UE) n. 650/2012 consente, anch’esso, la *professio iuris*, ma solamente in favore dello Stato in cui il defunto aveva la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte.

In definitiva, in ipotesi di successioni transfrontaliere, risulterà applicabile la legge italiana ogniqualvolta il *de cuius* risulti abitualmente residente in Italia ovvero abbia collegamenti stretti con il nostro Paese ovvero abbia effettuato una valida *professio iuris* in favore della legge italiana, con buona pace delle clausole racchiuse nelle condizioni generali di contratto degli *internet service providers* che prevedono il rinvio a una *lex contractus* straniera (sotto quest’ultimo profilo, v. F. PINTO, *op. cit.*, 710).

Per una disamina più approfondita, v., in particolare: F. CRISTIANI, *Riflessioni a proposito di «testamento digitale». La prospettiva del diritto internazionale privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2013, 495 ss.; R.E. DE ROSA, *op. cit.*, 501 ss.

⁶² V. approfondimento di A. MAGNANI, *op. cit.*, 528 ss. Auspicano un intervento del Legislatore, invece, A. MANIACI, A. D’ARMINIO MONFORTE, *L’eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in *Corr. giur.*, 11, 2020, 1367 ss.

⁶³ Testamento che potrà avere contenuto patrimoniale e non patrimoniale (v., in particolare: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2008, 728 ss.): secondo l’Autore, ai sensi dell’art. 587, comma 2, le disposizioni aventi contenuto non patrimoniale che la legge consente siano contenute in un testamento hanno efficacia anche se nel testamento manchino disposizioni di carattere patrimoniale.

V. altresì A. MANIACI, A. D’ARMINIO MONFORTE, *L’eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, *cit.*, 1375; V. PUTORTI, *op. cit.*, 167.

⁶⁴ Per una completa disamina, v. C. CAMARDI, *op. cit.*, 82 ss.; V. BARBA, *op. cit.*, 331 ss.

⁶⁵ Oramai è ampiamente diffusa la figura del «legato di *password*» (v. approfondimento di L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2, 2014, 144 ss.), il quale si configura come un legato a contenuto atipico con cui il testatore attribuisce al beneficiario della disposizione (legatario) la titolarità di alcune o di tutte le proprie credenziali di accesso agli *account* dei servizi offerti dagli *internet service providers*. È interessante notare come il legato di *password* abbia un oggetto ‘complesso’: da un lato, un oggetto

persone da lui individuate. Attraverso tale meccanismo, il disponente potrà ordinare, per esempio, la cancellazione di alcuni o di tutti i *file* esistenti sulla propria apparecchiatura elettronica e sugli archivi digitali interni ed esterni, nonché la cancellazione della propria iscrizione ai diversi servizi offerti dagli *internet service providers* e dei dati raccolti *online* nel corso degli anni.

Qualora decida di affidare le proprie scelte allo strumento testamentario, il disponente potrà nominare un esecutore *ad hoc*, ai sensi degli artt. 700 ss. cod. civ., il quale avrà l'obbligo di curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto, amministrando i beni ereditari ed esercitando tutte le azioni processuali relative all'esercizio del suo ufficio⁶⁶.

Il *de cuius* potrà anche affidare interamente la gestione post-mortale della propria identità digitale a una persona di fiducia, conferendole un apposito mandato *post mortem exequendum*⁶⁷. Se è vero che, in passato, si è a lungo discusso circa la validità di un simile negozio, oramai la dottrina maggioritaria lo reputa ammissibile nel nostro ordinamento. Da un lato, infatti, non è reputato ostativo alla validità di un *mandatum post mortem exequendum* il disposto dell'art. 1722, comma 1, n. 4) cod. civ., a mente del quale il mandato si estingue – tra l'altro – con la morte del mandante, posto che si tratta di una disposizione ritenuta derogabile⁶⁸. D'altro lato, l'art. 458 cod. civ. – che sancisce il divieto di patti

immediato e cioè le credenziali di accesso indicate nella disposizione testamentaria; d'altro lato, un oggetto mediato e cioè il contenuto a cui le *password* consentono di accedere.

⁶⁶ A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *L'eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, cit., 1377; V. PUTORTÌ, *op. cit.*, 168 ss.

⁶⁷ Per una completa disamina dell'istituto, v. F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 56 ss.; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 685 ss.; V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 737 ss.

⁶⁸ La prevalente giurisprudenza di legittimità riconosce da tempo carattere dispositivo alla norma in parola, v.: Cass., 23 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, cc. 1613 ss.; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, cc. 1001 ss.; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, cc. 329 ss.

successori – risulterebbe violato solamente ove con il contratto *de quo* si realizzi un’attribuzione *mortis causa* del patrimonio del mandante⁶⁹: per tale ragione, il mandato *post mortem exequendum* sarà perfettamente valido qualora abbia un contenuto non patrimoniale e cioè quando preveda, per esempio, l’impegno del mandatario al compimento di mere operazioni materiali o comunque esecutive di un’attribuzione patrimoniale effettuata mediante testamento⁷⁰. In questo senso, allora, il *mandatum post mortem exequendum* può essere un efficace strumento per consegnare a una persona di fiducia le proprie credenziali personali per l’accesso ai servizi offerti dagli *internet service providers* – ottenendo, diversamente da quanto accadrebbe ove il *de cuius* inserisca le proprie credenziali in una disposizione testamentaria, il vantaggio di evitare la

In dottrina, in senso favorevole alla derogabilità della norma che prevede l’estinzione del mandato alla morte del mandante, v. L. COVIELLO JR., *Il “mandatum post mortem”*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, 34 ss.; F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. e Imp.*, 1990, 827 ss.; G. GIANPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo a una teoria dell’atto di ultima volontà*, Napoli, 2010; V. BARBA, *op. cit.*, 327.

Secondo una diversa tesi, riconducibile – in dottrina – a G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 568 ss. e – in giurisprudenza – a Trib. Milano, 18 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1975, 699, la disposizione in parola sarebbe invece inderogabile, visto l’inevitabile contrasto che l’ultrattività del mandato determinerebbe con il divieto di patti successori. Secondo altri Autori (V. NAVARRA, *Dell’incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, 240 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1960, 320; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Messina, 1965, 396), l’inderogabilità della norma deriverebbe dal rilievo centrale rivestito dal mandante durante l’intero *iter* attuativo del rapporto.

⁶⁹ Debbono, invero, ritenersi nulli i mandati *mortis causa*, aventi cioè la funzione di attribuire diritti patrimoniali a causa della morte, in quanto l’attribuzione patrimoniale che ne consegue è causalmente connessa con il decesso del mandante (v. G. CAPOZZI, *op. cit.*, 62 ss.). L’adesione alla tesi prevalente in tema di mandato *mortis causa*, che riconduce un siffatto negozio alla nullità sostanziale per violazione del divieto di cui all’art. 458 cod. civ., ha quale conseguenza la validità di quei negozi che abbiano non già finalità distributive del patrimonio, bensì di impegno del mandatario al compimento di mere operazioni materiali.

⁷⁰ N. DI STASO, *op. cit.*, 692.

conoscibilità delle *password* da parte di soggetti terzi⁷¹ – affinché questi compia determinati atti o ne assicuri una determinata destinazione secondo le indicazioni impartite dal mandante: si pensi, per esempio, al caso in cui un soggetto affidi a persona di fiducia le proprie credenziali di accesso alla posta elettronica con l’incarico, alla sua morte, di distruggere parte della corrispondenza ivi contenuta e di dare notizia della restante ai propri eredi⁷².

⁷¹ R.E. DE ROSA, *op. cit.*, 507; A. MANIACI, A. D’ARMINIO MONFORTE, *L’eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, cit., 1376.

⁷² L. DI LORENZO, *op. cit.*, 146 ss. Peraltro, critici di una simile soluzione si mostrano F.P. PATTI, F. BARTOLINI, *Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform*, in *Eur. Rev. Pr. Law*, 2019, 1181 ss., i quali riconducono la figura del «contatto erede», elaborata dal noto *social network Facebook* (v. *retro*, nota 45), all’istituto del mandato *post mortem exequendum*.

LE CONSEGUENZE DELLA TRANSIZIONE DIGITALE SUL RIPARTO DI COMPETENZE STATO-REGIONI: UN ACCENTRAMENTO INEVITABILE?

Elia Aureli

SOMMARIO: 1. *Studiare la digitalizzazione da un punto di vista differente: oggetto e obiettivi della ricerca.* 2. *La competenza esclusiva dello stato in materia di «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale».* 2.1. *La digitalizzazione come materia "trasversale".* 2.2. *Le competenze regionali e concorrenti messe "a rischio" dall'intervento statale.* 3. *Il ruolo dell'UE nel processo di transizione digitale: un affaire communautaire?* 4. *Il quadro attuale della gestione della digitalizzazione.* 5. *Un accentramento inevitabile? Quale margine per assicurare una voce alle regioni.*

1. Studiare la digitalizzazione da un punto di vista differente: oggetto e obiettivi della ricerca

Quello della digitalizzazione è un tema di fondamentale importanza e di estrema trasversalità, che ormai da almeno due decenni interessa gli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Si tratta di un fenomeno estremamente variegato¹, il cui impatto sulla società e sull'ordinamento

¹ Il tema della "digitalizzazione" è particolarmente complesso, anche in ragione dei non indifferenti problemi definitori che comporta. A tale termine si possono infatti attribuire diversi significati, anche in ragione del fatto che nella lingua italiana esso assomma i due termini inglesi di *digitisation*, che indica ogni procedimento di trasformazione di dati dal formato analogico a quello digitale e *digitalisation*, inteso come utilizzo delle nuove tecnologie per migliorare i servizi pubblici (e in questo caso vi è una parziale sovrapposizione con il concetto di *e-Government*) o privati. Nel presente contributo si tenderà a utilizzarlo in questa seconda accezione. Si noti come, benché numerosi atti normativi italiani e comunitari citino esplicitamente questi concetti, essi non presentano alcuna formale definizione degli stessi. Al concetto di digitalizzazione si accompagna spesso anche quello "trasformazione digitale", utilizzato spesso come

si riflette su una moltitudine di aspetti differenti e che ha determinato nel corso degli ultimi anni una vasta serie di innovazioni, che spaziano dalle questioni più pratiche e quotidiane fino a incidere sugli equilibri geopolitici internazionali.

Restringendo l'ambito di studio al solo impatto di questo fenomeno sul mondo giuridico – e specialmente su quello del diritto pubblico – appare evidente come anche la Pubblica Amministrazione si sia dovuta (o si dovrebbe?) adeguare all'avvento delle nuove tecnologie e abbia dovuto riconoscere le grandi prospettive di innovazione che derivano dalla c.d. *transizione digitale*.

L'attenzione della dottrina giuspubblicistica, in relazione a questo ambito, si è in larga parte concentrata su due grandi filoni di studio. Da una parte, numerosi autori hanno esaminato le rilevanti prospettive di innovazione – e le parimenti gravi problematiche che da ciò emergono – che la digitalizzazione può comportare dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali². Basti pensare alle nuove frontiere della tutela

sinonimo del primo, o più in generale per indicare in generale l'impatto dalle nuove tecnologie sulla società contemporanea. Sul sito del Parlamento europeo si afferma, per esempio, che «trasformazione digitale è l'integrazione delle tecnologie digitali nelle operazioni delle aziende e dei servizi pubblici, nonché l'impatto delle tecnologie sulla società»: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20210414STO02010/plasmare-la-trasformazione-digitale-spiegazione-della-strategia-dell-ue>.

² Si vedano, a questo proposito, le importanti considerazioni della Commissione europea contenute nella Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale*, COM(2021)819 final). La produzione dottrinale relativa al rapporto tra le nuove tecnologie e la tutela dei diritti fondamentali è amplissima. Rimanendo all'interno del panorama italiano e restringendo l'esame al periodo più recente, si vedano, *ex multis*, L. GIANNINI, *Coronavirus: ora il digital divide minaccia i diritti fondamentali*, in *Agendadigitale.eu*, 31 marzo 2020; B. RABAI, *I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, n. 3, 2017, 405-422; O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*, in *medialaws.eu*, 3 maggio 2019, 39-52; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019; A. IANNUZZI, F. LAVIOLA, *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e*

della privacy o del diritto all'informazione³. Dall'altra, sono state ampiamente analizzate, in particolare dagli studiosi di diritto amministrativo, le prospettive discendenti dalla progressiva digitalizzazione della pubblica amministrazione, tanto con riferimento al miglioramento dei servizi (e quindi del rapporto tra cittadini e p.a.)⁴ quanto con riguardo ai rapporti tra i diversi settori dell'amministrazione stessa⁵.

uguaglianza, in *Diritto costituzionale*, n. 1/2023, 9-40; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023.

³ Si tratta, in effetti, di temi assai vasti, che presentano numerose declinazioni e che evolvono in maniera continua in conseguenza del continuo avanzamento delle frontiere tecnologiche. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla protezione dei dati personali in ambito medico o professionale, al c.d. *diritto all'oblio* o alle potenzialità – e ai rischi – dei sistemi pubblici e privati di riconoscimento facciale. Tra i numerosi studi che hanno affrontato questi temi innovativi: R. MESSINETTI, *Comunicare nell'infosfera. La vulnerabilità della persona digitale*, in *Federalismi.it*, 18, 2021; C. DOMENICALI, M. BARONI, *Identità personale in internet: il diritto all'oblio e la deindicizzazione sui media online*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, VIII ed., Milano, 2020; A. PAJNO, *AI: profili giuridici Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, p. 217 ss.; G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021; A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 2, 2021; C.M. REALE, M. TOMASI, *Libertà d'espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nell'ecosistema costituzionale*, in *DPCE Online*, n. 1, 2022, 325-336.

⁴ Sotto questo aspetto si possono menzionare alcuni rilevanti strumenti e principi volti al miglioramento e all'efficientamento del rapporto tra cittadini e amministrazione. Si pensi per esempio al principio “once only”, per cui, in forza della condivisione delle banche dati delle p.a., il cittadino non dovrebbe essere costretto a fornire i propri dati e le proprie informazioni personali ogni volta che si interfaccia con una differente articolazione o ufficio della p.a.; oppure, al “digital first” e “digital only”, che prevedono rispettivamente che i documenti vengano redatti *in primis* in forma digitale e solo eventualmente in forma cartacea e che venga data la possibilità al cittadino di interagire direttamente ed esclusivamente online con gli uffici amministrativi, senza doversi recare fisicamente presso di essi. Tra gli studi che ne hanno evidenziato le prospettive di miglioramento dell'attività della p.a.: F. MERLONI, *Sviluppo dell'eGovernment e riforma delle amministrazioni*, in ID. (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino,

Il presente contributo, pur rimanendo tendenzialmente afferente a quest'ultima categoria di studi, prenderà a esame un tema relativamente poco esplorato negli studi dottrinali nazionali e comparati, ossia quello delle conseguenze che potrebbero derivare dal fenomeno della digitalizzazione con riferimento al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Nello specifico, ci si pone l'obiettivo di indagare quali possano essere gli aspetti della transizione digitale in grado di comportare un'attrazione formale o sostanziale delle competenze verso gli organi centrali dello Stato (o della stessa Unione europea), lasciando ai governi locali il solo compito di dare applicazione a regole decise altrove, o se al contrario possano essere individuate delle vie per giungere a un miglioramento del coordinamento positivo tra i diversi livelli di amministrazione – anche a livello di produzione normativa.

Per giungere a questo obiettivo sarà necessario fornire un rapido inquadramento della collocazione, nel riparto di competenze stabilite a livello costituzionale, del tema della digitalizzazione, evidenziandone gli eventuali rischi di sovrapposizione con altre materie, specialmente se di competenza regionale o concorrente. Al contempo, sarà opportuno dare sinteticamente conto di quale sia, attualmente, l'assetto organizza-

2005; E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2022, 471-512; D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, IV-XVI.

⁵ Si pensi in questo senso alla gestione comune e alla condivisione delle banche dati (in necessario bilanciamento con il principio di tutela dei dati personali), all'interoperabilità dei sistemi informatici, alla uniformazione del formato di raccolta e di elaborazione dei dati e in generale alla messa in comune delle informazioni detenute dalle differenti amministrazioni per migliorare efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2020, 305-328; C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 832-841. Per uno sguardo d'insieme al concetto di Big data e al loro impatto sulla società: V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013.

tivo che caratterizza i piani e le strategie della transizione digitale⁶ e di quale sia il ruolo svolto, in quest'ambito sempre più rilevante, dell'Unione europea, dello Stato e delle autonomie locali.

2. La competenza esclusiva dello Stato in materia di «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»

Per svolgere uno studio di come la digitalizzazione possa incidere sulla potestà legislativa di Stato e autonomie locali è innanzitutto necessario volgere lo sguardo a quanto stabilito in Costituzione riguardo al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. L'articolo 117 Cost., nella sua formulazione attuale, non menziona in maniera diretta la digitalizzazione, né nel suo senso più ampio, né tantomeno con riferimento alla sua declinazione nell'organizzazione della pubblica amministrazione. Ciò è dovuto *in primis* al fatto che al momento della riforma del Titolo V⁷, nel 2001, non era ancora del tutto evidente lo sterminato numero di applicazioni che sarebbero derivate dalla nascente idea di *e-Government*⁸.

L'unico riferimento all'interno della Costituzione che possa in qualche modo essere ricondotto all'ambito in esame è contenuto all'interno di un inciso dell'articolo 117, comma 2, lett. r), che affida alla competenza esclusiva statale la materia del «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e

⁶ Non da ultimo il *Next Generation EU Plan* e la sua applicazione nazionale, il PNRR, che contengono forse il più imponente e ambizioso piano di investimenti a livello europeo e nazionale per migliorare il livello di digitalizzazione del Paese.

⁷ Articolo risultante dalla sostituzione del precedente testo operata dall'art. 3 della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

⁸ Questo tema, seppur emergente, non era certamente alieno a interessanti approfondimenti dottrinali, che già allora segnalavano l'importanza fondamentale che la digitalizzazione avrebbe assunto nel prossimo futuro. Cfr. M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-Government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2002, 991; D. HOLMES, *E. Gov. Strategie innovative per il governo e la pubblica amministrazione*, Milano, 2002; G. VESPERINI (a cura di), *L'e-Government*, Milano, 2004.

locale»⁹. Questo riferimento costituzionale, che ha fornito da allora la base giuridica per affermare la competenza esclusiva dello Stato nella materia in esame, si presta al almeno due considerazioni di carattere preliminare.

In primo luogo, non appare così agevole o scontato ricondurre l'immenso e variegato mondo della digitalizzazione alla sola espressione del «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati». Sebbene questo specifico aspetto non abbia trovato particolare risalto né in ambito dottrinale, né a livello politico, si ritiene quantomeno meritevole di attenzione la prospettiva di un adeguamento del testo costituzionale¹⁰ in modo tale da prevedere una competenza specifica per questa materia (affidandola realisticamente alla competenza statale) citando esplicitamente il concetto di “digitalizzazione” o “transizione digitale”, senza dover allargare fino all'inverosimile le maglie del «coordinamento dei dati dell'amministrazione».

In secondo luogo, anche nel caso in cui si facciano rientrare le tante declinazioni del tema in esame all'interno della materia di cui all'art. 117, 2, lett. r), Cost., questa affida alla legislazione statale in via esclusiva soltanto il “coordinamento” della materia, non ogni aspetto della stessa, lasciando dunque aperta un'interpretazione del dettato costituzionale tale per cui dovrebbe residuare un certo margine di potestà legislativa regionale, per tutti gli aspetti che non attengono all'ambito del coordinamento. In effetti, alcune sentenze della Corte risalenti al com-

⁹ La formulazione della lett. r) dell'art. 117, comma 2, è in effetti più ampia e copre anche aspetti ulteriori e diversi rispetto a quello in esame, recitando «pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno».

¹⁰ Più ampio invece il dibattito attorno al riconoscimento di un diritto di accesso a Internet. Sul punto G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, 5 ss.; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2013, 13-27; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012, 283 ss.; C. LOTTA, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, 61 ss.

plicato periodo di transizione¹¹ successivo all'entrata in vigore del nuovo Titolo V, hanno sposato un'interpretazione simile, affidando allo Stato una competenza esclusiva in materia che fosse limitato a un «coordinamento meramente tecnico, per assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione»¹². Pur riconoscendo che tale attività possa assumere, «un contenuto precettivo idoneo a determinare una forte incidenza sull'esercizio concreto delle funzioni nella materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti locali»¹³, dunque, la Corte ha inizialmente adottato un approccio relativamente restrittivo del potere di coordinamento, circoscrivendolo a interventi di natura prettamente tecnica¹⁴ e sottolineando l'importanza di forme di coordinamento con riferimento agli atti legislativi che dovessero interessare ambiti di competenza regionale¹⁵.

¹¹ All'interno di una letteratura sconfinata sul tema, ci si limita a segnalare G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6, 2001, 1247 ss.; A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione e al piano dei controlli*, in *Quaderni regionali*, 2, 2001, 593; A. D'ATENA, *Le regioni dopo il Big Bang*, Milano, 2005; F. BENELLI, *La «smaterializzazione delle materie». Problemi teorici e applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

¹² Sent. n. 17/2004, cons. dir. 9.1. Sul punto D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 109 ss.

¹³ Sent. n. 31/2005, cons. dir. 2.6. Cfr. M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma. Informatica e ordinamento giuridico*, Milano, 2007, 139.

¹⁴ Il cammino della giurisprudenza costituzionale sul punto è acutamente descritto e commentato in E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2011, 213 ss.

¹⁵ Si consideri, per esempio, la più recente sentenza n. 251 del 2016, che, pur confermando la piena potestà statale in materia, ha riconosciuto l'importanza della partecipazione regionale. Con riferimento al ricorso presentato dalla Regione Veneto avverso numerose disposizioni della l. 7 agosto 2015, n. 124, recanti deleghe al Governo per modificare il Codice dell'amministrazione digitale, pur rigettando la tesi della carenza di competenza statale, la Corte ha tuttavia dichiarato l'illegittimità costituzionale di

Nonostante questa importante presa di posizione da parte del giudice costituzionale, il successivo sviluppo normativo della materia sembra aver intrapreso una direzione assai differente: a uno sguardo complessivo, che ricomprenda i numerosi atti normativi che sono intervenuti sulle sue molteplici sfaccettature, i più recenti sviluppi della materia sembrano infatti indicare una chiara tendenza alla sua riconduzione a una piena potestà legislativa dello Stato – con una forte incidenza delle istituzioni eurounitarie, come si accennerà al par. 3.

A un breve esame dello stato dell'arte, si potrebbe allora affermare che la digitalizzazione, inquadrata nel suo insieme all'interno del 117, 2, lett. r) Cost., si risolva in una semplice competenza esclusiva statale – e dunque l'apporto legislativo regionale sul punto non rivestirebbe un ruolo rilevante. Al contempo, dato che il riparto delle competenze è stabilito in Costituzione, a livello formale il quadro non dovrebbe mutare in ragione del fatto gli apparati statali e regionali operino mediante strumenti telematici o digitali – e dunque il tema dell'impatto della digitalizzazione sulle competenze legislative di Stato e autonomie territoriali non dovrebbe nemmeno porsi.

La questione, in realtà, non è affatto così scontata. In primo luogo, va considerato l'affatto secondario rilievo degli interventi della giurisprudenza costituzionale nella definizione del contenuto delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione. Le pronunce della Corte costituzionale, infatti, hanno avuto nel corso degli anni un impatto significativo nel definire (e talvolta nel mutare) i confini del riparto di competenza tra Stato e Regioni¹⁶.

plurime disposizioni di tale legge, specialmente nella parte in cui stabiliva che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del (solo) parere della Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

¹⁶ Sono molti gli ambiti in cui la giurisprudenza costituzionale ha avuto un ruolo rilevante nella stabilizzazione del mutato riparto di competenze tra stato e regioni, definendo in maniera più chiara i confini di talune materie o quelli dei limiti di intervento statale – e regionale – nelle materie di competenza concorrente. Cfr. S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2003, 343 ss. Ciò non significa, peraltro, che la stessa Corte costituzionale non abbia avuto atteggiamenti e posizioni ondivaghe nel corso del tempo, determinando cambiamenti più o meno evidenti nella effettiva composizione del riparto di

In secondo luogo, è necessario prendere in esame il fondamentale tema dell'evoluzione sostanziale del contenuto delle materie di cui all'art. 117 Cost., dovuto anche ai cambiamenti intervenuti nella società. Quello della transizione digitale è forse l'ambito in cui questo fenomeno risulta più evidente. Il novero degli ambiti applicativi e delle discipline sulle quali la transizione digitale è in grado di incidere è oggi assai più ampio e sfaccettato di quanto non fosse anche solo pochi anni fa; allo stesso modo, l'evoluzione tecnologica più recente ha comportato un considerevole allargamento degli strumenti e delle modalità attraverso cui la digitalizzazione può trovare spazio nella gestione della pubblica amministrazione.

A fronte di un livello di pervasività e complessità allora impensabili, è certamente comprensibile il fatto che il legislatore costituzionale del 2001 non abbia considerato molte delle attuali applicazioni di questo fenomeno¹⁷, né il suo rilievo ormai sistemico e trasversale. Proprio per

competenze. Sul punto, *ex multis*, A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 ottobre 2003; A. CELOTTO, *La Corte rende flessibile la distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1, 2004, 52-55; S. MANGIAMELI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, 825-842; V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze "storiche"*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, 773-778.

¹⁷ L'impatto sistemico che la transizione digitale avrebbe avuto sull'ordinamento, ma anche sulla stessa vita dei cittadini, non sarebbe stato ipotizzabile nel 2001, pur essendo generalmente note le immense potenzialità derivanti dall'emersione delle nuove tecnologie. Si pensi per esempio ad alcuni strumenti digitali attualmente in uso o della cui opportunità di implementazione si discute in ambito politico e dottrinale, quali il *Cloud storage*, la *blockchain*, l'I.A., il provvedimento amministrativo automatizzato o perfino interamente gestito da algoritmi. Sulle più innovative (e problematiche) applicazioni di queste tecnologie, quali l'utilizzo dell'I.A. all'interno dei processi penali o amministrativi, finanche in sostituzione del giudice, E. NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, London, 2015, 8-9; R. BANERJEE, *Estonia develops "robot judge"*, in *The New statesman*, vol. 148, 2019, 5 ss.; M. FASAN, *L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria: primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'AI nel settore della giustizia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3,

queste ragioni, è allora ragionevole ipotizzare che la materia del «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», intesa nel suo senso più ampio, sia soggetta a un fenomeno di progressivo allargamento dal punto di vista della portata e di un altrettanto marcato rafforzamento da quello della pervasività. Pertanto, risulta di grande interesse studiare fino a che punto questa espansione stia prendendo piede e in quali casi essa possa determinare una sovrapposizione con altre materie di competenza regionale o concorrente.

2.1. *La digitalizzazione come materia "trasversale"*

Per le sue caratteristiche e per la rapidissima espansione delle sue declinazioni pratiche si ritiene che la digitalizzazione dovrebbe essere inquadrata come una di quelle materie che la Corte costituzionale definisce come "trasversali". Sebbene questa qualifica possa apparire scarsamente compatibile con la definizione costituzionale della materia quale «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», appare invece ben più appropriata qualora si intenda la digitalizzazione quale l'insieme degli strumenti e delle politiche volte a un progressivo utilizzo delle tecnologie digitali per l'operato, in ogni livello, della pubblica amministrazione.

Appare necessario, per meglio comprendere le conseguenze della qualificazione di questa materia come "trasversale", svolgere una breve digressione in merito al significato e al contenuto di questo termine. Si definiscono in questo modo (ma sono state variamente qualificate come materie-funzioni o materie-valori)¹⁸ quelle materie, di competenza

2021, 325-339; E. GALLOPPA, *L'uso degli algoritmi nel processo penale e amministrativo: analisi e confronto dei rispettivi metodi applicativi alla luce degli arresti giurisprudenziali in materia*, in www.amministrativamente.com, *Rivista di diritto amministrativo*, 1, 2022.

¹⁸ Con riferimento all'utilizzo, da parte del giudice costituzionale, di espressioni quali "materie-funzioni", "materie-compito", o "materie non materie" si vedano rispettivamente le sentenze n. 272 del 2004, n. 336 del 2005 e n. 228 del 2004. Sul punto si v. anche G. FALCON, *Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorren-*

spesso attribuita in via esclusiva allo Stato, che non fanno soltanto riferimento a uno specifico oggetto, ma riguardano anche delle particolari modalità di azione o delle finalità che devono essere perseguite dall'ordinamento¹⁹. Pertanto, questo fa sì che esse incidano in modo fisiologico anche su altri ambiti, anche di competenza regionale o concorrente, determinando una sovrapposizione tra le diverse materie – e dunque causando possibili criticità con riferimento all'individuazione delle istituzioni dotate di competenza legislativa sul punto²⁰.

La giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto fin dai primi anni successivi alla riforma del Titolo V le specificità relative a talune materie che presentavano questi tratti peculiari²¹. Il giudice costituzionale ha

za, livelli essenziali delle prestazioni, in AA.VV., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni: la lezione dell'esperienza*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015, Milano, 2016, 79-98.

¹⁹ Le materie trasversali sarebbero dunque delle «materie non-materie» che si sviluppano «in funzione [...] del fine e non dell'ambito di incidenza». Così A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, 21-22. Cfr. A. PICARONE, *Le materie trasversali tra problematiche interpretative e riforme mancate*, in *ASTRID Rassegna*, 8, 2017, 13.

²⁰ Il tema delle materie trasversali e delle problematiche che da queste discendono in punto di individuazione della competenza legislativa in ciascun caso concreto è ampiamente studiato in dottrina. Tra i molti A. che vi hanno dedicato importanti approfondimenti, si vedano G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in A. CONCARO, N. ZANON (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, 189 ss.; F. BENELLI, *art. 117 (voce)*, in S. BARTOLE, R. BIN, V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 1044 ss.; E. LANZA, *Trasversalità e uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, 2010, in www.issirfa.cnr.it; A. PICARONE, *op. cit.*; più recentemente si veda G. FERRAIUOLO, *Materie trasversali e leale collaborazione*, in *Federalismi.it*, 25, 2022, 25-27.

²¹ In questo senso già la sentenza n. 407 del 2002, immediatamente successiva alla riforma del Titolo V, aveva affermato che con riferimento all'ambiente sarebbe stato più corretto parlare di un "valore" costituzionalmente protetto invece che di una mera "materia"; pertanto, anche in ambiti riservati alla competenza regionale o concorrente lo Stato avrebbe conservato il diritto di dettare norme volte a garantire una tutela uniforme di tale valore. Analogamente, con riferimento alla determinazione dei livelli

individuato, in particolare, i tratti della trasversalità nelle materie della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»²² (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.); della «tutela della concorrenza»²³ (lett. e) e della «tutela dell'ambiente»²⁴ (lett. s).

La dottrina maggioritaria ha tendenzialmente adottato la medesima impostazione²⁵; tra gli Autori che hanno integrato detto elenco di materie²⁶, aggiungendone altre, si segnala l'interessante posizione di Caravi-

essenziali delle prestazioni la sentenza 282/2002 della Corte costituzionale ne parlava come di una competenza esclusiva statale «idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (cons. in dir. 3). Sul punto si veda F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2952.

²² Con specifico riferimento alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, più voci dottrinali ne hanno parlato come dell'archetipo della materia trasversale. Si vedano per esempio G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 490, che la definisce «la più trasversale delle attribuzioni statali» e G. ARCONZO, *op. cit.*, 223, che la qualifica come la «materia trasversale per eccellenza».

²³ A. CONCARO, I. PELLIZZONE, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 3, 2005, 434 ss.

²⁴ Si veda a questo proposito la sentenza n. 171/2012 (ma in maniera analoga si esprimono anche le sentenze n. 235/2011, n. 225/2009, n. 12/2009), nella quale il giudice costituzionale ha affermato che, con riferimento alla tutela dell'ambiente «non si può discutere di materia in senso tecnico, perché la tutela ambientale è da intendere come valore costituzionalmente protetto, che in quanto tale delinea una sorta di «materia trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, anche regionali, fermo restando che allo Stato spettano le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (cons. dir. 3).

²⁵ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, 149; G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, spec.30 ss.

²⁶ In S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2012, 194 a quelle che vengono definite come «le tre principali materie trasversali» si aggiunge, seppur con delle distinzioni, anche l'ordinamento penale; M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive*

ta²⁷, che ha ritenuto trasversale anche la materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. r) Cost., fornendo un rilevante spunto nella direzione che si intende argomentare di seguito.

La giurisprudenza costituzionale in argomento è assai vasta e non sempre stabile nelle sue argomentazioni e conclusioni²⁸. Pur non avendo modo di ripercorrere il cammino della Corte in merito alla qualificazione delle materie trasversali e dei loro rapporti con le materie regionali o concorrenti²⁹, nel periodo più recente si può individuare la tendenza ad allargare quantitativamente il rilievo di queste materie e so-

delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione, in Federalismi.it, n. 20/2022, 19, non ritiene chiuso l'elenco di queste materie, definendo le tre materie menzionate come quelle per le quali la trasversalità «sarebbe pacifica». Cfr. anche G. SORICELLI, Corte costituzionale ed equilibrio dei rapporti Stato-Regioni in materia di gestione dei rifiuti. Basta un'interpretazione adeguatrice per risolvere il problema delle “materie trasversali”?, in Riv. giur. ed., 2, 2019, 345-354.

²⁷ B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009, 143-144. Dello stesso avviso E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, cit., 225, che afferma come «dalla giurisprudenza costituzionale si ricava dunque che il coordinamento informativo è una competenza trasversale e di scopo, di contenuto tecnico, variabile quanto a percettività e ambito di incidenza».

²⁸ Si vedano per esempio le sentenze nn. 367, 378 e 380 del 2007 e la sentenza n. 104 del 2008, che paiono riallineare la “materia-valore” dell'ambiente a una materia “ordinaria”.

²⁹ Di particolare interesse a questo proposito la ricostruzione della non sempre uniforme giurisprudenza costituzionale in tema di “ambiente” contenuta in P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 9, 2010, 1-16. Sul punto si segnalano anche le importanti riflessioni contenute in G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto di competenze tra stato e regioni)*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015. In G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, 43, si evidenzia criticamente il tentativo della Corte, nelle sue pronunce più recenti, di «occultare il diverso approccio proposto nei primi anni di vigenza della revisione costituzionale». Cita, per esempio, la sentenza n. 287 del 2016, la quale afferma che «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, materie di competenza statale esclusiva come quelle [...] della “tutela della concorrenza” [...], assumono, per la loro natura trasversale, carattere prevalente [...] e “possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano”».

prattutto a incrementarne la capacità di “sostituire” la competenza regionale³⁰. Invece di una integrazione tra piani competenziali differenti (dovuta alla sovrapposizione di materie diverse) e di una auspicabile collaborazione tra enti nella determinazione della disciplina normativa in tali ambiti³¹, si registra una crescente declinazione del concetto di trasversalità come automatica prevalenza dello Stato³². Sempre più frequentemente, infatti, alle materie trasversali di accompagna l’utilizzo del criterio della prevalenza, determinando quindi l’esclusione di qua-

³⁰ Con riferimento alla moltiplicazione quantitativa e alla dilatazione qualitativa delle materie trasversali, che spingono verso una maggiore incidenza legislativa dello Stato nei confronti delle regioni cfr. G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, *passim*, spec. 38 e 45. Tra le molte sentenze della Corte da cui emerge in maniera chiara l’impostazione della trasversalità prevalente si vedano quelle relative alla tutela della concorrenza. Per esempio, nella sent. n. 401 del 2007 si parla di «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa»; di segno analogo le sentt. n. 104 del 2008 e nn. 10, 12 e 61 del 2009. Cfr. D. PORENA, *L’ambiente come “materia” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: “solidificazione” del valore e ulteriore “giro di vite” sulla competenza regionale*, in *Federalismi.it*, 2, 2009. Considerazioni simili, in commento alle sentenze nn. 367 e 378 del 2007, in M. CECCHETTI, *La materia «tutela dell’ambiente e dell’ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, n. 7/2009, p. 19 ss.

³¹ Si ritiene in questo senso pienamente condivisibile la riflessione contenuta in G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, p. 36, secondo cui «l’appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo a una materia, piuttosto che ad altre, non si comprende perché debba radicare un intervento che preclude la partecipazione (quand’anche in forma debole) in rapporto a competenze assorbite, ma comunque intaccate, sia pure in modo marginale, dalla disciplina prevalente». Con impostazione differente, che distingue gli ambiti caratterizzati da una “concorrenza di competenze” da quelli in cui lo Stato esercita la sua competenza in ragione di una materia trasversale, ritenendo in questo secondo caso non necessaria un’attività cooperativa multilivello, in quanto sarebbero predominanti le esigenze di perseguimento di interessi unitari che giustificano un intervento (esclusivo) dello Stato. S. MANGIAMELI, *Il principio cooperativo nell’esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, Roma, 2008, 103 ss. (spec. 111); L. VIOLINI, *La negoziazione istituzionale nell’attuazione della Costituzione: livelli essenziali e scelte di sussidiarietà a raffronto*, in ID. (a cura di), *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, Milano, 2005, 206.

³² G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, spec. 36.

lunque margini di intervento regionale sul punto³³ e facendo riemergere, secondo numerosi autori, il mai del tutto abbandonato concetto dell'interesse nazionale³⁴. Vi è perfino chi è arrivato a definire le materie trasversali come una “trappola” per le competenze regionali³⁵. A ben vedere, questa impostazione, che porta a un progressivo incremento della centralizzazione legislativa a discapito delle autonomie territoriali, sembra essere stabilmente utilizzata anche con riferimento al tema della digitalizzazione, come si avrà modo di approfondire nel paragrafo dedicato all'esame degli interventi normativi in materia.

Esaminata brevemente l'assai complessa questione dell'inquadramento e della disciplina delle materie trasversali, è opportuno, nel presente contesto, considerare se anche l'ambito della digitalizzazione possa essere inclusa all'interno di tale categoria. A parere di chi scrive questa materia, intesa come specificato nel par. 2 in un'accezione ben più

³³ «Il criterio della prevalenza applicato alle materie trasversali ha, a ben vedere, un preciso significato, quello di impedire in concreto finanche quelle limitate ingerenze consentite alle Regioni nelle maglie larghe della competenza trasversale, purché giustificate da un autonomo titolo di legittimazione». Così, M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, 5, 2006, 920-921. Più di recente, con considerazioni similmente critiche ID., *La limitazione della competenza regionale – sempre più «stretta» tra vincoli europei e criterio della prevalenza – impatta sulla funzione sociale della cooperazione nel caso della trasformazione delle banche popolari in società per azioni*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 805 ss. Con una posizione parzialmente differente C. MAINARDIS, «Materie» trasversali statali e (in)competenza regionale, in *Le Regioni*, 5, 2010, 1129-1130, secondo cui «le Regioni non perdono la possibilità di esercitare le proprie competenze [...], purché rispettino i ‘punti di equilibrio’ tra interessi costituzionalmente protetti e assicurino una tutela dei valori costituzionali in gioco non inferiore (e semmai superiore) agli standard fissati dalla legislazione statale».

³⁴ Sottolinea come il criterio di prevalenza porti, di fatto, a una sempre più evidente espansione della competenza statale, arrivando ad assomigliare a una «riedizione post-riforma dell'interesse nazionale» R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 619-620; cfr. anche E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1, 2008, 81 ss.; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione (in margine a Corte cost. n. 10/2010)*, in *Le Regioni*, 4, 2010, 951.

³⁵ B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021, 2.

ampia di quella di cui al testo costituzionale, sembra senz'altro meritevole di essere qualificata come una materia trasversale, al pari di quelle già individuate da dottrina e giurisprudenza costituzionale. Il concetto di digitalizzazione rappresenta infatti un fenomeno multidisciplinare, che abbraccia una vasta e sempre crescente gamma di aspetti della società contemporanea, che vanno ben oltre la categoria costituzionale di «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale». La digitalizzazione si concretizza nell'integrazione delle tecnologie informatiche e delle comunicazioni in diversi contesti, quali quello dell'economia, dell'istruzione, della sanità o dell'organizzazione degli uffici, tanto dal punto di vista privato che nella sfera pubblica. Le sue declinazioni sostanziali sono ormai estremamente numerose e variegate³⁶, rendendo semplice ipotizzare – e appurare concretamente – ampi margini di possibile sovrapposizione con altre materie; al contempo, la sua continua e imprevedibile evoluzione lascia presagire ulteriori importanti margini di sviluppo che potranno, in futuro, aprire nuovi fronti applicativi per questa materia, rendendola sempre più trasversale. Per tutti questi motivi si può affermare che quella in esame rientri pienamente all'interno dei parametri definitivi di materia trasversale.

Ai fini della sua qualificazione in questo senso, si può inoltre argomentare che essa, in numerose delle sue declinazioni, può effettivamente essere interpretata come un obiettivo da raggiungere o come una modalità innovativa per lo svolgimento di attività già esistenti e non solo come una materia a sé stante. Si pensi alla digitalizzazione dei documenti della pubblica amministrazione, alla condivisione delle banche dati, all'automazione dei provvedimenti amministrativi – mediante l'uso di un'Intelligenza Artificiale oppure tramite l'attività umana coadiuvata dai mezzi digitali – o ancora alla creazione del Fascicolo Sanitario Elettronico, all'anagrafe digitale, al registro elettronico nell'ambito dell'istruzione. In tutti questi casi in effetti ciò che emerge è il fatto

³⁶ Tra le tante, che meriterebbero un approfondimento specifico: l'automazione dei processi, l'elaborazione di grandi quantità di dati, l'eventuale integrazione dell'intelligenza artificiale nei procedimenti pubblici, la condivisione delle informazioni tra i diversi rami della pubblica amministrazione, l'*e-commerce*, l'*e-Government*.

che l'operare digitalmente rappresenti un mezzo innovativo per lo svolgimento di attività che la pubblica amministrazione svolge già stabilmente, o un obiettivo che lo Stato si pone di raggiungere per migliorare i servizi.

Il riconoscimento dell'appartenenza di questa materia al novero delle materie trasversali avrebbe rilevanti ricadute pratiche. Se essa fosse inquadrata come tale, infatti, sarebbe ragionevole utilizzare i medesimi ragionamenti che la Corte costituzionale ha formulato con riferimento alle altre materie, valorizzando la prevalenza degli interessi statali nei casi un determinato provvedimento avesse profili di rilievo non solo in tale materia, ma anche su altre di competenza regionale o concorrente. Sebbene non si ritenga auspicabile una completa estromissione delle autonomie locali dalla determinazione della normativa sul tema in esame³⁷, appare tuttavia evidente che ciò già avvenga a livello sostanziale, in quando la quasi totalità degli interventi legislativi sul punto sono di origine statale – e sovente di matrice europea – e anche nei casi in cui impattino su materie di competenza non esclusiva dello Stato, il margine riservato all'autonomia regionale è assai ridotto.

2.2. Le competenze regionali e concorrenti messe “a rischio” dall'intervento statale

Come accennato nel paragrafo introduttivo, il processo di digitalizzazione comporta una serie di trasformazioni che impattano su molteplici settori, in ragione della rapida evoluzione delle tecnologie digitali e della progressiva adozione, da parte della pubblica amministrazione e dei privati, di soluzioni basate sugli strumenti che le nuove tecnologie mettono loro a disposizione.

Se la gestione della transizione digitale viene riferita alla competenza esclusiva statale, *ex art. 117, comma 2, lett. r)*, della Costituzione, le riflessioni relative all'estrema trasversalità e versatilità delle nuove tecnologie non possono che portare alla conclusione che vi siano alcune

³⁷ Cfr. par. conclusivo.

materie di competenza regionale o concorrente che potrebbero essere soggette a una “sovrapposizione” con quella della digitalizzazione.

Si proverà dunque ad analizzare brevemente quali tra queste materie potrebbero essere maggiormente esposte al rischio di essere interessate dall’espansione delle tecnologie digitali e dunque in quali ambiti le regioni potrebbero veder di fatto limitata la propria potestà legislativa in favore di una più ampia incidenza della competenza esclusiva statale.

Il primo tema a emergere in maniera evidente è quello della tutela della salute, probabilmente la materia di competenza concorrente di maggior rilievo a livello politico ed economico, in ragione del suo impatto tanto sulla vita dei cittadini quanto sul bilancio nazionale e regionale. L’impatto della transizione digitale in questo ambito è assai significativo: l’implementazione degli avanzamenti tecnologici in questo settore offre infatti ampi margini di miglioramento per l’accesso ai servizi sanitari, la raccolta e l’analisi dei dati sanitari dei pazienti, lo sviluppo della telemedicina e la c.d. *medicina personalizzata*³⁸. Un esempio significativo, tra i molti aspetti di ingerenza tra le due materie, è rappresentato dalla prospettiva di creazione e diffusione del Fascicolo Sanitario Elettronico³⁹. Questo strumento consiste nella trascrizione e

³⁸ Sulle grandi opportunità che le nuove tecnologie stanno apportando nell’ambito medico-sanitario e sulle sfide che queste possono sollevare con riferimento ai profili giuridici della tutela della salute: D.D.V. DIMITROV, *Medical Internet of Things and Big Data in Healthcare*, in *Health Inform Res.*, vol. 22, 3, 2016, 156-163; E.A. FERIOLI, *L’intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 163 ss.; C. CASONATO, M. FASAN, L. RINALDI, M. TOMASI, *I.A. e medicina: profili giuridici*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia: rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021, 43-57; C. CASONATO, S. PENASA, *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano, 2021, 553-586; S. PENASA, L. BUSATTA, *Bio-technologies, Birth and the Right to Know One’s Genetic Origins*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 187-208.

³⁹ Tra i numerosi studi relativi al FSE si vedano P. GUARDA, *Fascicolo Sanitario Elettronico e protezione dei dati personali*, Trento, 2011; A. PIOGGIA, *Il Fascicolo sanitario elettronico: opportunità e rischi dell’interoperabilità dei dati sanitari*, in R. CAVALLI PERIN (a cura di), *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 221; N. POSTERARO, *La digitalizzazio-*

nella conservazione digitale di tutti i dati sanitari di ciascun individuo⁴⁰, portando così alla formazione di un archivio digitale condiviso a livello nazionale – ed eventualmente europeo – a cui il personale sanitario potrebbe accedere in maniera agevole e diretta. Tramite la sua implementazione si mira infatti a consentire una migliore condivisione dei dati e un accesso diretto alle informazioni mediche relative a ciascun individuo, a cui potrebbero accedere i diversi esercenti professioni sanitarie coinvolti nella cura del paziente. Ciò contribuirebbe certamente a migliorare la continuità delle cure, semplificando il processo di diagnosi e trattamento sanitario, nonché riducendo il rischio di errori medici dovuti alla mancanza o alla incompletezza delle informazioni relative al paziente.

Nell’ottica del presente contributo, l’aspetto di maggior interesse riguarda la potestà legislativa relativa agli interventi normativi indirizzati alla realizzazione del FSE e in particolare se essi siano riferibili alla tutela della salute, di competenza concorrente, o al «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale» di competenza esclusiva dello Stato.

Dubbi analoghi possono essere sollevati in relazione alla materia dell’istruzione (di potestà concorrente), con riferimento all’adozione di piattaforme e strumenti digitali volti tanto al miglioramento dell’offerta formativa, alle comunicazioni tra docenti, alunni e genitori o ancora alla gestione interna degli istituti scolastici e la loro amministrazione⁴¹.

ne della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), in *Federalismi.it*, 26, 2021, 189 ss.

⁴⁰ Ai sensi dell’art. 12, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), il FSE contiene «l’insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l’assistito».

⁴¹ Cfr. P. FERRI, *La scuola digitale. Come le nuove tecnologie cambiano la formazione*, Milano, 2008; E. GUGLIELMAN, *Le tecnologie digitali per la didattica tra innovazione e nuove competenze*, in *Life Design - Research and Education*, 2, 2012, 38-46; D. FADDA, G. VIVANET, *Tecnologie digitali e didattica laboratoriale nell’educazione STEM. Evidenze scientifiche e raccomandazioni pratiche*, in *Collana Quaderni dell’Osservatorio*, 37, 2021.

Similmente, l'auspicabile prospettiva di un sempre più ampio utilizzo delle tecnologie digitali per la valorizzazione del vasto patrimonio di beni culturali e ambientali del Paese⁴² rinnova la questione relativa alla titolarità della competenza legislativa sul punto, in cui vengono a sovrapporsi la digitalizzazione (di competenza statale) e la «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali» (di competenza concorrente).

In effetti il fenomeno qui evidenziato si estende anche all'ampio settore dell'organizzazione degli uffici pubblici, tanto dal punto di vista normativo quanto da quello della loro gestione amministrativa. Nel più recente periodo, infatti, lo Stato è intervenuto in più occasioni con riforme volte a incoraggiare o imporre in maniera crescente l'utilizzo delle tecnologie digitali, al fine di semplificare i processi amministrativi, migliorare la trasparenza dell'attività amministrativa e l'efficienza nell'erogazione dei servizi pubblici. Anche in quest'ambito è opportuno domandarsi se residui, all'interno dei piani nazionali di stimolo alla digitalizzazione dei servizi e dei pubblici uffici, un margine di intervento per le autonomie territoriali, o se sia fisiologico che questi aspetti siano riservati interamente alla disciplina di origine statale⁴³.

Dal conciso e certamente semplicistico esame qui svolto, si può allora confermare come la transizione digitale rappresenti una materia assai ampia, le cui prospettive e opportunità applicative interessano numerosi ambiti riservati alla competenza concorrente. Nel corso dei successivi paragrafi si svolgerà una panoramica dei principali interventi

⁴² Si pensi alla possibilità di svolgere tour virtuali dei luoghi più suggestivi e dei musei del Paese, o di implementare le visite mediante strumenti di realtà aumentata, all'uso della tecnologia 3D per realizzare modelli digitali dettagliati di edifici storici e opere d'arte andati del tutto o parzialmente distrutti, ma anche alla creazione di archivi digitali che permettano una migliore conservazione del patrimonio artistico e documentale, oltre che una sicura e agevole consultazione da parte del pubblico. Infine, tramite l'implementazione di sensori ambientali interattivi si potrebbe utilizzare la tecnologia IoT (Internet of Things) raccogliere dati e monitorare in tempo reale lo stato di salute delle opere d'arte e delle zone di particolare interesse ambientale. Sul punto si veda G. CARCI, A. CAFORIO, C. GAMPER, Tecnologie digitali nei musei: realtà aumentata, apprendimento e audience development, in *Form@re*, vol. 19, 1, 2019, 274-286.

⁴³ Cfr. par. conclusivo.

dello Stato in questo senso e si cercheranno di ipotizzare soluzioni in grado di valorizzare maggiormente il ruolo, ad oggi marginale, delle regioni nel processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione.

3. *Il ruolo dell'UE nel processo di transizione digitale: un affaire communautaire?*

Uno studio che voglia prendere a esame il processo di progressivo inserimento delle tecnologie digitali nell'ordinamento deve certamente considerare il ruolo di primo piano dell'Unione europea in questo ambito.

In effetti l'UE ha assunto una posizione di assoluto protagonismo nella promozione della digitalizzazione all'interno dei singoli Stati membri e nell'affrontare più in generale le sfide e le opportunità legate all'emersione delle nuove tecnologie. Sebbene vi siano esempi virtuosi di ordinamenti statali⁴⁴ che abbiano intrapreso importanti percorsi di *e-Government* prima ancora dello stimolo eurounitario, non vi è dubbio che l'Unione sia l'ente che investe la maggior quantità di risorse ed energia nella transizione digitale e rappresenti il motore normativo ed economico che spinge più di ogni altro fattore gli ordinamenti interni ad adeguarsi al cambiamento in atto⁴⁵.

⁴⁴ Si veda il significativo caso dell'Estonia, che fin dai primi anni del nuovo millennio ha investito notevoli risorse ed energie sullo sviluppo di un'amministrazione digitale. Si vedano, a questo proposito, K. VASSIL, *Estonian e-Government Ecosystem: Foundation, Applications, Outcomes*, in *Background paper for World Development Report 2016*; M. SOLVAK, T. UNT, D. ROZGONJUK, A. VÖRK, M. VESKIMÄE, K. VASSIL, *E-governance diffusion: Population level e-service adoption rates and usage patterns*, in *Telematics and Informatics*, 36, 2019, 39-54; P. VIHMA (a cura di), *Twenty years of building Digital Societies: thinking about the past and future of Digital Transformation*, Tallin, 2023.

⁴⁵ L'UE sviluppa politiche e strategie per promuovere la trasformazione digitale: attraverso iniziative come il programma *Horizon Europe* e i fondi per la transizione digitale mette a disposizione finanziamenti e offre sostegno economico e tecnologico a progetti di ricerca e innovazione nel settore digitale. Un altro esempio di questa attività è identificabile nella promozione di politiche volte alla diffusione di infrastrutture digitali avanzate, come la connettività a banda larga e la rete 5G. Al contempo, l'UE inco-

Ciò avviene mediante una vasta gamma di provvedimenti, che spaziano da atti di *soft law* ad atti normativi veri e propri⁴⁶. Si pensi, per esempio, ai piani strategici adottati dalla Commissione⁴⁷, che pongono obiettivi di medio periodo sull'avanzamento della digitalizzazione a livello europeo e nazionale; alla creazione di complessi indici analitici per studiare l'andamento della transizione digitale negli Stati membri⁴⁸; ai rilevanti piani di investimento che hanno stanziato ingenti risorse economiche con l'obiettivo di stimolare interventi in questo senso da parte degli ordinamenti nazionali⁴⁹; e infine agli atti normativi vincolanti, il cui esempio più rilevante è probabilmente rappresentato dal

raggia oramai da molti anni l'adozione di strumenti *e-Government*, intesi come la fornitura di servizi pubblici digitali ai cittadini da parte delle amministrazioni, al fine di semplificare l'accesso ai servizi pubblici per i cittadini e le imprese, di ridurre la burocrazia – o di trasporla in forma digitale – e di migliorare in generale l'efficienza della pubblica amministrazione.

⁴⁶ Tra i più recenti e rilevanti piani di sviluppo e investimento sul tema si vedano: *Shaping Europe's digital future*; *A European strategy for data*; *Connectivity for a Competitive Digital Single Market - Towards a European Gigabit Society*; *EU Cybersecurity Strategy*; *An SME Strategy for a sustainable and digital Europe*; *EU Digital Education Action Plan (2021-2027)*; *European Skills Agenda*; *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*; *Europe's Digital Decade: digital targets for 2030*.

⁴⁷ 2030 *Digital Compass: the European Way for the Digital Decade*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM(2021)118 final.

⁴⁸ Il più rilevante di questi strumenti è probabilmente l'indice DESI (*Digital Economy and Society Index*). Tramite questo indicatore è possibile misurare il grado di digitalizzazione dei Paesi membri dell'Unione, tanto dal punto di vista del settore pubblico, quanto da quello economico/produttivo, quanto ancora da quello della "alfabetizzazione digitale" dei cittadini e del loro utilizzo delle tecnologie innovative. Il DESI index offre dunque una importante panoramica delle prestazioni digitali dei singoli Paesi, sia in senso generale, sia nella sua analisi degli specifici indicatori che vanno a formare il dato aggregato. La classifica annuale e i parametri metodologici utilizzati sono disponibili all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/desi>.

⁴⁹ Si pensi al fondo *Next Generation EU* e al PNRR italiano che ne rappresenta la trasposizione nell'ordinamento nazionale. Sul suo impatto si veda il par. successivo.

Regolamento generale sulla protezione dei dati⁵⁰ (GDPR), che definisce le norme per il trattamento, la circolazione e la protezione dei dati personali nell'UE.

A fronte di un così accentuato protagonismo nel processo di transizione digitale, risulta interessante evidenziare come in effetti esso non sia esplicitamente citato dai Trattati istitutivi tra le materie di competenza dell'Unione. Gli artt. 3 e 4 del TFUE, che disciplinano rispettivamente le competenze esclusive e concorrenti dell'UE, non fanno menzione di concetti quali digitalizzazione o *e-Government*. Tuttavia, il carattere estremamente poliedrico della materia consente agevolmente di legare gli interventi degli organi eurounitari ad altri ambiti di competenza dell'Unione, quali la salvaguardia della concorrenza, la coesione economica, sociale e territoriale, la protezione dei consumatori, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia o lo sviluppo tecnologico.

A prescindere dalla base giuridica utilizzata dalle istituzioni europee, l'elemento che in questo frangente si ritiene importante evidenziare concerne il fatto che allo stato dell'arte la larga maggioranza degli interventi normativi e dei piani di investimento nazionali relativi alla digitalizzazione derivano in modo più o meno diretto dagli atti generali di origine comunitaria. Questo elemento va tenuto in debita considerazione nel momento in cui si esamina quale sia il possibile rilievo regionale nella loro definizione: in molti casi, infatti, sembra possibile affermare che la “partita” circa la determinazione del loro contenuto si giochi direttamente a livello europeo e allo Stato – e *a fortiori* alle autonomie locali – residui soprattutto un potere di attuazione di tali atti, per il raggiungimento di obiettivi stabiliti a livello sovranazionale.

4. Il quadro attuale della gestione della digitalizzazione

Una volta esaminato il quadro costituzionale delle competenze legislative in cui si inserisce il tema della digitalizzazione – e avendo tenu-

⁵⁰ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

to in debita considerazione il ruolo assunto dalle politiche dell'UE in questo ambito – si procederà di seguito a prendere in rassegna i più rilevanti atti normativi relativi all'effettivo processo di digitalizzazione in Italia. L'insieme di questi atti costituisce il quadro giuridico a fondamento del processo di innovazione digitale nel Paese (nelle sue numerose ramificazioni) ed è fondamentale darne brevemente conto per comprendere in che modo – e tramite quali enti – l'Italia stia affrontando le sfide e le opportunità della trasformazione digitale.

Tra questi si segnala, in primo luogo, il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005, modificato e aggiornato più volte, da ultimo dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, di conversione del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13)⁵¹, il più rilevante atto legislativo volto alla regolazione della digitalizzazione della pubblica amministrazione. Nella medesima ottica si inserisce il Codice della Trasparenza (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, aggiornato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97) che disciplina, tra le altre cose, la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e impone che tutti i siti istituzionali si dotino di un'apposita sezione "Amministrazione trasparente" in cui inserire tutti i provvedimenti in formato digitale. Sempre con riferimento all'evoluzione digitale dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, un altro elemento importante, il sistema SPID, è previsto all'art. 64 del CAD, rubricato «Sistema pubblico per la gestione delle identità digitali e modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni» e disciplinato più dettagliatamente dai d.P.C.M. 24 ottobre 2014 e 19 ottobre 2021.

Ampliando l'orizzonte ad altre declinazioni del fenomeno in esame, meritano sicura menzione la disciplina del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), contenuta inizialmente all'art. 12, comma 15-ter del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 – e successivamente integrata da numerosi d.P.C.M. e de-

⁵¹ Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune.

creti governativi⁵² – e quella del registro elettronico nelle scuole⁵³, introdotta dal d.l. n. 6 luglio 2012, n. 95 (art. 7, commi 28 ss.) convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

Si può dunque agevolmente constatare che da almeno due decenni sia in atto una strategia, condivisa dagli esecutivi di tutti gli schieramenti politici, indirizzata a una progressiva dematerializzazione burocratica e procedimentale in molteplici ambiti dell'attività amministrativa.

Accanto al lato più strettamente legislativo, inoltre, è certamente necessario dar conto delle strategie e degli investimenti nazionali volti alla pianificazione e alla concreta realizzazione degli obiettivi di digitalizzazione. Da questo punto di vista assumono un particolare rilievo i piani triennali Agid⁵⁴, documenti strategici di grande importanza per la promozione della transizione digitale nella pubblica amministrazione. A partire dalla loro introduzione, nel 2016, essi hanno svolto un ruolo centrale in quest'ambito, prevedendo, nei molteplici ambiti applicativi del processo di digitalizzazione della p.a., indicazioni operative, obiettivi e risultati attesi che le amministrazioni, comprese quelle territoriali, sono tenute a prendere come riferimento nella propria attività. I piani triennali sono, infatti, il riferimento essenziale nella pianificazione delle azioni di digitalizzazione da parte di tutte le amministrazioni e hanno svolto un importante ruolo di stimolo alla razionalizzazione delle procedure e alla standardizzazione di piattaforme e strumenti digitali nella

⁵² Tra i più rilevanti: d.P.C.M. del 29 settembre 2015, n. 178 “Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico”; Decreto 18 maggio 2022 “Integrazione dei dati essenziali che compongono i documenti del Fascicolo sanitario elettronico”; Decreto 20 maggio 2022 “Adozione delle Linee guida per l’attuazione del Fascicolo sanitario elettronico”; Decreto 4 agosto 2017 “Modalità tecniche e servizi telematici resi disponibili dall’infrastruttura nazionale per l’interoperabilità del Fascicolo sanitario elettronico (FSE)”. L’elenco completo della normativa di riferimento in tema di Fascicolo Sanitario Elettronico è raccolto in <https://www.fascicolosanitario.gov.it/normativa-di-riferimento>.

⁵³ La normativa qui menzionata ha previsto l’obbligo, in capo alle istituzioni scolastiche e ai docenti, di dotarsi del registro elettronico fin dall’anno scolastico 2012-2013, nonché la possibilità di iscrizione degli alunni online e l’informatizzazione delle comunicazioni scuola-utenza, ivi compreso l’invio digitale della pagella.

⁵⁴ Consultabili all’indirizzo <https://www.agid.gov.it/agenzia/piano-triennale>.

p.a.; l'aggiornamento più recente (piano triennale 2022-2024)⁵⁵, inoltre, ha integrato il proprio contenuto con le profonde novità introdotte dal PNRR.

A conclusione della breve esposizione degli interventi nazionali relativi alla digitalizzazione, è doveroso dare opportuno risalto al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza⁵⁶. Il vasto insieme di interventi e di obiettivi che lo compongono, infatti, hanno proprio nella digitalizzazione uno dei propri punti cardine, tanto che la stessa Missione 1 del Piano è rubricata «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo»⁵⁷. In particolare, la Componente 1 della missione concerne gli interventi sul settore pubblico («digitalizzazione, innovazione e sicurezza della pubblica amministrazione») e la Componente 2 si concentra sul settore privato e produttivo («digitalizzazione, innovazione e competitività del sistema produttivo»). Anche a uno sguardo alle specifiche azioni e interventi previsti al fine di raggiungere gli obiettivi della Missione, emerge con chiarezza come questi investano direttamente gli aspetti più rilevanti volti a incentivare la transizione digitale dell'ordinamento; tra questi, infatti, si segnalano: abilitazione e facilitazione migrazione al cloud; accessibilità dei servizi pubblici; servizi digitali e cittadinanza digitale; cybersicurezza; reti di facilitazione digitale; reti ultraveloci⁵⁸.

A fronte di uno stanziamento di ben 49,86 miliardi di euro, di cui 11,15 destinati specificamente alla componente riguardante la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, è ragionevole immaginare che

⁵⁵ Adottato il 22 dicembre 2022, con decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio con delega all'innovazione tecnologica e alla transizione digitale. Il documento è consultabile online all'indirizzo https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/piano_triennale_per_linformatica_nella_pa_2022-2024.pdf.

⁵⁶ Si v. Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

⁵⁷ Gli interventi riconducibili alla materia in esame, peraltro, non sono contenuti esclusivamente all'interno della Missione 1: si consideri per esempio la Missione 6, relativa a investimenti sulla salute, in cui vengono stanziati ingenti fondi per la modernizzazione degli ospedali e per la telemedicina.

⁵⁸ <https://www.governo.it/it/approfondimento/digitalizzazione-innovazione-competitivita-e-cultura/16701>.

l'attuazione degli obiettivi del Piano avrà un ruolo di assoluto protagonista nello stimolo alla transizione digitale della p.a. nel corso dei prossimi anni⁵⁹, confermando ancora una volta come al momento gli interventi sulla digitalizzazione siano in massima parte riferiti alla fonte statale⁶⁰ (e di ispirazione comunitaria).

Il breve esame dei più incisivi interventi esecutivi indirizzati al raggiungimento della transizione digitale (piani triennali Agid e PNRR) consente di svolgere un'ulteriore riflessione: il processo di digitalizzazione della p.a., oltre che essere materia di competenza esclusiva dello Stato, con chiara prevalenza sulle eventuali altre materie interessate, sembra essere un ambito in cui il *dominus* rimane sempre lo Stato (e l'Unione europea) anche dal punto di vista della sua attuazione, in quanto sono sempre gli organi centrali a stabilire fondi, principi, strumenti, obiettivi.

A fronte di questo quadro generale, alle amministrazioni regionali residua ben poco spazio di intervento a livello legislativo e un altrettanto scarso margine di autonomia in merito alle strategie esecutive da

⁵⁹ In quest'ottica di possono già individuare numerosi atti legislativi, in massima parte decreti-legge, che hanno apportato interventi indirizzati a una migliore attuazione del PNRR. Si vedano per esempio il d.l. 6 maggio 2021, n. 59, recante misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° luglio 2021, n. 101; il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108; il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2021, n. 113; il d.l. 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233.

⁶⁰ Sul punto, si veda l'interessante approfondimento contenuto in A.M. ACIERNO, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rassegna online*, 1, 2023, 748-803.

adottare al fine di raggiungere gli obiettivi dettati a livello statale⁶¹. È opportuno evidenziare che, anche all'interno di un sistema a trazione statale, il processo di digitalizzazione della p.a. passa necessariamente attraverso l'apporto attuativo delle autonomie locali. Le regioni si sono nel tempo dotate di propri piani di investimento digitale⁶², volti soprattutto all'attuazione delle strategie nazionali e comunitarie. Sebbene si presentino come differenti nella loro portata contenutistica e abbiano avuto risultati assai differenti⁶³ nell'operare cambiamenti a livello amministrativo e nella società, nella maggioranza dei casi, le regioni sembrano operare come soggetto attuatore di decisioni prese a livello statale, con poco margine discrezionale se non dal punto di vista della effettiva implementazione della normativa nazionale/europea. Non si tratta, peraltro, di una funzione di rilievo marginale: il fatto che si possa identificare una evidente disparità tra le diverse realtà regionali tanto riguardo al livello di digitalizzazione raggiunto, quanto nel rilievo delle iniziative pianificate per incentivare la transizione digitale della p.a., danno prova dell'importanza dei governi locali per il raggiungimento degli obiettivi posti a livello nazionale. Ciò nonostante, rimane il fatto che le autonomie locali non sembrano avere un impatto rilevante a livello di gestione generale del tema o di produzione legislativa in materia⁶⁴.

⁶¹ Cfr. P. COLETTI, *L'innovazione digitale nella amministrazione pubblica: le azioni delle Regioni*, cit., 463-482.

⁶² Si consideri, per esempio, il caso della Provincia autonoma di Trento, che ha adottato importanti piani di investimento ICT orientati alla trasformazione digitale e alla semplificazione della pubblica amministrazione. Il più recente di questi documenti è denominato Trentino Distretto Digitale 2026 ed è reperibile alla pagina <https://www.provincia.tn.it/Argomenti/Focus/Trentino-Distretto-Digitale-2026>.

⁶³ Con riferimento alle marcate differenze nel processo di digitalizzazione tra le numerose realtà territoriali italiane si veda l'interessante trasposizione su base regionale dell'indice DESI realizzato in A. BENECCHI, C. BOTTONI, E. CIAPANNA, A. FRIGO, A. MILAN, E. SCARINZI, *Digitalisation in Italy: evidence from a new regional index*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 662, dicembre 2021.

⁶⁴ In molti casi sembra possibile ipotizzare che le regioni siano più interessate alla prospettiva di esecutiva di progetti derivanti dall'allocazione sul territorio di fondi nazionali o europei rispetto che all'esercizio di un effettivo potere legislativo in materia. In effetti, questo appare più idoneo all'obiettivo di realizzare un miglioramento della

5. Un accentramento inevitabile? Quale margine per assicurare una voce alle regioni

Al termine della breve analisi qui svolta circa il quadro attuale della gestione della digitalizzazione, la prima considerazione che si ritiene opportuno svolgere concerne l'evidente marginalizzazione del ruolo delle autonomie territoriali del processo di transizione digitale, in particolar modo dal punto di vista della produzione legislativa.

Benché la trasformazione digitale della società nel suo complesso (e della pubblica amministrazione in particolare) rappresenti un punto cardine della visione politica di breve e medio periodo tanto a livello nazionale quanto soprattutto a livello europeo, il ruolo delle realtà regionali in quest'ambito risulta estremamente limitato. Le regioni non hanno infatti modo di intervenire in maniera efficace sul contenuto degli atti normativi dell'Unione e dello Stato, né hanno competenza legislativa in materia; anche nei casi in cui le materie sulle quali la transizione digitale va a incidere dovessero rientrare tra le competenze regionali o concorrenti, la prassi consolidata degli ultimi anni vede una costante prevalenza della materia – che si potrebbe definire trasversale – del «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale».

Prima di provare a ipotizzare una possibile via di risoluzione di questa situazione oggettivamente problematica, almeno dal punto di vista del rispetto delle prerogative regionali, è opportuno sottolineare come vi siano ragioni senz'altro valide a favore della centralizzazione, nazionale o sovranazionale, della normativa e della gestione del processo di digitalizzazione.

In primo luogo, viene in rilievo la necessità di operare in maniera uniforme e coordinata tra i vari rami dell'amministrazione e i diversi livelli di governo con il riferimento ai procedimenti di raccolta, conservazione, trattamento ed elaborazione dei dati. Da questo punto di vista, infatti, è stato evidenziato come sia certamente opportuno che tutte le

situazione sul territorio, rispetto a un complesso tentativo di sviluppare un proprio corpus normativo che distingua la regione dalle altre realtà territoriali.

amministrazioni condividano i propri dati, che essi vengano raccolti utilizzando il medesimo linguaggio o programmi tra loro compatibili e che la gestione delle banche dati sia svolta in maniera centralizzata⁶⁵. L'analisi e l'elaborazione dei dati, infatti, è un'attività assai dispendiosa e complessa tanto dal punto di vista economico quanto da quello tecnologico; realtà amministrative di modeste dimensioni, senza una considerevole potenza di calcolo e sprovviste di tecnici specializzati (come potrebbero essere le realtà locali, quantomeno di livello comunale, ma da alcuni punti di vista anche le regioni stesse), non avrebbero modo di operare con la medesima efficienza ed efficacia rispetto a quanto potrebbe avvenire a livello centralizzato⁶⁶. Per questi motivi è dunque sensato che a livello centrale vengano fornite delle direttive di tipo tecnico che vadano a uniformare il trattamento dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni, così come il tipo di dati che vanno raccolti. È parimenti logico che i dati raccolti a livello locale siano poi messi a disposizione anche delle altre amministrazioni, compresa chiaramente quella statale, quella maggiormente in grado di operare una valida rielaborazione degli stessi. Allo stesso modo, è ragionevole che per la formulazione di obiettivi uniformi e standard minimi da raggiungere per la digitalizzazione della p.a. i piani di intervento e investimento sia-

⁶⁵ Le esigenze di centralizzazione emergono anche in relazione a motivi di cybersicurezza e di manutenzione degli archivi digitali, operazioni rispettivamente tecnicamente complesse e assai costose.

⁶⁶ A ben vedere, ciò dipende essenzialmente dall'entità e dall'accuratezza degli investimenti economici e tecnologici, così come dalle politiche di formazione di tecnici specializzati che ciascuno Stato decide di adottare. Si può avanzare, anche in questo caso, il già citato esempio dell'Estonia, un Paese di modeste dimensioni, scarsamente popolato e non certo tra i più economicamente avanzati del quadro europeo. Tuttavia, mediante un intenso e costante sforzo indirizzato alla realizzazione della transizione digitale tanto nel pubblico quanto a livello privato, ha raggiunto una posizione di avanguardista nel processo di digitalizzazione. Al contempo, però, rileva il fatto che l'ordinamento estone abbia sempre trattato la questione in maniera del tutto centralizzata, anche in virtù del fatto che le amministrazioni locali non hanno poteri legislativi propri. Si parla dell'importanza di "Centrally provided standard IT services" anche all'interno del piano *Estonia's Digital Agenda 2030*, 13-14 (<https://www.mkm.ee/en/e-state-and-connectivity/digital-agenda-2030>).

no elaborati dagli organi centrali, anche in ragione del fatto che sono dotati di una disponibilità economica certamente maggiore per stimolare tali investimenti.

In questo quadro, le realtà regionali avrebbero dunque il compito di adottare misure volte al raggiungimento, nel miglior modo possibile, degli obiettivi statali ed eventualmente di migliorare ulteriormente il livello dei servizi offerti, mediante investimenti aggiuntivi o adottando misure ancor più innovative rispetto a quelle previste dai piani nazionali⁶⁷.

Sebbene queste ragioni inducano a una fisiologica centralizzazione dell'attività legislativa nell'ambito in esame, esse determinano uno sbilanciamento tra le esigenze di omogeneità e le prerogative normative e amministrative delle regioni, a evidente favore delle prime. Eppure, come detto, si ritengono ragionevoli i motivi che portano a una gestione centralizzata della normativa sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione; pertanto, non può essere accolta l'ipotesi di un "semplice" passo indietro dello Stato in favore di una maggiore autonomia regionale in questa materia.

Una possibile soluzione, a parere di chi scrive, può essere individuata nel riconoscere un ruolo di rilievo per le autonomie regionali nel momento precedente all'approvazione delle leggi dello Stato, rafforzando nettamente l'influenza del sistema delle conferenze tra Stato e autonomie nella fase istruttoria dei provvedimenti normativi relativi alla digitalizzazione. Questo andrebbe realizzato a maggior ragione in tutti quegli ambiti, evidenziati nel paragrafo 2.2, in cui la materia trasversale

⁶⁷ Si possono individuare aspetti del processo di digitalizzazione in cui le regioni potrebbero andare oltre rispetto ai livelli definiti dallo Stato, come per esempio fornire una copertura 5G superiore ai livelli previsti dagli investimenti statali. In altri casi, invece, sebbene in linea teorica un maggior attivismo regionale sul punto si potrebbe accogliere con entusiasmo, ciò potrebbe determinare criticità a livello sostanziale. Per esempio, se una Regione decidesse autonomamente di fornire servizi digitali ulteriori e differenti rispetto a quelli messi in atto a livello statale, si rischierebbe di intaccare la necessaria uniformità dei servizi amministrativi e di risultare successivamente in contrasto o in contrapposizione con il medesimo servizio, una volta disciplinato a livello statale. Un caso simile è stato riscontrato nella Provincia Autonoma di Bolzano, in cui la piattaforma *myCIVIS* svolgeva, tra le altre, anche una funzione molto simile a quella dello SPID, poi implementato a livello nazionale.

della digitalizzazione va a sovrapporsi a materie che per Costituzione sarebbero attribuite alla competenza regionale o concorrente. In questi casi sarebbe ancor più necessario che si potesse contemporaneamente l'esigenza di uniformità di trattamento a livello nazionale con gli interessi di ciascuna regione, mediante un attivo e adeguato confronto nella fase istruttoria all'interno della Conferenza Stato-regioni o della Conferenza unificata. In effetti, proprio all'interno di quest'ultima era stato istituito uno specifico organo, la Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle regioni e negli enti locali⁶⁸ (all'art. 14, comma 3-*bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), con funzioni istruttorie e consultive proprio nella logica di incentivare la partecipazione delle autonomie alla determinazione delle politiche nazionali e di coordinare le strategie regionali sul tema⁶⁹. Quest'organo, almeno potenzialmente di grande rilievo pratico a fronte dei grandi sviluppi della materia, è tuttavia venuto meno a seguito dell'abrogazione della sua norma istitutiva per mezzo dell'art. 13, comma 1, lett. c.) d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179⁷⁰.

Che ciò avvenga mediante la (re)introduzione di un organo appositamente dedicato oppure prevedendo uno stabile e rilevante coinvolgimento delle Conferenze di raccordo tra il Governo e le autonomie territoriali, tramite la previsione di pareri obbligatori o preferibilmente di intese, si ritiene auspicabile il rafforzamento di strumenti di questo genere per consentire alle Regioni di avere una effettiva voce nella fase di stesura delle norme nazionali in materia di transizione digitale⁷¹. Ciò

⁶⁸ Al suo interno sedevano i rappresentanti delle Regioni, degli Enti Locali e dei ministeri Affari Regionali e Autonomie Locali (che lo presiedeva), Riforme e Innovazione, Interni, Comunicazione, Salute, Economia e Finanze, Sviluppo. Non si è trattato, peraltro, del primo tentativo di coordinare i diversi livelli di governo sul tema della digitalizzazione: prima della nascita di tale Commissione, infatti, esisteva la Commissione permanente per l'Innovazione e le Tecnologie, istituita con il protocollo d'intesa del 21 marzo 2002 tra Ministro per l'innovazione e le tecnologie e la Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

⁶⁹ E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, cit., 226.

⁷⁰ Si noti, inoltre, come i commi successivi del medesimo articolo contengano proprio le norme istitutive dell'Agid.

⁷¹ Si veda, a proposito del ruolo sempre più marcatamente amministrativo che legislativo delle Regioni nel quadro ordinamentale italiano, F. CORTESE, *Le regioni co-*

non solo in ragione del fatto che gli interventi previsti dalla legislazione dello Stato hanno molto spesso un impatto diretto anche sulle amministrazioni locali, ma anche in virtù della già citata tendenza alla “prevalenza” della materia di competenza statale in quegli ambiti in cui la digitalizzazione si sovrappone a materie di competenza concorrente o regionale⁷².

Se dunque appare corretto che in molti casi la disciplina legislativa in quest’ambito sia stabilita in maniera uniforme a livello centrale, questa soluzione potrebbe consentire di mitigare la chiara marginalizzazione delle regioni sul punto⁷³, valorizzando il principio della leale collaborazione⁷⁴ (nonché dare un maggiore slancio sistema delle conferenze nel suo insieme, da molti ritenuto in crisi)⁷⁵. Un’ipotesi di questo gene-

legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 1, 2023, 335-361.

⁷² La Conferenza deve essere sentita in relazione agli schemi di atti legislativi e regolamentari del Governo che incidano su materie di competenza delle Regioni, ma sul tema in esame non risulta che ciò determini un effettivo coinvolgimento regionale.

⁷³ Con riferimento alle politiche attuative del PNRR, per esempio, le Regioni, tramite la Conferenza, hanno segnalato il proprio malcontento per i ritardi nell’attività nazionale e per lo scarso rilievo che hanno avuto in questa fase. <https://tg24.sky.it/cronaca/2023/08/02/pnrr-conferenza-regioni>; <https://www.osservatoriorecovery.it/lordine-de-l-giorno-pnrr-della-conferenza-stato-regioni-del-2-marzo/>. In linea generale, parla della necessità di rafforzare il sistema delle conferenze con riferimento alle materie trasversali A. PICARONE, *op. cit.*, 45-46; R. BIN, *Dopo le elezioni: un’occasione da non perdere*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2006, 1, 7.

⁷⁴ Sulla necessità di superare le criticità emerse con riferimento al principio di leale collaborazione nelle materie trasversali si vedano le importanti riflessioni contenute in G. FERRAIUOLO, *op. cit.*, spec. 28-30. Sono ancora pienamente attuali le riflessioni di Bin in R. BIN, *op. cit.*, 7, per cui «a partire dalla sentenza n. 303/2003, la Corte costituzionale ha ben spiegato che è impossibile che un Paese possa funzionare senza un coordinamento centrale delle politiche di vasta scala; ma anche che non è più compatibile con il nuovo assetto costituzionale che il Governo agisca unilateralmente. La concertazione diviene perciò la strada obbligata». Cfr. anche A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi a un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi.it*, 25, 2016.

⁷⁵ Sui limiti del sistema delle Conferenze come sede di raccordo tra Stato e regioni, cfr. di recente C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e regioni come*

re appare, nel merito di questa particolare materia, maggiormente ragionevole e realizzabile a livello sostanziale rispetto a un più netto cambio di prospettiva, che riduca la centralità dello Stato e conceda maggiore spazio legislativo alle regioni sul tema della transizione digitale, così come a un'improbabile svolta nella lettura dell'art. 117, comma 2, lett. r) da parte della Corte costituzionale, che ne interpreti in maniera più rigida il significato, limitando così la vasta espansione della materia e quindi dell'interventismo statale.

metafora del regionalismo incompiuto, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, 296 ss.; F. CORTESE, *Le intese Stato-Regioni tra volontà politica e decisione amministrativa. Nota a Corte cost., n. 224/2019*, in *Le Regioni*, 1, 2020, 145-154; G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021.

TRANSIZIONE, LAVORO, FRAGILITÀ

LE POTENZIALITÀ DEL LAVORO AGILE OLTRE LA PANDEMIA

*Camilla Faggioni**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Il lavoro agile prima dell'emergenza sanitaria. Un istituto "di nicchia".* 3. *Il lavoro agile durante l'emergenza sanitaria.* 3.1. *I connotati della modalità agile nella legislazione emergenziale.* 3.2. *Il lavoro agile come strumento di tutela dei soggetti fragili.* 4. *Il lavoro agile dopo l'emergenza sanitaria. Quali prospettive?* 5. *Cenni conclusivi.*

1. Introduzione

Il lavoro agile, comunemente noto come *smart working*, è stato introdotto in Italia nel 2017, attraverso gli artt. 18 e ss. della l. 22 maggio 2017, n. 81, al duplice scopo di agevolare la conciliazione vita-lavoro e incrementare la competitività. Tuttavia, soltanto dopo l'emergenza sanitaria tale modalità di lavoro ha estrinsecato le sue molteplici potenzialità, tra cui, in particolare, quella di protezione e inclusione dei lavoratori fragili. Per alcuni di essi, il legislatore della pandemia ha previsto un semplice *favor* per la modalità agile, mentre ad altri è stato riconosciuto un vero e proprio diritto al lavoro agile.

Il presente contributo si propone di indagare il ruolo del lavoro agile nella tutela dei soggetti fragili, non solo durante l'emergenza sanitaria, bensì anche in condizioni normali, nell'ottica di una possibile transizione dal modello di lavoro tradizionale verso uno maggiormente flessibile e potenzialmente più inclusivo.

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto interdisciplinare "ELW – *Emergenze - Lavoro - Welfare*" dell'Università degli Studi di Trento.

Nella prima parte del contributo si analizzerà la disciplina emergenziale in materia di lavoro agile, mettendone in luce le differenze rispetto alla disciplina originaria. La trattazione si concentrerà sul settore privato e, in particolare, su alcune disposizioni ritenute particolarmente rilevanti dal punto di vista della tutela dei soggetti fragili: gli artt. 26 e 39, d.l. n. 18/2020 e l'art. 90, d.l. n. 34/2020.

Nella seconda parte del contributo si rifletterà sulle prospettive di consolidamento della disciplina emergenziale in materia di lavoro agile, con particolare riguardo alle disposizioni previste durante la pandemia a tutela dei soggetti fragili. Infatti, alcune di queste disposizioni non sono più in vigore da diverso tempo, altre sono state prorogate fino a marzo 2024, mentre altre ancora appaiono stabili, non avendo un'efficacia limitata allo stato di emergenza. Inoltre, la giurisprudenza ha più volte evidenziato la portata della modalità agile come garanzia per i soggetti fragili e la dottrina maggioritaria auspica un consolidamento di buona parte della normativa emergenziale. Ciononostante, la questione risulta complessa. Innanzitutto, resta da capire se (e come) il modello del luogo di lavoro tradizionale, che per anni ha costituito una delle fondamenta del diritto del lavoro italiano, possa davvero essere abbandonato. Inoltre, il consolidamento delle misure di promozione della modalità agile attuate durante la pandemia dev'essere necessariamente accompagnato da alcune precauzioni. Ci si riferisce, in particolare, alla necessità di ripristinare l'originaria base consensuale della modalità agile.

2. Il lavoro agile prima dell'emergenza sanitaria. Un istituto "di nicchia"

La l. n. 81/2017 ha introdotto per la prima volta in Italia il lavoro agile, inteso come una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato», a natura prettamente consensuale, cioè basata imprescindibilmente sull'accordo delle parti, caratterizzata dall'assenza di «pre-

cisi vincoli di orario o di luogo di lavoro»¹, grazie all'utilizzo di strumenti tecnologici².

Prima dell'emanazione della l. n. 81/2017, alcune grandi imprese italiane avevano già svolto delle sperimentazioni tese allo spostamento di parte delle attività da remoto³. Tali sperimentazioni erano regolate negozialmente, solitamente attraverso il coinvolgimento attivo delle organizzazioni sindacali. In altri casi, esse erano promosse unilateralmente dal *management* aziendale⁴.

Il lavoro agile, così come disciplinato dalla l. n. 81/2017, è basato su un accordo scritto, stipulato *ad hoc* tra il lavoratore e il suo datore di lavoro, comunemente chiamato “patto di agilità”⁵. In particolare, la l. n. 81/2017 rimette a tale accordo la decisione relativa al *quantum* della modalità agile, lasciando cioè alle parti la libertà di decidere come suddividere i momenti di lavoro all'interno dei locali aziendali e i momenti all'esterno, con l'unica precisazione del necessario rispetto dei «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale»⁶. Oltre al patto di agilità, la l. n. 81/2017 prevedeva una serie di “appesan-

¹ L. 22 maggio 2017, n. 81, Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, art. 18.

² Per un inquadramento della l. n. 81/2017, cfr., *ex multis*, L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; F. CHIETERA, *Il lavoro agile*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Bergamo, 2018, 345-355; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 461 e ss.; U. CARABELLI, S. FASSINA, *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Roma, 2018.

³ M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4, 2017, 979-980.

⁴ B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2020, 221.

⁵ Per approfondire, cfr. E. GRAMANO, *L'accordo sul lavoro agile: forma e contenuto*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 503-514.

⁶ L. n. 81/2017, cit., art. 18, co. 1. M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2022, 405.

timenti burocratici⁷ aggiuntivi, che sono stati in larga parte semplificati durante l'emergenza sanitaria⁸. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 22, l. n. 81/2017 – che prevede l'obbligo in capo al datore di lavoro di consegnare annualmente al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro – e all'art. 23 – che imponeva obblighi di comunicazione agli organi amministrativi –. Tali adempimenti burocratici minavano la snellezza di un istituto che, per sua natura, dovrebbe essere caratterizzato dall'agilità. È probabile che il livello di complessità degli adempimenti burocratici abbia contribuito a far sì che, anche dopo l'emanazione della l. n. 81/2017, il lavoro agile sia rimasto un istituto “di nicchia”⁹, poco utilizzato nel panorama imprenditoriale italiano e praticamente assente dalle raccolte giurisprudenziali¹⁰ e dal dibattito dottrinale¹¹. Come si illustrerà, la situazione appena descritta è cambiata drasticamente con l'avvento dell'emergenza sanitaria.

Il lavoro agile non costituisce semplicemente una modalità prestazionale di lavoro subordinato, bensì possiede molteplici potenzialità, rivelatesi durante la pandemia di Covid-19¹². Invero, già la l. n. 145/2018 aveva valorizzato il ruolo della modalità agile dal punto di vista dell'in-

⁷ P. ICHINO, *Il lavoro agile un po' appesantito. Intervista a cura di Claudio Tucci*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 maggio 2017.

⁸ Ci si riferisce al d.P.C.M. 8 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative del Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, al d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. *Cura Italia*) e al d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. *Decreto rilancio*). Inoltre, come si illustrerà più avanti, il d.l. 21 giugno 2022, n. 73, ha previsto una vera e propria novella dell'art. 23, l. 81/2017.

⁹ B. CARUSO, *op. cit.*, 220; D. DE MASI, *La filosofia del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, 19 ss.

¹⁰ B. CARUSO, *op. cit.*, 221.

¹¹ Così G. GENTILE, *Lo Smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2, 2020, 492.

¹² B. CARUSO, *op. cit.*, 224.

clusività del mercato del lavoro, aggiungendo all'art. 18, l. n. 81/2017, il co. 3-*bis*¹³. Tale disposizione obbliga i datori di lavoro, sia pubblici che privati, ad accogliere in via prioritaria le richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi al congedo di maternità e dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità. La regola, com'è evidente, rileva soltanto nel caso in cui un numero limitato di posizioni lavorative sia gestibile da remoto e vi siano più candidati rispetto ai patti di agilità stipulabili¹⁴. In tal caso, le lavoratrici madri di figli piccoli e i lavoratori genitori di figli disabili possono far valere il loro diritto di precedenza nello svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile. La riforma introdotta dalla l. n. 145/2018 dimostra come il legislatore avesse intravisto alcune delle potenzialità della modalità agile anche prima della pandemia, incoraggiandone l'utilizzo al fine di sostenere soggetti a rischio di esclusione dal mercato del lavoro. Tuttavia, come si dirà, solo durante il periodo emergenziale il lavoro agile è stato consacrato definitivamente come strumento di tutela e inclusione dei soggetti fragili.

3. Il lavoro agile durante l'emergenza sanitaria

3.1. I connotati della modalità agile nella legislazione emergenziale

La disciplina del lavoro agile emanata durante la fase pandemica ha avuto carattere essenzialmente derogatorio, tanto da esser stata definita una “non-disciplina”¹⁵, a causa della numerosa serie di provvedimenti che hanno incentivato – e, talvolta, imposto – il lavoro a distanza, disattivando a poco a poco le disposizioni generali di cui alla l. n. 81/2017. Basti pensare che, fin dai primi mesi del periodo pandemico, è stata

¹³ L. 30 dicembre 2018, n. 145, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019, art. 1, co. 486.

¹⁴ M. BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. Giur.*, 6, 2020, 565.

¹⁵ R. GALARDI, *Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2021.

introdotta in via generale la possibilità di svolgere l'attività lavorativa da casa¹⁶, anche in assenza degli accordi individuali¹⁷.

Il lavoro agile della pandemia ha assunto caratteristiche molto diverse rispetto a quelle previste dalla disciplina originaria contenuta nella l. n. 81/2017.

Innanzitutto, durante l'emergenza sanitaria la modalità agile ha coinciso essenzialmente con il lavoro da casa¹⁸, essendo impossibile durante il *lock-down* realizzare l'alternanza tra lavoro da remoto e lavoro in azienda, tipica dei patti di agilità pre-pandemici.

Inoltre, il lavoro agile ha perso il suo tratto volontaristico e consensuale, dato che la disciplina emergenziale prescinde dall'accordo con il singolo lavoratore¹⁹. Si consideri, poi, che durante la pandemia la modalità agile risultava poco flessibile dal punto di vista dell'orario, dato che nella maggior parte delle esperienze veniva osservato l'orario aziendale²⁰. Come ha scritto un'autorevole dottrina, l'istituto è passato dall'essere una «misura organizzativa di flessibilità temporale e logistica» a diventare una «misura (per lo più rigida) di (tele)lavoro domiciliare forzato»²¹.

Infine, durante la pandemia il Ministero del Lavoro ha predisposto una procedura telematica semplificata per il caricamento delle comunicazioni di lavoro agile di cui all'art. 23, l. n. 81/2017. Questo particolare aspetto della disciplina emergenziale ha avuto il merito di rendere il lavoro agile più snello e di mitigare quegli stringenti adempimenti burocratici, introdotti dalla l. n. 81/2017, che erano stati criticati in dottri-

¹⁶ D.l. 25 marzo 2020, n. 19, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, art. 1, co. 2, lett. ff.

¹⁷ D.P.C.M. 8 marzo 2020, cit., art. 2, co. 1, lett. r.

¹⁸ A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del Covid 19*, in *www.federalismi.it*, 8, 2020, 15.

¹⁹ Su questo tema, si veda C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 135-139.

²⁰ A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 419, 2020, 45. Cfr. anche M. TUFO, *Il lavoro agile (d'emergenza) esordisce in giurisprudenza*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2, 2020, 4.

²¹ M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 408.

na²². Come si vedrà, subito dopo la fine dello stato di emergenza, la semplificazione degli obblighi di comunicazione è stata consolidata.

3.2. *Il lavoro agile come strumento di tutela dei soggetti fragili*

Come accennato sopra, durante la pandemia il lavoro agile è stato utilizzato come strumento di tutela dei lavoratori c.d. *fragili*. Il concetto di fragilità non ha un significato univoco e si presta a molteplici interpretazioni. Esso può essere letto in analogia con i concetti di vulnerabilità e di svantaggio, che, tuttavia, appaiono a loro volta mutevoli e sfuggenti²³. Infatti, nonostante siano utilizzati sia da fonti normative nazionali, sia da fonti dell'Unione europea, raramente ne è stata data una chiara definizione: nella maggior parte dei casi, il legislatore ha preferito procedere attraverso elenchi eterogenei di categorie di soggetti riconducibili a tali ampi concetti²⁴. Si pensi, per esempio, al Regolamento UE 651/2014, che non definisce il concetto di svantaggio, bensì si limita a elencare i soggetti considerati “svantaggiati” o “molto svantaggiati” ai fini della disciplina in materia di aiuti di stato²⁵.

Per quanto attiene alla legislazione emergenziale in materia di lavoro agile, la fragilità corrisponde a una situazione inerente quasi esclusivamente allo stato di salute, dato che i principali destinatari delle disposizioni sono i lavoratori la cui salute rischia di essere gravemente compromessa dal contagio del Covid-19²⁶. Infatti, in virtù dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, appartengono alla categoria dei soggetti fragili:

²² Ci si riferisce, per esempio, a P. ICHINO, *op. cit.*, 2017.

²³ O. GIOLO, B. PASTORE, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, 161-162.

²⁴ O. GIOLO, B. PASTORE, *op. cit.*, 2018, 169.

²⁵ Regolamento (UE) della Commissione n. 651 del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato. Cfr. W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 4, 2020, 897 e ss.

²⁶ M. TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e oltre*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2, 2021, 3. Sul concetto di fragilità nella disciplina emergenziale, si veda anche A. CARACCIOLLO, *Patologie croniche e lavoratori*

- a) i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità, con connotazione di gravità, ai sensi dell'art. 3 comma 3, legge 104/1992;
- b) i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'art. 3, comma 1, legge 104/1992.

Tale concetto di fragilità è stato poi chiarito da una Circolare interministeriale del 4 settembre 2020, che ha specificato che la maggiore o minore fragilità di un soggetto dev'essere individuata in base alle condizioni di salute del lavoratore, legate a patologie preesistenti, che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto. Inoltre, la Circolare ha chiarito che il concetto di fragilità può evolversi sulla base di eventuali nuove conoscenze scientifiche, sia di tipo epidemiologico, sia di tipo clinico²⁷. Tale Circolare ha specificato, infine, che non è rilevabile alcun automatismo tra l'età anagrafica del lavoratore e la sua condizione di fragilità e che la maggiore fragilità delle fasce di età più elevate della popolazione va intesa congiuntamente alla presenza di comorbidità.

A onor del vero, alcune disposizioni in materia di lavoro agile emanate durante la pandemia si applicano anche ai c.d. *caregiver*. Infatti, tra i lavoratori considerati fragili ai fini della legislazione emergenziale si trovano anche i genitori lavoratori con almeno un figlio in condizioni di disabilità grave, oppure con bisogni educativi speciali²⁸. È probabile che la *ratio* di tale previsione sia quella di tutelare non soltanto la salute dei lavoratori, bensì anche le loro esigenze di conciliazione vita-lavoro,

fragili, in M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica*, Bergamo, 2022, 131 e ss.

²⁷ Ministero della Salute e Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Circolare interministeriale 4 settembre 2020, n. 13. Per approfondire: C. LAZZARI, *Ancora a proposito di lavoratori fragili: brevi note sulla Circolare interministeriale 4 settembre 2020*, n. 13, in *Riv. Giur. Lav.*, 2, 2020, 131 e ss.

²⁸ M. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *Lav. Dir. Eur.*, 1, 2022, 2-3.

derivanti da carichi di famiglia particolarmente pesanti e delicati²⁹. Come si illustrerà, l'istituto del lavoro agile ha una potenziale validità protettiva e inclusiva molto ampia, non limitata ai lavoratori la cui fragilità attiene allo stato di salute, bensì utile anche nei confronti di soggetti che si trovano in altre situazioni di fragilità o che hanno esigenze diverse rispetto a quelle ordinarie³⁰.

Il citato art. 26, d.l. n. 18/2020, è stato il primo a fare riferimento al lavoro agile come strumento di tutela dei lavoratori fragili³¹. Esso ha previsto per la prima volta un vero e proprio diritto al lavoro agile in favore di tali lavoratori (co. 2-*bis*), stabilendo che essi svolgano di norma la prestazione lavorativa in modalità agile

anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto.

Si tratta di un diritto soggettivo ben più significativo rispetto al semplice diritto di precedenza che era stato introdotto dalla l. n. 145/2018. Per di più, l'art. 26 non menziona alcun vincolo di necessaria compatibilità tra la tipologia di mansioni affidate al lavoratore e la modalità agile e, facendo riferimento a misure organizzative che richiamano il *repêchage*, amplia considerevolmente la possibilità di fruizione della modalità agile da parte del lavoratore³².

²⁹ A proposito di lavoro agile e prestatori di cure, si veda A. GABRIELE, *Il tempo della cura e i divari territoriali e di genere: il ruolo dello smart working*, in L. CORAZZA, L. DI SALVATORE, F. TANTILLO, R. ZUCARO (a cura di), *Smart working, tempi di vita e del lavoro e riequilibrio demografico dei territori*, in *Quaderni della Fondazione G. Brodolini*, n. 66, 2024, 12 ss.

³⁰ Sul tema, si veda M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 2022, 415 ss.

³¹ Per un approfondimento sul d.l. n. 18/2020, si veda V. FILI, *Decreto "Cura Italia". Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. Giur.*, 4, 2020, 332-340.

³² M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 405.

Inoltre, il co. 2 dell'art. 39 dello stesso d.l. ha previsto un'ulteriore ipotesi di *favor*, che si è aggiunta a quelle già previste dalla l. n. 145/2018, a beneficio dei lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa³³. Anche a questi ultimi è riconosciuta una priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile.

Il diritto di precedenza di cui all'art. 39 riguarda soltanto i lavoratori del settore privato, la cui situazione è caratterizzata da un minore grado di fragilità rispetto ai soggetti di cui all'art. 26. Pertanto, la tutela predisposta dal d.l. n. 18/2020 si struttura su due livelli, corrispondenti ad altrettanti livelli di fragilità, per cui la condizione di minor debolezza degrada la garanzia da diritto vero e proprio a mera priorità³⁴. Questa tutela attenuata è stata accolta con grande favore dalle associazioni datoriali ed era già presente in molteplici contratti collettivi³⁵. L'art. 39, co. 2, è l'unica disposizione tra quelle qui esaminate a non fare alcun riferimento al perdurare dello stato emergenziale e costituisce, pertanto, una misura di tutela stabile.

La tutela dei lavoratori fragili è stata ulteriormente estesa dall'art. 90, co. 1, del d.l. n. 34/2020, che ha riconosciuto un diritto al lavoro agile anche per i lavoratori che, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, risultano maggiormente esposti al rischio di contagio da Covid-19, così come ai lavoratori genitori di figli preadolescenti. Tuttavia, tale diritto incontra il limite della compatibilità tra le mansioni del lavoratore e la modalità agile³⁶. Pertanto, un eventuale rifiuto da parte del datore di lavoro risulta legittimo, ma deve essere motivato da ragioni organizzative suscettibili di controllo giudiziale³⁷.

³³ Come fa notare Turrin, risulta irragionevole e potenzialmente discriminatoria l'esclusione dei lavoratori pubblici da tale diritto di precedenza. M. TURRIN, *op. cit.*, 14.

³⁴ M. BROLLO, *Smart o emergency work?*, cit., 565.

³⁵ M. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, cit., 4.

³⁶ L. VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *Lav. Giur.*, 12, 2020, 1195.

³⁷ Si veda, sul punto, G.I. VIGLIOTTI, *Il diritto allo smart working per i lavoratori c.d. "fragili"*, in *Soluzioni Lavoro*, 6 agosto 2020.

In sintesi, il sistema risulta alquanto ingarbugliato, essendo spesso utilizzate espressioni equivoche e presentando alcune sovrapposizioni tra i soggetti tutelati dalle diverse misure. Il quadro si è complicato ulteriormente quando il d.l. n. 221/2021 ha prorogato il diritto al lavoro agile di cui all'art. 26, d.l. n. 18/2020, facendo riferimento a una categoria di lavoratori individuata sulla base di criteri parzialmente nuovi³⁸. Infatti, l'art. 17, co. 2, d.l. n. 221/2021 ha demandato a un d.m. del 4 febbraio 2022 l'individuazione delle «patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali ricorre la condizione di fragilità». Si tenga ben presente che la tutela di cui all'art. 90, co. 1, d.l. n. 34/2020 – stabilita a beneficio dei lavoratori che risultano maggiormente esposti al contagio da Covid-19 – e quella di cui all'art. 17, co. 2, d.l. n. 221/2021 – riguardante i lavoratori affetti da gravi patologie – non risultano identiche. Infatti, mentre il diritto al lavoro agile in capo ai lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio (e dei genitori di figli preadolescenti) incontra il limite della compatibilità delle mansioni del lavoratore con la modalità agile, il diritto di cui godono i soggetti affetti da gravi patologie dev'essere garantito anche attraverso l'adibizione del lavoratore a una diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento.

4. Il lavoro agile dopo l'emergenza sanitaria. Quali prospettive?

L'istituto del lavoro agile è cambiato profondamente in seguito alla pandemia.

Innanzitutto, la conversione in legge del d.l. n. 73/2022 ha previsto una modifica definitiva dell'art. 23, co. 1, l. n. 81/2017, relativo agli obblighi di comunicazione del datore di lavoro³⁹. Si tratta di una novità

³⁸ D.l. 24 dicembre 2021, n. 221, Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19, art. 17, co. 2.

³⁹ L. 4 agosto 2022, n. 122, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2022, n. 73, recante misure urgenti in materia di semplificazioni fiscali

estremamente rilevante, con diverse ricadute pratiche⁴⁰, che dovrebbe consentire all'istituto di mantenere quella snellezza guadagnata durante l'emergenza sanitaria.

Inoltre, la disciplina del lavoro agile è stata modificata dal d.lgs. 105/2022 di attuazione della Direttiva UE 2019/1158⁴¹. Quest'ultima impone agli Stati membri di adottare delle misure per riconoscere a genitori e prestatori di assistenza il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, anche mediante l'uso del lavoro a distanza⁴². Il d.lgs. n. 105/2022 prevede la modifica dell'art. 18, co. 3-*bis*, l. n. 81/2017, stabilendo che il diritto di priorità nell'accesso al lavoro agile debba essere riconosciuto (i) alle lavoratrici e ai lavoratori con figli fino a dodici anni di età (oppure senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità grave) e (ii) ai lavoratori con disabilità grave o che siano *caregiver* di familiari con disabilità grave.

Per quanto riguarda la tutela prevista dal legislatore emergenziale a favore dei lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio e dei genitori lavoratori con figli preadolescenti (art. 90, co. 1, d.l. n. 34/2020), la legge di conversione del d.l. n. 145/2023 ne ha da ultimo prorogato la validità fino al 31 marzo 2024⁴³. Al contrario, per i lavoratori affetti da gravi patologie con scarso compenso clinico, elencate nel d.m. del 4

e di rilascio del nulla osta al lavoro, Tesoreria dello Stato e ulteriori disposizioni finanziarie e sociali.

⁴⁰ Si segnala, tuttavia, che nella fase di avvio della nuova procedura la riforma ha rivelato alcune criticità e complicazioni operative, come illustrato da M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, in *Lav. Giur. Suppl. Dig.*, 1, 2022, 46.

⁴¹ Cfr. d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, Attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

⁴² Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, artt. 9 e 3. Cfr. E. DAGNINO, *Sull'attuazione della Direttiva 2019/1158 tramite il d.lgs. n. 105/2022: il nodo del lavoro flessibile*, in *Lav. Giur.*, 2, 2023, 140 e ss.

⁴³ L. 15 dicembre 2023, n. 191, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2023, n. 145, recante misure urgenti in materia economica e fiscale, in favore degli enti territoriali, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili, art. 18-*bis*.

febbraio 2022 (art. 17, co. 2, d.l. n. 221/2021), il d.l. n. 132/2023 ha prorogato il diritto al lavoro agile soltanto fino al 31 dicembre 2023. In ogni caso, in assenza di ulteriori proroghe (che, nel momento in cui si scrive, non sembrano previste), si deve ritenere che a entrambe le categorie di lavoratori si applichi ormai la disciplina generale definita dalla l. n. 81/2017.

Resta invece in vigore per i lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa l'art. 39, co. 2, d.l. n. 18/2020. Tale disposizione non è stata prorogata, ma, diversamente dalle altre disposizioni citate, non fa alcun riferimento al perdurare dello stato di emergenza⁴⁴. Essa, tuttavia, prevede un mero diritto di precedenza nell'accoglimento delle istanze di agilità: evidentemente, il legislatore ha inteso inserire stabilmente un'ipotesi di accesso prioritario al lavoro agile a favore di alcuni soggetti in condizione di fragilità. Purtroppo, la formulazione dell'art. 39, co. 2, appare piuttosto vaga, non essendo chiari né i termini né le mansioni ammesse al suddetto diritto di precedenza⁴⁵. Invero, anche le altre disposizioni poc'anzi citate stabilivano poco o nulla in merito alle modalità concrete di svolgimento del lavoro agile, lasciando ampia discrezionalità al datore di lavoro.

Da un lato, è auspicabile un consolidamento del diritto al lavoro agile che era stato previsto a favore dei soggetti fragili durante lo stato d'emergenza. Infatti, tale diritto tutelava anche situazioni «che si proiettano ben oltre l'orizzonte temporale della pandemia e la cui emersione non è certo imputabile a quest'ultima, la quale si è tutt'al più limitata a rendere macroscopiche situazioni di fragilità già diffuse»⁴⁶. L'utilità e l'efficacia dell'istituto del lavoro agile ai fini della tutela dei lavoratori fragili o con particolari esigenze di cura è ampiamente dimostrata anche dal fatto che le controversie in materia sono state instaurate quasi tutte tramite procedimenti d'urgenza⁴⁷.

⁴⁴ M. TURRIN, *op. cit.*, 13; M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 423.

⁴⁵ M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 424.

⁴⁶ M. TURRIN, *op. cit.*, 24.

⁴⁷ M. TURRIN, *op. cit.*, 21. Sulla giurisprudenza in materia di lavoro agile emergenziale, si rimanda a I.C. MAGGIO, *L'accesso alla tutela d'urgenza in periodo di emergen-*

Dall'altro lato, è necessario un riordino delle tutele e un ripristino della base volontaristica dell'istituto. Infatti, ai fini del buon funzionamento della modalità agile è necessario non soltanto garantire il rispetto dei requisiti di sicurezza⁴⁸ e del diritto alla disconnessione⁴⁹, bensì anche recuperare il consenso genuino del lavoratore, anche per evitare che il lavoro agile, invece di permettere una migliore conciliazione vita-lavoro, dia vita a inedite occasioni di stress lavoro-correlato, a causa della scarsa familiarità con i dispositivi tecnologici e della «porosità dei confini tra tempo libero e tempo di lavoro»⁵⁰. Infatti, se, da un lato, i lavoratori agili possono scegliere le ore di lavoro più produttive per loro e l'ambiente di lavoro che favorisce maggiormente la loro concentrazione, dall'altro lato vi è un concreto rischio di inquinamento dei momenti e dei luoghi deputati alla vita privata e familiare. In altre parole, la piena libertà nella gestione dei tempi e degli spazi rischia di compri-

za sanitaria da Covid 19 per lo svolgimento della mansione in smart working, in *Lav. Giur.*, 3, 2021, 301; C. SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1, 2021, 92 ss.; T. MASERATI, *Il rifiuto ingiustificato è discriminatorio? Su sindacato giudiziale e limiti al potere direttivo nel lavoro agile "emergenziale"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4, 2020, 1163 ss.; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come accomodamento ragionevole tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 4, 2020, 531 ss.; G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2, 2020, 489 ss.; G.I. VIGLIOTTI, *op. cit.*; M. PERUZZI, A. PIGNATELLI, *Diritto al lavoro agile e compatibilità con la prestazione al tempo dell'emergenza Covid-19*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4, 2020, 717 ss.; L. VALENTE, *op. cit.*, 1195 e ss.; R. PETTINELLI, *Il controllo di ragionevolezza sul ricorso al lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, in *Arg. Dir. Lav.*, 5, 2020, 1233 ss.

⁴⁸ Si confronti su questo aspetto P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Lav. Giur.*, 12, 2020, 1117 ss.; R. GUARINIELLO, *Sicurezza nello smart working tra norme emergenziali e legge n. 81/2017*, in *Dir. Prat. Lav.*, 3, 2020, 2242 ss.

⁴⁹ Cfr. A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 547-561.

⁵⁰ E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 3, 2016, 280.

mere la sfera del non-lavoro fino al punto di «annientare le tutele poste a garanzia della dimensione personale del lavoratore»⁵¹. Di fatto, l'istituto presenta una certa ambivalenza, potendo rappresentare un'opportunità per un lavoratore e una circostanza sfavorevole per un altro, a seconda delle diverse tipologie di fragilità e delle singole situazioni personali, familiari e abitative⁵².

In sintesi, il lavoro agile, se attuato con le giuste precauzioni, potrebbe costituire una preziosa misura di inclusione per molteplici categorie di soggetti. Si pensi, per esempio, al possibile ruolo della modalità agile nella creazione di un mercato del lavoro maggiormente favorevole per i *caregiver* e le lavoratrici madri che cercano un equilibrio tra vita privata e vita professionale⁵³, oppure per le nuove generazioni, che, complici anche le conseguenze psicologiche ed emotive della pandemia, mal tollerano il modello di lavoro tradizionale⁵⁴. In generale, il lavoro agile può costituire una valida soluzione per tutti coloro che presentano esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita personale differenti rispetto a quelle comuni.

Inoltre, come rilevato da una copiosa letteratura, la promozione del lavoro agile potrebbe contribuire a rivitalizzare le aree interne e remote, contrastandone lo spopolamento⁵⁵, nonché a migliorare la situazione in termini di sostenibilità ambientale⁵⁶.

⁵¹ A. GABRIELE, *op. cit.*, 18. Cfr. anche M. BROLLO, *Smart o emergency work?*, cit., 568.

⁵² M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 417. Per una riflessione sui rischi del lavoro agile, si veda F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Diritti lavori mercati*, 1, 2018, 17-36.

⁵³ M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giust. Civ.*, 3, 2020; L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI et al. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 153 ss.

⁵⁴ M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, cit., 44.

⁵⁵ O. CASALE, D. ANNUNZIATO MODAFFARI, P. RINALDI, *Smart working 5.0, riorganizzazione della vita e del lavoro e riequilibrio demografico dei territori*, in L. CORAZZA, L. DI SALVATORE, F. TANTILLO, R. ZUCARO (a cura di), *Smart working, tempi di vita e del lavoro e riequilibrio demografico dei territori*, Roma, 2024, 117 ss.; C. TISAT, A. ROCCHI, *Nomadismo digitale e territori ai margini. Verso un modello di sviluppo per (ri)abitare le aree interne*, in L. CORAZZA, L. DI SALVATORE, F. TANTILLO, R. ZUCA-

In un certo senso, il lavoro agile emergenziale ha costituito un banco di prova per una diversa concezione del lavoro dipendente⁵⁷. Se il modello di lavoro agile inizierà a sostituire sempre di più il modello di lavoro tradizionale, il lavoro dipendente potrebbero cominciare ad assomigliare sempre di più all'attività imprenditoriale, posto che i lavoratori sarebbero maggiormente responsabilizzati sul risultato e aumenterebbe il loro coinvolgimento nella gestione dell'impresa⁵⁸. Ciò potrebbe portare a un radicale cambiamento del ruolo delle organizzazioni sindacali, che potrebbero, per esempio, specializzarsi nella negoziazione di forme di retribuzione legate all'aumento della produttività dei singoli lavoratori⁵⁹. In ogni caso, è necessario rafforzare il ruolo delle parti sociali nell'attuale transizione verso una sempre maggiore fragilità⁶⁰. Proprio durante la pandemia si è assistito a una trasformazione delle attività delle organizzazioni sindacali, che si sono rivelate inaspettatamente dinamiche e hanno dato vita a *best practice* di gestione condivisa di

RO (a cura di), *Smart working, tempi di vita e del lavoro e riequilibrio demografico dei territori*, cit., 126 ss.; L. CORAZZA, *Smart working e aree interne: nuovi scenari demografici*, in *Il Sole 24 ore*, 26 ottobre 2023; M. MIRABILE, E. MILITELLO, *South working: per un futuro sostenibile del lavoro agile in Italia*, Roma, 2022; L. CORAZZA, *Work without mobility: smart working and social geography in the post pandemic*, in *Lav. Dir.*, 2, 2022, 431-448; EAD., *Aree interne e lavoro: la grande sfida dello smart working al tempo della pandemia*, in *Civiltà Appennino*, 20 dicembre 2020.

⁵⁶ M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, cit., 45.

⁵⁷ M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili*, cit., 408; A. PERULLI, *I valori del diritto e il diritto come valore. Etica e assiologia nel diritto del lavoro neo-moderno*, in B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Bologna, 2020, 63 ss.

⁵⁸ Cfr. Politecnico di Milano, *Osservatorio Smart Working, Smart working: il futuro del lavoro oltre l'emergenza*, 2020, consultabile al seguente link: <https://www.osservatori.net/it/prodotti/formato/infografiche/smart-working-futuro-lavoro-oltre-emergenza-infografica>.

⁵⁹ P. ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in *www.lavoce.info*, 26 febbraio 2020.

⁶⁰ Su questo tema, si vedano M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica*, Bergamo, 2022, 209-272; A. ZOPPO, *La posizione delle parti sociali e della rappresentanza di fronte allo snaturamento del lavoro agile*, in *Boll. Adapt*, 36, 2020.

tematiche relative alla salute e alla sicurezza sul lavoro⁶¹. È cruciale che si prosegua in questa direzione, anche valorizzando la contrattazione collettiva come fonte di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile⁶². Infatti, i rischi precedentemente discussi, inerenti allo stress lavoro-correlato e alla “porosità” di tempi e spazi di lavoro, sono maggiormente concreti se la libertà di organizzare il lavoro agile è lasciata *tout court* all’autonomia individuale, mentre possono essere scongiurati attraverso la negoziazione collettiva: il lavoro agile richiede un delicato e difficile bilanciamento tra le esigenze dell’organizzazione aziendale e quelle dei lavoratori⁶³, che può largamente beneficiare del contributo delle parti sociali⁶⁴.

Inoltre, affinché la transizione verso una maggiore flessibilità del lavoro sia giusta e socialmente sostenibile, è importante che venga colmato l’ampio *digital divide* che caratterizza la popolazione italiana, suscettibile di generare situazioni di forte disegualianza dovute al possesso o meno di strumenti, conoscenze e abilità tecnologiche⁶⁵. Pertanto, l’eventuale consolidamento della disciplina emergenziale in materia di lavoro agile non può che essere accompagnato da misure strutturali che garantiscano un’adeguata formazione relativa allo sviluppo delle competenze digitali.

⁶¹ M. TURRIN, *op. cit.*, 25. Si pensi, per esempio, al Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e contenimento della diffusione del virus Covid-19, consultabile al seguente link: <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Aggiornamento-Protocollo-generale-COVID-6-aprile-2021.pdf>.

⁶² M. BROLLO, *Lo smart working verso il New Normal*, cit., 45.

⁶³ Si veda M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, 40 ss.

⁶⁴ R. FRATINI, *Il ruolo della contrattazione collettiva e i vuoti colmati dall’eterodirezione nello smart working. Prospettive per un direzionamento più “sostenibile” della disciplina del lavoro da remoto*, in L. CORAZZA, L. DI SALVATORE, F. TANTILLO, R. ZUCARO (a cura di), *Smart working, tempi di vita e del lavoro e riequilibrio demografico dei territori*, cit., 155.

⁶⁵ P. ICHINO, *Nel lavoro agile anche un modello nuovo di impresa. Intervista a cura di A. Ricciardi*, in www.mitbestimmung.it, 15 marzo 2020.

5. Cenni conclusivi

Il legislatore emergenziale ha previsto in capo ai soggetti più fragili un vero e proprio diritto al lavoro agile. Tale strumento di tutela si è rivelato efficace e ne è stata data un'ampia applicazione giurisprudenziale. Le disposizioni provvisorie su cui lo strumento si è fondato, inizialmente previste soltanto fino al perdurare dello stato di emergenza, sono poi state prorogate in più occasioni. Ad oggi, tuttavia, non sembra siano previste ulteriori proroghe. Invero, un consolidamento di tali disposizioni appare auspicabile, posto che le situazioni di fragilità a cui facevano riferimento si proiettano oltre l'orizzonte della pandemia.

Più in generale, risulta auspicabile rafforzare e valorizzare l'istituto del lavoro agile ed epurarlo da alcune criticità. La vicenda legata alla tutela dei soggetti fragili si inserisce in un quadro transitorio più ampio. L'esperienza della pandemia ha messo in luce le potenzialità di modelli di lavoro flessibili sotto molteplici punti di vista. La transizione da un modello di lavoro subordinato tradizionale – basato sull'azienda come luogo di lavoro principale e su orari estremamente rigidi – verso un modello di lavoro più flessibile – sia dal punto di vista dei luoghi, sia dal punto di vista dei tempi – era già iniziata prima dell'emergenza sanitaria⁶⁶. Tuttavia, se inizialmente essa risultava lenta e graduale, la pandemia ne ha provocato una significativa accelerazione⁶⁷. L'emblema della flessibilità lavorativa scaturita dal periodo della pandemia è proprio il lavoro agile, che, se da un lato può avere l'effetto di aumentare il carico di lavoro e lo stress lavoro-correlato, dall'altro lato, quando accompagnato dalle corrette precauzioni, può costituire uno strumento ottimale per garantire l'inclusione e la tutela non soltanto dei soggetti fragili, bensì anche di tutti coloro che presentano esigenze di concilia-

⁶⁶ Per una riflessione più ampia sulle trasformazioni del lavoro legate all'evoluzione tecnologica e alla digitalizzazione, cfr. M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4, 2017, 985 ss.

⁶⁷ Si veda, sul punto, G. PIANIGIANI et al., *Il Covid-19 come acceleratore della trasformazione digitale nel mondo del lavoro*, in *Working Papers Fondazione Brodolini*, 18, 2020.

zione vita-lavoro diverse rispetto a quelle tradizionali. Tuttavia, è necessario che venga ripristinato il prima possibile il carattere consensuale del lavoro agile, la cui modalità concreta di attuazione deve basarsi su un accordo tra le parti e non, invece, su una disposizione unilaterale da parte del datore di lavoro. Inoltre, è necessario che venga colmato il divario digitale tra i lavoratori, onde evitare la crescita delle disegualianze dovute ai differenti livelli di conoscenza degli strumenti tecnologici. Con tali accortezze, il lavoro agile potrebbe senz'altro costituire un passo avanti verso un mondo del lavoro digitalizzato e, al contempo, più inclusivo e sostenibile.

LA TRANSIZIONE DIGITALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ALLA PROVA DEL C.D. *DIGITAL DIVIDE*

Giulia Giacobbe

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *De iure condendo: sulle proposte di inserimento del diritto di accesso a Internet all'interno della Costituzione italiana.* 3. *Il rovescio della medaglia: dal diritto di accesso a Internet al digital divide.* 3.1. *Iniziative dell'UE in tema di digital divide e di TIC.* 4. *Les jeux sont faits: l'inscindibile collegamento tra digital divide e transizione digitale della pubblica amministrazione.* 5. *Dalla teoria alla pratica: i servizi digitali erogati dalla pubblica amministrazione.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Al giorno d'oggi è difficile anche solo immaginare un mondo senza Internet. Tutte le azioni quotidiane che vengono compiute per il suo tramite sono, difatti, reputate scontate dai più.

Eppure, il progetto di Internet, realizzato negli Usa nel 1969, aveva come scopo “soltanto” uno scambio di informazioni rapido e sicuro.

Adesso, invece, Internet si è trasformato in qualcosa di molto più grande e precisamente in uno strumento che, riprendendo l'art. 3 Cost., contribuisce al perseguimento del pieno sviluppo della persona umana.

Tale ultima affermazione è inconfutabile, considerato che ormai esso si rivela necessario per esercitare una molteplicità di diritti quali la libertà di espressione, il diritto di critica, il diritto d'informazione, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro, il diritto alla salute, la libertà di riunione e di associazione.

Affinché, però, si possa liberamente usufruire di tutti i *benefit* che Internet concede, appare necessario poter accedervi.

Dovrebbe essere compito di ogni Stato, perciò, quello di garantire a ciascun cittadino il libero accesso a Internet.

A livello internazionale, la riflessione sull'accesso a Internet ha condotto al Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite ad approvare, nel 2015, la risoluzione A/HCR/20/L.13 ove si è dichiarato l'accesso a Internet un diritto fondamentale dell'uomo¹.

L'art. 1 di siffatto documento, in particolare, si distingue per la sua originalità, posto che equipara in quanto a tutele i diritti esercitabili *offline* a quelli *online*:

[...] the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights².

Anche a livello europeo, l'accesso a Internet è stato oggetto del Regolamento (UE) 2015/2120, che ha coniato norme comuni per assicurare un trattamento non discriminatorio nell'accessibilità ai servizi di Internet e tutelare i relativi diritti degli utenti finali (la c.d. *neutralità della Rete*) nel territorio dell'UE, inserendo anche una specifica disposizione sul diritto degli utenti ad accedere a "informazioni e contenuti" tramite il servizio di accesso a Internet (art. 3).

¹ Alcuni riferimenti alla presente risoluzione si ritrovano in C. CINELLI, *Sorveglianza digitale, sicurezza nazionale e tutela dei diritti umani*, in *Rivistaoidu.net*, 2020, 588-608; A. LOSANNO, *Diritti "in rete" e libertà religiosa. L'effettività dei diritti attraverso l'efficacia della Internet Governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2022; L. CONTE, *Prime note in tema di eredità culturale digitale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Consulta online*, 2020.

² Tale risoluzione può essere reperita nella sezione "Documenti" del sito web ufficiale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani: <https://ap.ohchr.org/documents>.

2. De iure condendo: *sulle proposte di inserimento del diritto di accesso a Internet all'interno della Costituzione italiana*

Il fervore con il quale, in ambito internazionale e sovranazionale, ci si è spinti ad attribuire lo *status* di fondamentale al diritto di accesso a Internet, ha contribuito a innescare un confronto interno – a tratti acceso – tra i più importanti esponenti dell'accademia del diritto costituzionale sull'opportunità di revisionare la Costituzione repubblicana, inserendo una previsione sul neofita diritto oggetto del presente contributo.

I vari orientamenti, di cui si darà atto, possono essere sussunti in tre principali filoni di pensiero.

Precursore della materia in esame è stato, senza ombra di dubbio, il prof. Stefano Rodotà³, il quale già nel 2010, in occasione del terzo "Internet Governance Forum Italia", aveva avanzato una proposta di revisione costituzionale, perorando l'idea dell'inserimento di un articolo, il 21-*bis*, che avrebbe dovuto recitare così: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

L'idea del Professor Rodotà si è tramutata, poi, in un disegno di legge costituzionale, proposto da un gruppo di senatori durante la XVI legislatura, dal titolo: «Introduzione dell'art. 21-*bis* della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso a *Internet*».

La scelta di collocare la nuova disposizione normativa subito dopo l'art. 21 Cost., che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero, palesa, fin da subito, l'ideale di fondo su cui si basa il primo degli orientamenti sopra indicati, ovvero quello di considerare l'accesso in

³ La produzione scientifica dell'autore sull'argomento in questione è vastissima; si citano a titolo esemplificativo: S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3, 2010; ID., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; ID., *Perché Internet in Costituzione è fondamentale?*, in *wired.it*, 2010; ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

Internet come uno strumento (al pari di quelli tradizionali della parola e dello scritto) utile a esprimere apertamente un'opinione.

La formulazione dell'art. 21-*bis*, così come elaborata dal prof. Rodotà, ha trovato l'appoggio di altri studiosi, tra i quali si ricorda Gaetano Azzariti.

Tuttavia, quest'ultimo ha mostrato delle perplessità circa la convenienza di introdurre una previsione costituzionale autonoma sul diritto di accesso a Internet.

Secondo Azzariti, infatti, sarebbe sistematicamente più coerente aggiungere un comma all'art. 21 Cost, considerando la possibilità di accedere a Internet una specificazione della libertà di manifestazione del pensiero. Tale comma, ad avviso dell'autore citato, andrebbe inserito tra il primo – di carattere generale sulla manifestazione del pensiero – e quelli che vanno dal secondo al quinto – sulla manifestazione del pensiero a mezzo stampa⁴ –.

Questa prima ricostruzione del diritto di accesso alla rete, inteso come libertà, è stata poi superata nel tempo, quando si è compreso che «Internet non è [...] solo uno strumento di comunicazione ma un vero e proprio luogo»⁵, nel quale è possibile esercitare sia diritti di nuova generazione sia quelli propriamente classici (in quanto di più risalente emersione).

Tale rinnovata concezione di Internet ha determinato anche un'inversione di marcia, con riguardo alla natura giuridica del diritto di accesso a Internet che da libertà, secondo autorevole dottrina, è mutato in diritto sociale⁶.

⁴ G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011.

⁵ G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia, dal 21 (-bis) al 34 bis*, in *MediaLaws*, 2021, 89.

⁶ Sulla natura di diritto sociale di Internet cfr. P. TANZARELLA, *L'accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, in *Rivista MediaLaws*, 2021, 39-56; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011; C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete Internet nell'«era dell'accesso»*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Consulta Online*, 2020, G. DE MINICO, *Diritti regole Internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011.

Il diritto di accedere alla rete viene configurato, perciò, come una prestazione che lo Stato deve garantire ai propri cittadini e, specularmente, come una pretesa dei cittadini affinché venga loro concessa una navigazione nel *web* rapida, veloce e priva di limitazioni o censure.

L'*upgrade*, per così dire, goduto dal diritto in questione, ha determinato l'avanzamento di un'ulteriore proposta di legge costituzionale, n. 1136, presentata durante la XVIII Legislatura.

I promotori della suddetta proposta, diversamente dal Prof. Rodotà e coerentemente con la visione di diritto sociale attribuita al diritto in esame, avevano però ritenuto di modificare la Carta con l'inserimento dell'art. 34-*bis*, proprio all'interno del Titolo dedicato ai rapporti etico-sociali. Il testo dell'articolo analizzato doveva essere:

Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet in condizioni di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete internet come luogo dove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. La limitazione di tale diritto può avvenire, con le garanzie stabilite dalla legge, solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. È riconosciuta la neutralità della rete internet. La legge determina le condizioni affinché i dati trasmessi e ricevuti mediante la rete internet non subiscano trattamenti differenziati se non per fini di utilità sociale e riconosce la possibilità di utilizzare e di fornire apparecchiature, applicativi e servizi di propria scelta⁷.

Infine, l'ultima corrente di pensiero, della quale è necessario dare contezza, è quella che sostiene la superfluità dell'inserimento di un articolo specifico, all'interno della Costituzione, che sancisca espressamente il diritto di accedere a Internet.

A parere degli esponenti di questa scuola, difatti, la tutela di questo diritto (che altro non è che lo scopo per cui alcuni si battono per un suo

⁷ Per visionare il testo della proposta: <https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1136.18PDL0046140.pdf>.

riconoscimento formale) potrebbe già garantirsi per il tramite degli artt. 2 e 3 Cost.⁸.

L'osservazione, allora, che sembra più ovvia da fare, è quella per cui, probabilmente, la teoria più convincente agli occhi del legislatore sarà apparsa proprio quest'ultima, posto che, a distanza di quattordici anni dalla prima proposta di revisione costituzionale avanzata dal prof. Rodotà, attualmente la Carta non sia mai stata modificata in questa prospettiva.

A livello nazionale, invece, si registra un unico – e timido – tentativo in questa direzione, rappresentato dalla “Dichiarazione dei diritti in Internet”, pubblicata il 28 luglio 2015.

Durante la XVII legislatura si decise, infatti, di istituire una “Commissione per i diritti e i doveri relativi a Internet”.

I lavori della Commissione, istituita il 24 luglio 2014, sono culminati proprio nell'elaborazione della sopracitata Dichiarazione che, prima di essere emanata definitivamente, è stata anche oggetto di una consultazione pubblica della durata di cinque mesi, tramite la pubblicazione di un testo provvisorio della stessa sul sito *web* ufficiale della Camera dei deputati.

3. *Il rovescio della medaglia: dal diritto di accesso a Internet al digital divide*

Come accennato in premessa, ogni individuo si connette alla rete per svolgere molteplici attività quotidiane. Si pensi, in maniera esemplificativa, al mondo del lavoro, dove l'utilizzo delle tecnologie informatiche è oggi prioritario (vedasi le pubbliche amministrazioni o il settore giustizia con il processo telematico).

⁸ Sul punto cfr. L. NANNIPIERI *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 sul diritto di accesso ad Internet*, in *Federalismi.it*, 1, 2015; M. BASSINI, *Le tecnologie avanzano, le norme passano ma le costituzioni rimangono*, 24 ss. e L. NANNIPIERI, *Sulla bozza della Dichiarazione dei diritti in Internet*, 60 ss., entrambi in M. BASSINI, O. POLICINO (a cura di), *Verso un Internet Bill of Rights*, Ariccia, 2015.

Tale rilevanza assunta da Internet ha fatto sì che si creasse una nuova forma di disegualianza sociale, rappresentata dal c.d. *digital divide*.

Per *digital divide* si intende, in genere, quella disparità esistente tra individui che hanno la possibilità di accedere a internet e altri che – viceversa – ne sono privi.

Questo tipo di *digital divide*⁹, in particolare, è quello che viene definito “infrastrutturale”, poiché fa giustappunto riferimento a una carenza di infrastrutture (ancor più nello specifico alla diffusione della banda larga), causata da molteplici ragioni: caratteristiche morfologiche di un dato territorio *in primis*, mancanza di investimenti da parte del settore privato e così via.

Vi è però – e forse è ancor più sviluppato del primo – un secondo modello di *digital divide*, denominato “culturale” che, come suggerito dalla parola stessa, riguarda la mancanza di competenze digitali tra la popolazione. I soggetti che sono più colpiti da tale forma di disegualianza sono quelli che chiaramente hanno meno dimestichezza con la tecnologia, come per esempio gli anziani, anche se in realtà i soggetti interessati sono molto numerosi e, in alcuni casi, insospettabili¹⁰.

Infine, vi è un’ultima forma di *digital divide* ossia quella “economica”, dovuta da una parte alla mancanza di fondi per acquistare l’apparecchiatura necessaria per navigare in Internet (*pc, tablet, smartphone*) e dall’altra all’onerosità di taluni contratti semplicemente per ottenere la connessione alla rete.

Il *digital gap* sopra definito ha innegabilmente subito una significativa accelerazione durante il diffondersi della pandemia da Covid-19, il quale ha costretto la maggior parte degli individui che risiedevano in

⁹ Sulle differenti categorie di *digital divide* elencate cfr. M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014; P. ZUDDAS, *Covid 19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio Aic*, 3, 2020; G. D'IPPOLITO, *La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021; P. PIRAS, *L'amministrazione digitale tra divari e doveri. "Non camminare davanti a me ma al mio fianco"*, in *PA Persona e Amministrazione*, 417-432.

¹⁰ Secondo l'ultimo indice Desi disponibile (anno 2022) soltanto il 46% della popolazione italiana possiede competenze digitali di base, a fronte del 54% di media europea: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/countries-digitisation-performance>.

Paesi dove si è verificato il c.d. *lockdown* a dover svolgere una serie di attività essenziali direttamente da casa.

La delicatezza della questione qui esaminata, perciò, è stata compresa da molti quando ci si è dovuti confrontare su temi prima di allora oggettivamente poco battuti, quali lo *smartworking* o l'*e-learning* nel caso dei più giovani.

Ma la mancanza di conoscenze digitali, come declinazione del *digital divide* c.d. *culturale* o *educativo*, rappresenta un ostacolo importante anche per esempio per la crescita di occupazione nel Paese: il fenomeno *skill mismatch* concerne infatti la mancata corrispondenza tra le competenze digitali richieste dalle aziende (private e pubbliche) e quelle possedute dai lavoratori e dagli aspiranti lavoratori.

3.1. Iniziative dell'UE in tema di digital divide e di TIC

All'interno dell'Unione europea, intesa in senso geografico, vi è una grande disomogeneità in termini di diffusione di banda larga, di competenze digitali delle popolazioni e di offerta di servizi digitali pubblici. Questa differenza tra Paese a Paese è dovuta a molteplici fattori, come per esempio l'aspetto morfologico di un territorio (si registrano infatti zone rurali, soprattutto nell'Est Europa, dove la maggior parte della popolazione non gode dell'accesso a Internet) o generalmente il livello di digitalizzazione di un dato Stato.

Per tali ragioni, l'Unione europea, intesa adesso come organismo internazionale, ha – già da diversi anni – tentato di mettere in atto numerose strategie per regolamentare la diffusione delle tecnologie (dell'informazione e della comunicazione ma non solo) e per raggiungere un'auspicata armonizzazione tra gli Stati membri, affinché tutti i cittadini europei possano godere delle stesse opportunità.

In questo quadro di riferimento si inserisce in prima analisi l'Agenda Digitale Europea, una strategia giustappunto elaborata per la prima volta nel 2010 e dalla durata decennale. Tramite questa iniziativa, in particolare, l'UE si prefiggeva più obiettivi, tra cui quello di incrementare lo sviluppo della rete e dei servizi digitali, da raggiungere entro il 2020.

Nel 2021 è, quindi, subentrato un nuovo piano d'azione, sempre decennale, denominato *Digital Compass*, ovverosia Bussola Digitale, il quale mira a investire in quattro diversi ambiti: competenze, imprese, infrastrutture e servizi pubblici.

Nel primo di questi ambiti, strettamente connesso con quello del *digital divide* culturale, l'UE pone come obiettivo principale quello dell'acquisizione di competenze digitali di base almeno tra l'80% della popolazione adulta.

Per ciò che concerne le imprese, invece, è previsto che circa il 75% di quest'ultime debba riuscire a utilizzare servizi di *cloud computing*, *big data* e intelligenza artificiale.

Sul fronte delle infrastrutture, i maggiori sforzi economici saranno orientati alla diffusione massiccia della rete Gigabit, garantendo la copertura del 5G in tutte le zone abitate.

L'offerta dei servizi pubblici, in conclusione, dovrà essere totalmente *online*¹¹.

Infine, una breve menzione va fatta al Programma Digitale Europeo, il quale mette sul piatto 7,5 miliardi di euro per il periodo 2021-2027, allo scopo sempre di supportare la tecnologia digitale; e alla Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali del dicembre 2022, nel cui testo si legge la seguente dichiarazione di intenti:

Il nostro obiettivo è di promuovere un modello europeo per la trasformazione digitale, che metta al centro le persone, sia basato sui valori europei e sui diritti fondamentali dell'UE, riaffermi i diritti umani universali e apporti benefici a tutte le persone, alle imprese e alla società nel suo complesso¹².

¹¹ In <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/64/un-agenda-digitale-europea>.

¹² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

4. Les jeux sont faits: *l'inscindibile collegamento tra digital divide e transizione digitale della pubblica amministrazione*

Tra tutti i settori che sono investiti metaforicamente dal *digital divide* vi è anche quello della pubblica amministrazione.

Come è noto, infatti, è in atto in Italia un processo inarrestabile di digitalizzazione della pubblica amministrazione, al fine di rimodernarla e renderla più efficiente, collaborativa e trasparente per i cittadini.

La digitalizzazione della pubblica amministrazione è uno degli obiettivi, del resto, della Missione 1 del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), una strategia nazionale adottata al fine di spendere al meglio e investire con criterio le ingenti somme messe a disposizione dal *Next Generation UE*.

Già in epoca precedente all'elaborazione del PNRR (avvenuta nel 2021) l'Italia aveva in realtà compiuto i primi passi verso l'ammodernamento e la trasformazione tecnologica della pubblica amministrazione, tramite il CAD, acronimo di Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. n. 82 del 2005), il quale si prefigge di promuovere e semplificare l'accessibilità e la fruibilità delle informazioni via digitale.

Successivamente, nel 2012 durante il Governo Monti, è stata altresì istituita un'agenzia tecnica guidata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, l'AgiD (Agenzia per l'Italia digitale), la quale ha il compito di incentivare la diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione¹³.

Ulteriore tassello “sulla via di Damasco” della transizione digitale del settore pubblico italiano è costituito altresì, come anticipato, dal “Piano Triennale per l'informatica della Pubblica amministrazione”, sviluppato per la prima volta nel 2016 con la finalità di «favorire lo svi-

¹³ In base all'art. 14-*bis* del CAD l'AgiD «promuove l'innovazione digitale nel Paese e l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nel rapporto tra questa, i cittadini e le imprese, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e trasparenza e secondo criteri di efficienza, economicità ed efficacia». Sempre in base all'art. 14-*bis* del CAD, l'AgiD emanava linee guida, programma e coordina l'attività delle p.a. per l'uso delle TIC, monitora l'attività delle p.a., rende pareri tecnici e, in base all'art. 18-*bis* del CAD, esercita anche poteri investigativi.

luppo di una società digitale, dove i servizi mettono al centro i cittadini e le imprese, attraverso la digitalizzazione della pubblica amministrazione che costituisce il motore di sviluppo per tutto il Paese»¹⁴.

Infine, in questa sede appare opportuno citare, soprattutto alla luce del discorso preliminare sul diritto di accesso a Internet, che dal 2015 in Italia è stato varato il “Piano strategico Banda Ultralarga”, attualmente gestito dal Ministero delle Imprese e del Made in Italy, il quale si prefigge di sviluppare la rete a banda ultralarga sull’intero territorio nazionale.

La rilevanza della digitalizzazione della pubblica amministrazione si inserisce, in ogni caso, all’interno di un progetto ancora più ampio e ambizioso: il link qui operato è quello al concetto di *smart cities* e di *smart governance*.

La *smart city*, letteralmente la città “intelligente”, è un prototipo di città efficiente che fa leva proprio sull’innovazione tecnologia al fine di rendere più produttivi e maggiormente fruibili i servizi per i cittadini (come l’implementazione della rete di trasporti pubblici), con grandissimo riguardo al delicato tema della sostenibilità ambientale (si parla di autosufficienza energetica e idrica per esempio).

Tra le tante declinazioni di *smart cities* vi è quella della *smart governance*, che

rappresenta un approccio innovativo alla gestione degli enti pubblici e della pubblica amministrazione. Come indica il termine “smart” questo tipo di gestione si basa sull’adozione delle nuove tecnologie e sull’analisi dei dati quale punto di partenza per migliorare la qualità dei servizi pubblici, aumentare la partecipazione dei cittadini e ottimizzare l’efficienza delle operazioni governative¹⁵.

¹⁴ <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/piano-triennale>.

¹⁵ <https://www.lumi4innovation.it/smart-governance-qual-e-il-suo-ruolo-nelle-smart-city/>.

5. *Dalla teoria alla pratica: i servizi digitali erogati dalla pubblica amministrazione*

Non può sostenersi un legame tra *digital divide* e transizione digitale della pubblica amministrazione senza affrontare, seppur brevemente, il tema dei servizi digitali oggi messi a disposizione dall'amministrazione statale¹⁶.

L'offerta di prestazioni digitali, d'altronde, è coerente – anzi dovuta – con il perseguimento di una sfilza di principi elaborati prima di tutto a livello europeo e poi calati naturalmente anche nella realtà amministrativa italiana.

Il primo, da cui sembra doveroso partire, è quello del *digital by default*, a mente del quale le pubbliche amministrazioni dovrebbero sempre prediligere l'erogazione di servizi di tipo digitali. Tale assunto è stato persino positivizzato dal legislatore, che con la legge n. 15 del 2005 ha introdotto l'art. 3-*bis* all'interno della nota legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo¹⁷. L'articolo in questione, invero, recita così: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Altro principio di matrice europea è sicuramente quello dell'*once only*¹⁸, secondo cui le pubbliche amministrazioni dovrebbero evitare di

¹⁶ Per un approfondimento sul tema cfr. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Napoli, 2022; ID., *La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2023, 335-355.

¹⁷ Sull'introduzione dell'art. 3-*bis* l. 241/1990 cfr. M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016; P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?*, in *Federalismi.it*, 11, 2016; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La competenza statale nel processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Consulta Online*, 1, 2019; M. PIETRANGELO, *Sui "diritti di cittadinanza digitale". Note a margine di un opaco percorso normativo*, in *Federalismi.it*, 8, 2024.

¹⁸ Il principio in esame è particolarmente caro agli studiosi della materia contrattualistica pubblica, posto che ha trovato anche riconoscimento esplicito all'interno del

richiedere ai cittadini informazioni delle quali sono già in possesso. Per fare questo occorrerebbe procedere con l'implementazione delle banche dati pubbliche, allo scopo di raggiungere l'interoperabilità di queste ed evitare che l'utente debba stancamente fornire sempre gli stessi dati.

Infine, un ulteriore principio cardine che sembra opportuno citare in tema di digitalizzazione dei servizi pubblici è quello costituito dal *digital identity only*, che si prefigge un accesso ai servizi pubblici in via esclusiva tramite sistemi di identità digitale, il cui esempio più emblematico è sicuramente lo SPID, di cui infra.

Il *fil rouge* tra i due temi principe del presente contributo è, dunque, dato proprio dal fatto che l'incremento di un'offerta di prestazioni digitali (e quindi *online*) se da una parte può essere letta con entusiasmo dall'altra non può che suscitare alcune perplessità.

L'entusiasmo sarà certamente dovuto al fatto che l'utilizzo delle tecnologie informatiche consente una velocizzazione dei procedimenti amministrativi, una minore possibilità di errore umano e (forse) anche una neutralità maggiore nell'adozione di decisioni.

Le perplessità, al contrario, dipendono proprio dal timore che la sostituzione praticamente integrale dei servizi pubblici così come finora concepiti (di presenza, con un responsabile del procedimento, con produzione documentale prettamente cartacea) in servizi pubblici digitali possa riversarsi con brutalità su quella platea di soggetti – che sono “affetti” dal male costituito dal *digital divide* – che avrà difficoltà, o per ragioni di mancato accesso internet, o di carenza di strumenti, o di competenze tecnologiche adeguate, a usufruire dei summenzionati servizi.

nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). L'art. 19 di siffatto decreto, in particolare, rubricato “Principi e diritti digitali”, che sancisce la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, dedica il co. 2 proprio al principio dell'unicità dell'invio, per cui «[...] ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente [...]». In argomento cfr. G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 15, 2022; D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023.

Volendo fare una lista, non esaustiva, di servizi digitali offerti dalla pubblica amministrazione italiana si possono menzionare:

- lo SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale), il quale garantisce al cittadino un accesso più sicuro (tramite identificazione facciale o con password) ai servizi digitali;
- PagoPa, che «centralizza tutti i pagamenti di tributi, tasse universitarie e mense scolastiche, multe, TARI e tutti i servizi delle pubbliche amministrazioni»¹⁹, sostituendo i vecchi bollettini cartacei;
- la CIE (Carta di Identità Elettronica), la quale consente di identificare con certezza l'identità di una persona (azzerando il rischio di contraffazione), permettendo tramite un pin (al posto dello SPID) di accedere ai vari servizi digitali;
- l'App IO che, una volta scaricata sul proprio *smartphone*, invia all'utente messaggi, comunicazioni e scadenze per conto di enti pubblici centrali o locali, oltre a permettere al cittadino di eseguire i pagamenti per i tributi direttamente dall'app.

Dopo aver discusso dell'offerta – ampia e variegata – dei servizi digitali messi a disposizione da parte delle amministrazioni, occorre interrogarsi su un'ultima questione, quella forse centrale prendendo sempre come riferimento il tema del presente scritto (ossia il *digital divide*): e cioè se i cittadini italiani siano effettivamente pronti ad affrontare questa grande rivoluzione, se vogliamo anche culturale.

Ebbene, in soccorso ci viene l'ultimo indice Desi disponibile, quello del 2022. Come riferito da questo studio²⁰, difatti, in Italia gli utenti c.d. *e-Government* sono soltanto il 40% della popolazione; dunque, solo 4 italiani su 10 usufruiscono dei servizi sopra menzionati e delle cui potenzialità si è parlato. La media europea, al contrario, è sensibilmente più alta, attestandosi al 65%.

È evidente, perciò, che la maggioranza della popolazione non si avvale delle moderne prestazioni summenzionate e le ragioni non possono che rintracciarsi proprio nel *digital divide*: a volte non è tutto frutto di scelte bensì di necessità. La maggior parte degli individui, difatti, non

¹⁹ https://temi.camera.it/leg18/post/i-servizi-digitali-dlele-p-a.html?tema=temi/tl18_informatizzazione_delle_pubbliche_amministrazioni.

²⁰ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>.

disponendo delle competenze adeguate o delle risorse necessarie preferisce continuare a ricercare l'auto o di una persona cara se non di un professionista per poter svolgere quanto meno quelle attività indispensabili (come pagare i tributi).

Ecco perché è necessario che il traghettamento da un sistema per così dire analogico (facendo una metafora con il mondo televisivo) a uno completamente digitale di certo non deve e non può essere brutale, ma sempre al passo con le esigenze di tutti.

6. Conclusioni

L'interrogativo che sorge – probabilmente – spontaneo al termine di questa breve disamina riguarda l'effettivo miglioramento della qualità della vita dei cittadini a seguito dell'introduzione dei richiamati servizi digitali e, più in generale, dell'utilizzo sempre più diffuso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione da parte della pubblica amministrazione.

I vantaggi sembrerebbero a prima vista maggiori degli svantaggi: lo Stato sta già nel presente tentando di erogare prestazioni più rapidamente, efficientemente e con tecniche che garantiscono maggiore imparzialità.

Eppure, come spesso accade, il lato negativo è sempre dietro l'angolo: si fa perciò riferimento all'analizzato fenomeno del *digital divide*, che, come si è osservato, ancora oggi colpisce molti individui e territori.

È indubbio, però, che affinché possa superarsi questo divario (uno dei tanti, in realtà, dal quale è colpita la società contemporanea) la soluzione non possa certamente essere quella di arrestare il cambiamento. Lo scetticismo si sa essere un sentimento naturale dell'uomo, che a ogni grande mutamento si interroga sulla concreta necessità della trasformazione di un determinato *status quo* consolidatosi fino a quel momento.

La via maestra da percorrere, così come sta già facendo l'Italia e l'Unione europea, non può che essere quella di investire il più possibile in settori considerati strategici per il supporto alla diffusione delle tecnologie: si pensi alla banda larga, alle competenze digitali dei cittadini

e dei tecnici delle amministrazioni (tramite per esempio una seria riforma scolastica che preveda l'insegnamento dell'informatica per un numero cospicuo di ore e per mezzo di costanti corsi di aggiornamento per la popolazione più adulta).

Non appare esserci migliore strategia dell'investimento, a seguito del quale si creerà presumibilmente una società tecnologicamente avanzata, con una cittadinanza più consapevole e un rapporto tra amministratori e amministrati più diretto, attraverso meno barriere burocratiche e formalismi alle volte eccessivi.

È il caso di dire, perciò, che l'innovazione vada di pari passo con la semplificazione, non soltanto della pubblica amministrazione ma di numerosi ambiti della società odierna (si veda anche il mondo del privato, per esempio degli istituti bancari; quello delle nuove forme di partecipazione democratica ai processi decisionali pubblici; il campo della medicina e quello della giustizia).

LE IMPLICAZIONI DEL *PLATFORM MODEL* SUL RUOLO DEL GIUDICE E SUGLI STRUMENTI DI TUTELA

Valeria Pietrella

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La transizione al platform model.* 3. *Le piattaforme digitali e i meccanismi di risoluzione delle controversie.* 4. *Il caso di Meta e dell'Oversight board.* 5. *Il quadro normativo europeo.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Tra le tante sfide poste dalla transizione digitale, la dirompente ascesa delle piattaforme offre l'opportunità di indagare il funzionamento del *platform model* e le sue implicazioni sull'ordinamento democratico.

Le piattaforme digitali si sono infatti distinte per la capacità di dare vita a ecosistemi complessi, in grado di organizzare e strutturare le relazioni fra i soggetti con i quali interagiscono.

All'interno di tali ecosistemi le piattaforme sono arrivate ad assumere funzioni proprie dei governi e delle istituzioni pubbliche, tra le quali, oltre alle funzioni di regolazione, figurano anche funzioni di regola conferite ai giudici nazionali o a organismi di risoluzione alternativa delle controversie, che includono funzioni di *enforcement*, funzioni sanzionatorie e funzioni giurisdizionali. Da ciò consegue la tendenza a una privatizzazione della tutela dei diritti dei singoli, assorbita nella peculiare struttura delle piattaforme, nonché la trasposizione nell'ambiente digitale di istituti e valori propri dell'ordinamento democratico.

In tale contesto, questa analisi si propone di esaminare il funzionamento dei meccanismi sopra descritti e di indagare gli effetti della transizione digitale sul ruolo del giudice e sugli strumenti di tutela.

2. *La transizione al platform model*

2.1. Il rapido processo di crescita delle piattaforme digitali e l'incremento del potere di queste ultime sul mercato ha portato con sé significativi effetti sull'economia. Come noto, infatti, le piattaforme digitali si sono distinte per la capacità di creare nuovi mercati in concorrenza con i mercati tradizionali e di trasformare le modalità di esercizio di alcune attività economiche, imponendo una riorganizzazione dei modelli di business secondo il modello della piattaforma, nell'ambito della c.d. *platform economy*, definita come lo studio dei fenomeni economici propri di specifici *two-sided markets*¹.

A ciò si devono gran parte delle difficoltà incontrate nella regolazione pubblica del mercato digitale, inizialmente sviluppatosi in un ambiente privo di regole, a fronte del rischio di frenare l'innovazione e i vantaggi che ne sarebbero derivati².

Nella c.d. *sharing economy* il modello della piattaforma ha rappresentato infatti una struttura innovativa, capace di abbinare venditori e compratori con facilità e con bassi costi e di svolgere il ruolo di intermediario tra tali soggetti. Inoltre, tale modello ha consentito anche di migliorare la frequenza e l'efficienza delle transazioni, riducendo i costi di ricerca, di duplicazione e di verifica³. Da ciò sono derivati anche molteplici rischi per il mercato, oggetto di numerosi studi, in quanto le condotte poste in essere dalle piattaforme digitali si sono dimostrate in

¹ D.S. EVANS, *The antitrust economics of multi-sided platforms markets*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, 2003, 325 ss.; P. BELLEFLAMME, M. PEITZ, *The economics of platforms. Concepts and strategy*, Cambridge, 2021.

² L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust paradox*, in *The Yale Law Journal*, 3, 2016, 710 ss.; M. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, 337 ss.; H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, in *The Yale Law Journal*, n. 8, 2021, 952 ss.

³ B. JULLIEN, *Two-sided B to B Platforms*, in M. PEITZ, J. WALDFOGEL (ed.), *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, New York, 2012; V. NOCKE, M. PEITZ, K. STAHL, *Platform ownership*, in *Journal of the European Economic Association*, 5, 6, 2005, 1130 ss.

grado di generare effetti distorsivi della concorrenza nonché fallimenti di mercato.

2.2. Tuttavia, la trasformazione non ha interessato il solo ambito economico e tecnologico, ma anche quello etico-politico e normativo.

A tal riguardo è significativa l'ampia accezione attribuita alla nozione di *platform economy*, riferita anche ad ambiti diversi rispetto a quello digitale. Tale espressione è stata infatti definita come un termine neutro che comprende un numero crescente di attività abilitate dalla tecnologia digitale nel mondo degli affari, della politica e dell'interazione sociale⁴. Del resto, anche la definizione dello stesso termine piattaforma non sembrerebbe limitata all'ambito digitale, ma, al contrario, appare incentrata sull'idea di organizzazione e connessione di persone e risorse all'interno di un ecosistema interattivo in cui si crea e si scambia valore⁵.

2.3. In materia si è parlato poi anche di *platform society*⁶, in quanto la c.d. *platformization* ha riguardato anche le strutture sociali con le quali le piattaforme interagiscono, ridisegnando le relazioni fra i soggetti coinvolti⁷.

Una delle principali caratteristiche delle piattaforme digitali, oggetto di diversi studi, consiste infatti nella capacità di creare ecosistemi complessi, nell'ambito dei quali le piattaforme, da un lato, costituiscono lo spazio in cui operano gli utenti e, dall'altro, dettano le regole che lo

⁴ M. KENNEY, J. ZYSMAN, *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in science and technology*, 32, 3, 2016, 62.

⁵ G.G. PARKER, M.W. VAN ALSTYNE, S.P. CHOUDARY, *Platform Revolution. How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work For You*, New York, 2016, 3; F. TROIANI, R. SICA, E. SCOTTI, *Immaginare e costruire le Platform*, in *Harvard Business Review Italia*, 7/8, 2016, 6.

⁶ J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *Platform society. Valori pubblici e società connessa*, ed. it. G. BOCCIA ARTIERI, A. MARINELLI (a cura di), Milano, 2019, p. 340 ss.

⁷ B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello Government as a platform*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022, p. 1 ss.; L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2, 2021, 381 ss.

governano⁸. Tali ecosistemi sono tra loro integrabili e possono formare, a loro volta, ecosistemi di piattaforme, retti dalle piattaforme che svolgono servizi infrastrutturali, alla base del sistema.

In tal modo, all'interno di un'unica architettura le piattaforme digitali forniscono molteplici servizi finali agli utenti, gestiscono i servizi di intermediazione e stabiliscono le regole che governano le relazioni poste in essere dai soggetti.

Ai fini del funzionamento di tale ecosistema risulta essenziale l'interoperabilità dei servizi resi e dei dati che circolano all'interno del sistema, che consente di creare le connessioni necessarie per il mantenimento dell'ecosistema.

Peraltro, la dimensione ecosistemica è stata posta anche alla base delle misure previste dal PNRR, con particolare riferimento alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, nell'ambito della quale il predetto principio di interoperabilità svolge un ruolo centrale, consentendo di semplificare notevolmente le procedure per lo scambio dei dati e l'accesso ai servizi e alle funzioni resi dalla pubblica amministrazione, sia sul versante del coordinamento e della collaborazione tra amministrazioni, sia sul versante dei rapporti con i cittadini⁹. Con la "Bussola Digitale 2030" infatti, la Commissione europea ha invitato l'Europa a

sfruttare la digitalizzazione per determinare un cambiamento di paradigma nel modo in cui i cittadini, le pubbliche amministrazioni e le istituzioni democratiche interagiscono, garantendo l'interoperabilità a tutti i livelli di governo e tra i servizi pubblici¹⁰.

⁸ "Platform act as regulators of the interactions they host" cfr. J. CRÉMER, Y-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era. Final report*, 2019, 71.

⁹ B. BOSCHETTI, *Transizione digitale e amministrazione (eco)sistemica*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2021, 53 ss.

¹⁰ Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, Bruxelles, 9 marzo 2021, COM(2021)118 final.

2.4. La pervasività del modello descritto dimostra come la transizione abbia interessato anche la sfera del diritto, ponendo numerose sfide anzitutto dal punto di vista della regolazione.

Se infatti la principale caratteristica di un ecosistema è quella di essere autosufficiente, è evidente come ogni aspetto delle relazioni intercorrenti tra i soggetti che lo popolano tenda a essere assorbito nell'architettura della piattaforma, che si tratti di transazioni o di controversie.

Pertanto, in questo contesto si è assistito anche alla trasposizione nell'ambiente digitale di alcuni istituti democratici e categorie giuridiche, i quali nell'ecosistema delle piattaforme hanno assunto nuove dimensioni e si prestano a mutare ulteriormente e sempre più di frequente, al passo con la continua evoluzione imposta dai mercati digitali.

3. *Le piattaforme digitali e i meccanismi di risoluzione delle controversie*

3.1. Il processo di transizione ha toccato anche il tema delle forme di tutela. Nel *platform model* sopra descritto le piattaforme digitali svolgono infatti anche funzioni proprie dei giudici o di regola attribuite a organismi di risoluzione alternativa delle controversie. In particolare, come si vedrà, le stesse sono arrivate a esercitare funzioni di *enforcement*, funzioni sanzionatorie, nonché, in alcuni casi, funzioni giurisdizionali.

A tal riguardo, si è diffusa la metafora della “corporation as courthouse”, coniata da Rory Van Loo nel 2016 per indicare l'utilizzo da parte delle piattaforme digitali di propri schemi di risoluzione dei conflitti¹¹.

In particolare, secondo tale analisi, le piattaforme digitali – e dunque le società – svolgono tre diversi ruoli nella risoluzione delle controversie, a ciascuno dei quali corrisponde uno schema.

Il primo riguarda le controversie aventi ad oggetto i prodotti delle piattaforme e quelle relative alla gestione dei reclami. In questo caso le

¹¹ R. VAN LOO, *The Corporation as Courthouse*, in *Yale Journal on Regulation*, 33, 2016, 555 ss.

procedure di reclamo tendono ad assumere alcuni caratteri giurisdizionali, volti a incrementare la percezione di tutela da parte dei consumatori. Le società assicurano infatti una risoluzione delle procedure in tempi estremamente ristretti e nella comunicazione con i consumatori utilizzano un linguaggio elaborato al fine di infondere fiducia, in modo tale da trasmettere a questi ultimi la sensazione di partecipare attivamente alla procedura e di ricevere un trattamento equo e imparziale¹². Tali accorgimenti si possono agevolmente cogliere analizzando le espressioni contenute nei moduli elaborati per la presentazione di reclami e segnalazioni, reperibili online, nei quali si legge, per esempio, “Dicci di più sul tuo problema”¹³ oppure “Come possiamo aiutarti?”¹⁴.

Il secondo ruolo si riferisce invece ai conflitti insorti tra i compratori e i venditori nei rapporti posti in essere nell’ambito della piattaforma. Si tratta dell’ipotesi che più si avvicina ai meccanismi di c.d. *adjudication* in quanto le società, attraverso appositi dipartimenti, agiscono come parti terze rispetto ai compratori e ai venditori, originariamente messi in contatto dalla stessa piattaforma. Tali procedimenti si distinguono rispetto a quelli condotti al di fuori delle piattaforme e in particolare rispetto al procedimento dell’arbitrato, soprattutto per l’applicazione di regolamenti e linee guida interne e per la mancanza di tecnicità degli organi decisionali¹⁵.

Infine, il terzo ruolo riguarda meccanismi sanzionatori posti in essere dalle società nei confronti di soggetti operanti nella stessa piattaforma. In quest’ultima ipotesi le società mettono in atto meccanismi di enforcement connessi a sanzioni principalmente di tipo reputazionale, che nel mercato digitale risultano particolarmente afflittive¹⁶.

¹² T.W. ANDREASSEN, *Antecedents to Satisfaction with Service Recovery*, in *European journal of marketing*, 34, 1/2, 2000, 168 ss.

¹³ V. “Servizio clienti”, Amazon, www.amazon.com.

¹⁴ V. “Centro assistenza”, Facebook, www.facebook.com.

¹⁵ G. WAGNER, H. EIDENMÜLLER, *Digital Dispute Resolution*, in *Social Science Research Network*, 2021.

¹⁶ A. DOUHAN, *The Changing Nature of Sanctions in the Digital Age*, in A.J. GOLIA, M.C. KETTEMANN, R. KUNZ (eds.), *Digital Transformations in Public International Law*, Baden-Baden, 2022, 99 ss.; F.A. PASQUALE, *Reforming the law of reputation*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 47, 2015, 515 ss.; L. BERNSTEIN, *Private*

3.2. Il modello della *corporation as courthouse* sopra illustrato segna dunque l'emersione di nuovi meccanismi di tutela dei diritti dei singoli, orientati alla privatizzazione della tutela.

Come visto infatti, le piattaforme digitali svolgono funzioni di regola attribuite a organi giurisdizionali, sostituendosi alle autorità pubbliche. Ciò costituisce l'effetto dell'affermarsi di una sovranità di tipo funzionale in capo a tali soggetti, in contrasto con la sovranità territoriale tradizionale¹⁷.

Del resto, l'attribuzione di simili competenze alle piattaforme stesse offre una serie di vantaggi che difficilmente potrebbero essere replicati, con gli stessi risultati, con gli strumenti di tutela tradizionali. Anzitutto, si tratterebbe infatti di una quantità di procedimenti tale da non poter essere gestita dalle corti ordinarie. Inoltre, risolvere i conflitti all'interno della stessa struttura dove sono sorti consente di ridurre, fino ad azzerare, i costi della tutela, di minimizzare gli adempimenti processuali nonché di limitare notevolmente la durata dei procedimenti, arrivando in alcuni casi alla risoluzione delle controversie anche in poche ore. Peraltro, tali meccanismi si prestano a evolversi continuamente e a essere adeguati alle esigenze del momento, in linea con la dinamicità e la speditezza dei mercati digitali.

Tuttavia, tali procedimenti presentano anche alcune criticità, connesse in particolare alla mancanza di trasparenza e all'asimmetria informativa tra le parti.

3.3. Ad ogni modo, la transizione digitale e l'attribuzione a soggetti privati di simili poteri consentono di osservare gli effetti della trasposizione di alcuni istituti tradizionali nell'ambiente digitale. Sebbene infatti gli strumenti di tutela sopra esposti non escludano la possibilità di ricorrere ai rimedi tradizionali, è interessante analizzare come alcuni istituti e valori propri degli ordinamenti democratici siano stati assorbiti dai mercati digitali e adattati ai bisogni degli ecosistemi in cui sono stati chiamati a operare.

Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institutions, in *Michigan Law Review*, 99, 2001, 1745 ss.

¹⁷ F.A. PASQUALE, *From territorial to functional sovereignty: the case of Amazon*, in *LPE Project*, 2017.

Dall'analisi degli schemi di risoluzione delle controversie interni alle piattaforme, sopra illustrati, emerge infatti che per funzionare come “courthouses” le società hanno la necessità di trasmettere ai destinatari della tutela la percezione di ricevere garanzie in qualche modo assimilabili a quelle procedurali.

La partecipazione, l'imparzialità e la breve durata riflettono infatti principi derivanti da quelli del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione e all'art. 6 della CEDU, quali il contraddittorio tra le parti, la terzietà e l'imparzialità del giudice e la ragionevole durata del processo.

Ebbene, è interessante rilevare come tali principi, assorbiti nella complessa e variabile architettura delle piattaforme digitali, assumano connotati nuovi e peculiari e si esprimano attraverso forme inedite.

Anzitutto, conviene osservare che nel contesto delle piattaforme digitali si assiste a una anticipazione della tutela a una fase precedente rispetto all'emersione della controversia, concepita come *extrema ratio*, garantendo agli utenti la possibilità, per esempio, di lasciare feedback ed esprimere opinioni, in modo da prevenire, per quanto possibile, i conflitti¹⁸. Un aspetto rilevante è costituito poi dall'utilizzo di particolari modalità di comunicazione e di un linguaggio idonei a trasmettere l'idea di partecipazione dei soggetti destinatari e a sopperire alla mancanza di una reale imparzialità e terzietà della piattaforma. Infine, quanto alla durata del procedimento, il principio di “ragionevole durata” sembrerebbe trasformato in quello che potrebbe definirsi di “minor durata possibile”, tenuto conto dell'estrema priorità assunta dalla celere definizione delle controversie.

¹⁸ Sul punto v. A. CANEPA, *Il dilemma della regolazione delle piattaforme: l'introduzione dell'Uber-test fra affermazione di nuovi strumenti e parziale inefficacia di quelli classici*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolamentazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, 23 ss.; E. GOLDMAN, *The regulation of reputational information*, in *Social Science Research Network*, 2010; A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, in *University of Miami Law Review*, 70, 2016, 830 ss.; S. RANCHORDAS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in The Platform Economy*, in *Social Science Research Network*, 2017.

Tali espedienti e la percezione di giustizia che ne deriva risultano del resto adeguati alla realtà nella quale sono destinati a collocarsi, che si presenta come dinamica, interconnessa e caratterizzata da un'estrema rapidità di evoluzione e dall'automazione dei processi decisionali.

4. *Il caso di Meta e dell'Oversight board*

4.1. In alcuni casi la risoluzione di controversie relative alle piattaforme digitali è stata affidata ad appositi organismi, creati dalle piattaforme stesse. A tal proposito, può essere interessante esaminare il caso relativo alla costituzione da parte di Meta dell'Oversight board, noto per la recente decisione sul caso Trump del maggio 2021¹⁹.

Tale organo costituisce un organo indipendente dall'azienda Meta, chiamato a esprimere giudizi relativi ai social network Facebook e Instagram in materia di libertà di espressione, sia con riferimento a casi individuali sia su questioni normative. L'organo, che costituisce una sorta di "Supreme court", include membri provenienti da contesti culturali e professionali diversi, al fine di riflettere la variegata community del social network.

L'idea del comitato è stata concepita da Mark Zuckerberg nel novembre 2018 al fine di garantire al pubblico la possibilità di proporre una sorta di appello avverso le decisioni della piattaforma. Nel gennaio 2019 la piattaforma ha pubblicato una bozza dell'atto costitutivo dell'organismo e nell'aprile dello stesso anno ha richiesto proposte pubbliche in merito alla struttura e alla progettazione del comitato, avviando un processo di consultazione globale all'esito del quale è stato pubblicato un report²⁰. Nel mese di settembre 2019 è stato quindi pubblicato l'atto costitutivo finale, con il quale sono state formalizzate le responsabilità e la struttura di *governance* dell'Oversight Board, nonché definito il suo rapporto con Meta, mentre i lavori del comitato hanno avuto inizio nel 2020.

¹⁹ Oversight Board, Case decision 2021-001-FB-FBR, May 5, 2021.

²⁰ Global Feedback & Input on the Facebook Oversight Board for Content Decisions, Facebook, Oversight Board Consultation Report, June 2019.

Dall'analisi dell'ultimo report annuale pubblicato dal comitato, emerge che nel 2022 l'Oversight Board ha ricevuto quasi 1,3 milioni di ricorsi da parte degli utenti per ripristinare o rimuovere contenuti su Facebook o Instagram e ha pubblicato dodici decisioni, nove delle quali hanno ribaltato le decisioni della piattaforma²¹. Un dato significativo riguarda poi la tendenza di Meta ad annullare le proprie decisioni una volta che le stesse siano state sottoposte all'attenzione del comitato, ribaltandone gli esiti prima della pronuncia dell'Oversight Board.

Tra le decisioni emanate dall'organo la più nota è quella del 5 maggio 2021, con la quale l'Oversight Board ha confermato la decisione di Facebook del 7 gennaio 2021 di limitare l'accesso di Donald Trump, allora Presidente degli Stati Uniti, alla pubblicazione di contenuti sulle piattaforme Facebook e Instagram, a causa dei contenuti pubblicati da quest'ultimo il 6 gennaio 2021 in occasione delle elezioni. Con tale decisione, il comitato ha tuttavia ritenuto non proporzionata la sospensione a tempo indeterminato imposta dalla decisione di Facebook, chiamando il social network a riesaminare la sanzione, in quanto in contrasto con le ordinarie sanzioni applicate dalla stessa piattaforma, le quali includono la rimozione del contenuto violato, l'imposizione di un periodo di sospensione limitato nel tempo e la disabilitazione permanente della pagina e dell'account²².

4.2. Per quanto riguarda la procedura, possono presentare ricorso tutti gli utenti in possesso di un account attivo sulla piattaforma sulla quale è pubblicato il contenuto oggetto di ricorso che abbiano già ricevuto una decisione finale da parte di Facebook o Instagram. Il ricorso può essere proposto entro quindici giorni dalla trasmissione di tale decisione. I membri del comitato selezionano i casi da sottoporre a un controllo più approfondito e assegnano ai casi selezionati una giuria, alla quale vengono trasmesse le informazioni necessarie per procedere al controllo. La giuria sceglie cinque membri per deliberare su ciascun caso, tra i quali un membro con sede nel paese di origine rappresentato

²¹ Oversight Board 2022, Annual Report.

²² Oversight Board, Case decision 2021-001-FB-FBR, May 5, 2021.

dal caso. Successivamente i membri si incontrano per discutere il caso ed esaminare i commenti pubblici eventualmente pervenuti.

Il procedimento si conclude con una deliberazione che ha natura vincolante per la piattaforma coinvolta, a meno che la sua esecuzione non violi la legge.

4.3. Il caso dell'Oversight Board costituisce un interessante spunto di analisi con riferimento al tema in esame. Infatti, sebbene non costituisca propriamente un organo interno alla piattaforma, lo stesso risulta comunque strettamente legato a quest'ultima, in quanto creato e finanziato da Meta e dedicato alla risoluzione delle controversie proposte avverso le decisioni emanate da quest'ultima.

Anzitutto, occorre rilevare che la stessa circostanza di consentire la proposizione di una sorta di appello nei confronti delle decisioni di Meta rafforza l'assimilazione della decisione emessa dalla piattaforma a una decisione giurisdizionale, ambientata in una sorta di ordinamento interno alla piattaforma, con proprie regole e procedure.

Inoltre, con riferimento alla priorità attribuita al concetto di durata e alla sua evoluzione nell'ambiente digitale, può essere interessante rilevare che sul sito del comitato, nella sezione dedicata all'illustrazione della procedura di ricorso, è indicato il tempo stimato per ogni fase, a conferma dell'importanza che sembra avere, soprattutto per l'utente, la garanzia di una procedura celere e scandita da fasi e tempi certi²³.

Infine, conviene soffermarsi sull'oggetto dei procedimenti incardinati presso tale comitato, che riguarda la libertà di espressione. Da ciò emerge che tra le prime questioni sottoposte agli inediti meccanismi di tutela sopra rappresentati vi sono soprattutto i diritti dei singoli e le libertà fondamentali, che potrebbero invece apparire come una delle materie più difficilmente trasferibili nella realtà digitale.

²³ Oversight Board, www.oversightboard.com/appeals-process/.

5. Il quadro normativo europeo

5.1. Al centro del panorama normativo europeo sul tema vi sono il Digital Markets Act e il Digital Services Act, i quali hanno introdotto una regolamentazione pubblica dei mercati e dei servizi digitali²⁴.

Ebbene, anche tali regolamenti sembrano promuovere l'esercizio di funzioni di controllo da parte delle piattaforme digitali, seppur garantendo la possibilità di ricorrere anche a meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie o a un procedimento giudiziario.

A tal riguardo, il Digital Services Act, dal 25 agosto 2023 operativo per le prime piattaforme digitali, al considerando n. 58 garantisce la possibilità per i destinatari del servizio di contestare le decisioni dei fornitori di piattaforme online che abbiano prodotto una lesione nei loro confronti. Tale risultato viene perseguito attraverso la predisposizione di sistemi interni di gestione dei reclami che “portino a risultati rapidi, non discriminatori, non arbitrari ed equi e siano soggetti a una verifica umana qualora siano utilizzati mezzi automatizzati”²⁵.

²⁴ A. MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2021, 475 ss.; A. LALLI, *Il Digital Market Act: quale concorrenza e quale regolazione*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 113 ss.

²⁵ Digital Services Act, cons. 58: «I destinatari del servizio dovrebbero poter contestare efficacemente e con facilità determinate decisioni dei fornitori di piattaforme online relative all'illegalità di contenuti o alla loro incompatibilità con le condizioni generali che hanno un impatto negativo nei loro confronti. I fornitori di piattaforme online dovrebbero pertanto essere tenuti a predisporre sistemi interni di gestione dei reclami che soddisfino determinate condizioni volte a far sì che tali sistemi siano facilmente accessibili e portino a risultati rapidi, non discriminatori, non arbitrari ed equi e siano soggetti a una verifica umana qualora siano utilizzati mezzi automatizzati. Tali sistemi dovrebbero consentire a tutti i destinatari del servizio di presentare un reclamo e non dovrebbero stabilire requisiti formali, quali il rinvio a disposizioni giuridiche specifiche e pertinenti o spiegazioni giuridiche elaborate. I destinatari del servizio che abbiano presentato una segnalazione tramite il meccanismo di segnalazione e azione di cui al presente regolamento o attraverso il meccanismo di notifica per i contenuti che violano le condizioni generali del prestatore di piattaforme online dovrebbero avere il diritto di utilizzare il meccanismo di reclamo per contestare la decisione del fornitore di piattaforme online sulle loro segnalazioni, anche quando ritengono che l'azione intrapresa da tale prestatore non fosse adeguata. La possibilità di presentare un reclamo per l'annulla-

Il sistema di gestione dei reclami è poi disciplinato all'art. 20 del Regolamento, mentre la risoluzione extragiudiziale delle controversie al successivo art. 21.

Il Digital Markets Act, al considerando n. 62, dispone invece l'obbligo per le piattaforme designate come *gatekeeper* di pubblicare condizioni generali di accesso "eque, ragionevoli e non discriminatorie" che includano anche la previsione di "un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie a livello di Unione che sia facilmente accessibile, imparziale, indipendente e gratuito per l'utente commerciale"²⁶.

5.2. In ogni caso, come detto, l'incentivazione di tali meccanismi non esclude la possibilità di esperire i mezzi di tutela ordinari e di adire i giudici nazionali.

Infatti, lo stesso considerando n. 62 del Digital Markets Act prescrive che

Il meccanismo di risoluzione delle controversie non dovrebbe pregiudicare il diritto degli utenti commerciali di presentare ricorso dinanzi alle autorità giudiziarie in conformità del diritto dell'Unione e del diritto nazionale

e il considerando n. 59 del Digital Services Act fa salva la possibilità per i destinatari del servizio di scegliere tra il meccanismo interno di

mento delle decisioni contestate dovrebbe essere disponibile per almeno sei mesi, da calcolarsi a partire dal momento in cui il fornitore di piattaforme online ha informato il destinatario del servizio della decisione».

²⁶ Digital Markets Act, cons. 62: «Per i negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online elencati nella decisione di designazione, i gatekeeper dovrebbero pubblicare e applicare condizioni generali di accesso eque, ragionevoli e non discriminatorie. Tali condizioni generali dovrebbero prevedere un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie a livello di Unione che sia facilmente accessibile, imparziale, indipendente e gratuito per l'utente commerciale, fatti salvi i costi propri dell'utente commerciale e misure proporzionate volte a prevenire l'abuso del meccanismo di risoluzione delle controversie da parte degli utenti commerciali».

reclamo, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e l'avvio di procedimenti giudiziari dinanzi ai giudici nazionali²⁷.

Con riferimento al ruolo dei giudici nazionali, in relazione al Digital Markets Act, occorre chiarire che il Regolamento ha previsto un modello di *enforcement* pubblico fondato sull'attività di vigilanza della Commissione europea. Tuttavia, come visto, è ammessa la possibilità di rivolgersi anche ai giudici nazionali o ad altre autorità pubbliche competenti. A tal riguardo, l'art. 5 prevede infatti l'obbligo per i *gatekeepers* di “non impedire, né limitare, direttamente o indirettamente” la possibilità sia per gli utenti commerciali, sia per gli utenti finali di “sollevare questioni in materia di inosservanza del pertinente diritto dell'Unione o del diritto nazionale da parte del *gatekeeper* presso qualsiasi autorità pubblica competente”, includendo tra queste ultime anche “gli organi giurisdizionali nazionali, per quanto riguarda le pratiche del *gatekeeper*”.

L'art. 39 del Regolamento stabilisce poi un obbligo di collaborazione reciproca tra la Commissione europea e gli organi giurisdizionali nazionali, disponendo che nei procedimenti relativi all'applicazione del Regolamento, “gli organi giurisdizionali nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o il suo parere su questioni riguardanti l'applicazione del presente regolamento”. Il comma 5 dello stesso articolo impone inoltre anche il dovere degli organi giurisdizionali nazionali di non formulare decisioni in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione; in tal caso gli stessi potranno valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti avviati in attesa della predetta decisione, ferma restando la possi-

²⁷ Digital Services Act, cons. 59: «I destinatari del servizio dovrebbero poter scegliere tra il meccanismo interno di reclamo, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e la possibilità di avviare, in qualsiasi fase, un procedimento giudiziario. Poiché l'esito della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie non è vincolante, alle parti non dovrebbe essere impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione alla stessa controversia. Le possibilità così create di contestare le decisioni dei fornitori di piattaforme online dovrebbero lasciare impregiudicata sotto tutti gli aspetti la possibilità di presentare ricorso per via giudiziaria conformemente alla legislazione dello Stato membro interessato, e pertanto di esercitare il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo quale previsto all'articolo 47 della Carta».

bilità di sollevare una pronuncia pregiudiziale a norma dell'art. 267 TFUE²⁸.

5.3. Tuttavia, conviene rilevare che sebbene siano previsti strumenti di coordinamento e poteri in capo ad altre autorità, tra cui i giudici nazionali, l'applicazione della disciplina introdotta dal Regolamento appare affidata in via principale a un meccanismo di *enforcement* di natura pubblica, incentrato sul ruolo di vigilanza svolto dalla Commissione europea, anche al fine di garantire la massima armonizzazione all'interno dell'Unione europea.

Sul ruolo che sarà svolto dai giudici nazionali si pongono peraltro diversi interrogativi, tenuto conto della novità della materia, delle differenze rispetto al diritto antitrust tradizionale e delle peculiarità che caratterizzano i mercati digitali, forse tali da rendere opportuna l'istituzione di un giudice speciale.

6. Conclusioni

Dall'analisi svolta emerge la centralità dell'evoluzione descritta e delle questioni a essa collegate. Come visto, infatti, il processo di privatizzazione di alcune controversie all'interno delle piattaforme digitali e la costituzione di appositi organismi a esse dedicati appare ormai un processo sempre più frequente e destinato a consolidarsi ulteriormente.

Le piattaforme digitali hanno infatti dimostrato un costante interesse all'implementazione dei propri meccanismi di risoluzione delle controversie, in ragione della stretta connessione tra tali meccanismi e il fondamentale obiettivo di massimizzazione dei profitti.

²⁸ Digital Markets Act, art. 39, comma 5: «Gli organi giurisdizionali nazionali non formulano decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione a norma del presente regolamento. Essi evitano inoltre decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati a norma del presente regolamento. A tal fine l'organo giurisdizionale nazionale può valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da essa avviati. Ciò lascia impregiudicata la possibilità degli organi giurisdizionali nazionali di chiedere una pronuncia pregiudiziale a norma dell'articolo 267 TFUE».

Tale fenomeno ha determinato anche la trasposizione all'ambiente digitale di istituti e categorie giuridiche, le quali potrebbero sembrare lontane e difficilmente compatibili con una simile realtà.

Tuttavia, gli esiti della trasposizione dimostrano come la peculiarità del mercato digitale e la complessa struttura delle piattaforme impongano di ripensare, in qualche modo, la concezione di tali istituti, nonché di alcuni valori democratici, in rapporto con la realtà delle piattaforme digitali, con la quale gli stessi sono e saranno sempre più destinati a scontrarsi.

Come sopra detto infatti, il *platform model* costituisce un modello particolarmente pervasivo, tendente a investire non solo il settore economico, ma anche numerosi altri ambiti, incluso quello etico-politico e normativo.

Tale modello, come visto, ha portato anche all'emersione di nuovi strumenti di tutela, elaborati con forme inedite per rispondere ai peculiari bisogni dell'ambiente digitale. Dall'analisi svolta emerge infatti la tendenza delle "corporations as courthouses" a introdurre nelle proprie procedure elementi tipici della tutela giurisdizionale tradizionale, al fine di trasmettere ai destinatari della tutela la percezione di ricevere garanzie in qualche modo assimilabili a quelle procedurali.

Tuttavia, tali principi, trasposti nell'architettura infrastrutturale delle piattaforme digitali, tendono a rifletterne in qualche modo le caratteristiche, presentandosi in modo innovativo.

La questione offre dunque diversi spunti di ricerca. Restano infatti aperti diversi interrogativi in relazione alle criticità e ai possibili sviluppi di tali meccanismi, nonché alle possibili implicazioni degli esiti della trasposizione anche in altri settori, che sarà possibile studiare con maggiore approfondimento negli anni a venire. La transizione sembrerebbe dunque ancora in corso, ma la sua direzione sembra essere già segnata.

L'INTEROPERABILITÀ TRA LE BANCHE DATI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE

Stefania Racioppi

SOMMARIO: 1. Premessa. L'informazione del settore pubblico. 2. Definizioni di interoperabilità ed evoluzione normativa. 3. La cooperazione applicativa e la fruibilità dei dati. 4. Il nuovo dialogo tra pubblica amministrazione e cittadino. 5. Conclusioni.

1. Premessa. L'informazione del settore pubblico

Intorno al 3500 a.C. i sacerdoti della città-stato sumera di Uruk iniziarono a registrare, attraverso cunei per imprimere pittogrammi su tavolette di argilla, gli oboli che i sudditi avevano l'obbligo di versare al tempio¹. Così nacque la scrittura e i sistemi di registrazione². Secondo Luciano Floridi, il *discrimen* tra storia e preistoria sarebbe da rintracciarsi proprio nella disponibilità o meno di sistemi di registrazione, «cosicché *storia* è in realtà sinonimo di *età dell'informazione*»³. Tutta-

¹ A. VON KITTLITZ, *Il potere della scrittura*, in *Internazionale*, 21 luglio 2023, 38-45.

² L'espressione «sistema di registrazione» è usata quale traduzione letterale della locuzione impiegata nel testo originale di L. FLORIDI, *Information. A very Short Introduction*, New York, 2010, 3 «system to record events and hence accumulate and transmit information about the past». Si noti che il vocabolo «ledger», in italiano «registro», oggi ampiamente utilizzato nell'ambito delle ICT, può essere definito come «a record of transactions» (<https://src.nist.nih.gov/glossary/term/ledger>), o ancora «a master collection of books containing all of a company's transactions (usually in a summarized form, as subsidiary ledgers – subledgers – contain the details)» in J.I. IBAÑEZ, C.N. BAYER, P. TASCA, J. XU, *Triple-entry accounting, blockchain and next of kin: Towards a standardization of ledger terminology*, Working Paper, 20.01.2021.

³ L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2012, 3.

via, l'espressione *de qua* è stata impiegata negli ultimi decenni per indicare un'epoca condizionata dal ciclo di vita dell'informazione⁴. Di conseguenza, la locuzione "società dell'informazione" ha assunto il significato di società fortemente dipendente

da beni intangibili basati sull'informazione, da servizi a uso intensivo di informazione (specialmente per quanto riguarda il commercio, la proprietà, le comunicazioni, la finanza, le assicurazioni e l'intrattenimento) e da settori pubblici orientati all'informazione (quali in particolare l'istruzione, la pubblica amministrazione e la sanità)⁵.

Sin dalla fine degli anni Novanta del XX secolo e nei primi anni del XXI, i *policy maker* sovranazionali, non indifferenti ai cambiamenti sociali, hanno avvertito l'esigenza di sviluppare, anche mediante la cooperazione internazionale, una visione comune sulla società dell'informazione⁶. Tra gli obiettivi prefissati ha assunto un ruolo centrale

⁴ Il ciclo di vita dell'informazione consiste nelle fasi attraverso le quali passano le informazioni e si compone di: creazione o raccolta, elaborazione, diffusione, utilizzo, archiviazione e riutilizzo, fino a includere la distruzione e la cancellazione (https://csrc.nist.gov/glossary/term/information_life_cycle).

⁵ L. FLORIDI, *op. cit.*, 6.

⁶ L'espressione "Società dell'Informazione" si rinviene per la prima volta in ambito europeo in occasione della stesura del Libro bianco della Commissione europea del 1993, c.d. *Rapporto Delors* (Comunicazione della Commissione delle Comunità europee, 5 dicembre 1993, COM(93)700 *def.*). Negli anni immediatamente successivi vengono intraprese le seguenti iniziative legislative, il cui elenco è da considerarsi a titolo esemplificativo e non esaustivo: Libro Verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione COM(1998)585; 19 e 20 giugno 2000 il Consiglio europeo approva a Feira il Piano d'azione eEurope2002; Direttiva 2000/31/CE relativa ai servizi della società dell'informazione; Piano d'azione eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti (Bruxelles, 28.05.2002 COM(2002)263 *def.*); Direttiva 2003/98/CE relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (successivamente modificata dalla Direttiva 2013/37/UE, oggi superata dalla direttiva 2019/1024/UE).

A livello globale, nel 2000 si svolge adOkinawa il G8 Summit Meeting durante il quale viene approvato il *Charter on Global Information Society*, in cui è riconosciuto il ruolo centrale delle ICT; nel 2001 viene indetto dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il World Summit on the Information Society (Resolution adopted by the General

il perseguimento di una maggiore efficienza delle autorità pubbliche nella produzione, raccolta e gestione di informazioni semplici o complesse⁷.

L'evoluzione verso una società e un'economia basate sui dati ha reso ancora più evidente il ruolo delle pubbliche amministrazioni quali protagoniste della transizione digitale⁸. Nell'aggiornamento del *Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2022-2024*, l'Agid evidenzia che «il patrimonio informativo della pubblica amministrazione è un bene fondamentale per lo sviluppo del Paese e deve essere valorizzato e reso disponibile ai cittadini e alle imprese, in forma aperta e interoperabile»⁹. L'interazione e la condivisione dei diversi *dataset* di cui sono titolari le amministrazioni¹⁰ comporterebbe benefici tanto nell'attività amministrativa, in termini di maggiore efficienza, efficacia e tempestività nei rapporti con altri soggetti pubblici, quanto nei confronti dei cittadini e delle imprese¹¹; sarebbero così garantiti il diritto a una buona amministrazione, come sancito dall'articolo 41 della Carta di Nizza, nonché, fra gli altri, i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento previsti dalla Costituzione all'articolo 97.

Assembly, n. 56/183, 21 December 2001 https://www.itu.int/net/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002.pdf).

⁷ D. SOLDA KUTZMANN, *Circolazione dell'informazione nel settore pubblico*, Digesto delle Discipline Privatistiche, Milano, 2007.

⁸ Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico «il settore pubblico degli Stati membri raccoglie, produce, riproduce e diffonde un'ampia gamma di informazioni in molti settori di attività, per esempio informazioni di tipo sociale, politico, economico, giuridico, geografico, ambientale, meteorologico, sismico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione».

⁹ Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, aggiornamento 2022-2024, pubblicato da Agid il 23.01.2023, adottato il 22 dicembre 2022, con decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio con delega all'innovazione tecnologica e alla transizione digitale, https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/piano_triennale_per_linformatica_nella_pa_2022-2024.pdf.

¹⁰ I *dataset* di cui le pubbliche amministrazioni risultano titolari sono 158.650, <https://dati.gov.it/base-dati>.

¹¹ M. TRESCA, *Lo «Stato Digitale» Big Data, Open Data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, 545.

2. Definizioni di interoperabilità ed evoluzione normativa

Prima di osservare le possibili ricadute pratiche dell'interoperabilità delle banche dati delle pubbliche amministrazioni, sia nei rapporti tra autorità che tra queste e i cittadini, appare importante illustrare il quadro normativo di riferimento.

L'attenzione del legislatore europeo nei riguardi del principio di interoperabilità sorge nell'intento di garantire le quattro libertà fondamentali: la libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone tra gli Stati membri. L'effettiva realizzazione delle suddette libertà viene perseguita attraverso il miglioramento della *governance* delle attività delle pubbliche amministrazioni di interoperabilità e un modello operativo comune, volto ad avere impatto sull'erogazione dei servizi pubblici per ridurre gli oneri burocratici¹².

Le iniziative normative si susseguono negli anni e nel 2004 viene approntata una prima definizione di interoperabilità, quale «the ability of information and communication technology (ICT) systems and of the business processes they support to exchange data and to enable the sharing of information and knowledge»¹³.

Allo scopo di consentire alle persone – a cui già sono riconosciute le libertà di trasferirsi e lavorare nei Paesi membri – e alle imprese – che del pari godono delle libertà di commerciare e svolgere i propri affari nel mercato unico, di interagire con le pubbliche amministrazioni in maniera efficiente ed efficace –, il Consiglio e il Parlamento europeo chiedono di porre l'attenzione sulla opportunità di creare le condizioni per garantire l'interoperabilità tra le banche dati pubbliche¹⁴. Nel corso

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 23.03.2017 COM(2017)134 *final*.

¹³ European interoperability framework for pan-european e-government services, 2004.

¹⁴ Il Consiglio europeo, con le conclusioni del 1° dicembre 2005 sulla comunicazione della Commissione dal titolo «i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione», invitò la Commissione a incoraggiare un utilizzo efficace delle ICT nei servizi pubblici tramite lo scambio di esperienze e a sviluppare approcci comuni su temi essenziali, come l'interoperabilità e l'utilizzo efficace di standard aper-

del tempo, il concetto di interoperabilità viene meglio specificato sino ad arrivare, nel 2009, a una nuova definizione nei seguenti termini:

the ability of disparate and diverse organisations to interact towards mutually beneficial and agreed common goals, involving the sharing of information and knowledge between the organisations, through the business processes they support, by means of the exchange of data between their respective ICT systems¹⁵.

Quest'ultima definizione è oggi contenuta nel *New European Interoperability Framework (EIF)*, adottato dalla Commissione europea nel 2017¹⁶, che ha rappresentato la base per lo sviluppo del nuovo modello di interoperabilità nazionale.

ti. Nel 2006, il Parlamento europeo, con la Risoluzione 14.03.2006 Parlamento europeo, GU C 291 E del 30.11.2006, chiese di porre l'accento sulle questioni dell'interoperabilità e delle migliori prassi nei servizi elettronici del servizio pubblico per i cittadini e le imprese. Nello stesso anno, la Comunicazione del Consiglio europeo *Interoperabilità per servizi paneuropei di e-Government* del 13.02.2006 specificò i settori chiave dell'interoperabilità: organizzativo, tecnico e semantico, già previsti dall'*European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Service*. Venne poi avviata con la Direttiva 2007/2/CE l'iniziativa «INfrastructure for SPatial InfoRmation in Europe» (INSPIRE) con l'obiettivo di raccogliere e rendere disponibili le informazioni territoriali al fine di garantirne la condivisione tra le organizzazioni del settore pubblico per la formulazione, l'attuazione, il monitoraggio e la valutazione della politica comunitaria.

¹⁵ Decisione n. 922/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 sulle soluzioni di interoperabilità per le pubbliche amministrazioni europee (ISA).

¹⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures for a high level of public sector interoperability across the Union (Interoperable Europe Act), Brussels 18.11.2022, COM(2022)720 final 2022/0379 (COD): «L'interoperabilità è la capacità delle organizzazioni di interagire in vista di obiettivi reciprocamente vantaggiosi, ricorrendo alla condivisione di conoscenze e informazioni tra le organizzazioni, per mezzo dei processi lavorativi su cui si basano, tramite lo scambio di dati fra i rispettivi sistemi informatici». Nel testo si fa presente che «con il termine "organizzazioni" si fa riferimento alle unità della pubblica amministrazione o a qualsiasi altro soggetto che agisce a loro nome, o agli organi o alle istituzioni dell'UE».

In Italia l'identificazione di soluzioni e strutture volte a concretizzare il principio di interoperabilità tra le banche dati pubbliche risponde all'ulteriore intento di avviare un processo di radicale trasformazione del settore pubblico. Unitamente al proposito di migliorare la qualità dei servizi pubblici, attraverso la rimozione degli oneri burocratici definiti superflui, per agevolare le piccole e medie imprese operanti nel mercato unico, nel nostro Paese, l'interoperabilità consente di perseguire anche i principi di semplificazione (sia della struttura dei procedimenti sia delle connesse attività del cittadino), di imparzialità, di efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa. Ciò si evince dalla lettura dell'articolo 12 del Codice dell'Amministrazione digitale, laddove si afferma che

le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera b).

È inoltre importante notare che negli anni in cui si approntavano i primi progetti legislativi in tema di interoperabilità¹⁷, l'assetto costituzionale mutava e, allo scopo 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»¹⁸, la materia del «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», ai sensi dell'articolo 117, 2 comma, lettera r), diveniva di esclusivo appannaggio della competenza legislativa dello Stato.

¹⁷ Risale al 1997 l'istituzione della Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione (RUPA) ex art. 15 della legge 15.03.1997 n. 59.

¹⁸ C. cost., 16 gennaio 2004, n. 17, Pres. e Red. R. Chieppa; cfr. C. cost., 26 gennaio 2005, n. 31, Pres. V. Onida, Red. A. Quaranta.

L'informazione da strumento di potere diviene patrimonio informativo da condividere con altri uffici e con il cittadino¹⁹ e l'interoperabilità delle banche dati come carattere dell'infrastruttura digitale pubblica contribuisce a definire un nuovo *modus* relazione e funzionale dell'amministrazione²⁰. A livello normativo ciò è messo in evidenza tanto dal Codice dell'Amministrazione Digitale, nel quale si riporta la seguente definizione di interoperabilità «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»²¹, quanto nella legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), ove ai sensi dell'articolo 3-*bis* si prevede che le pubbliche amministrazioni, al fine di «conseguire maggiore efficienza nella loro attività» incentivano l'uso della telematica sia nei rapporti interni sia con le altre amministrazioni e sia tra queste e i privati²².

Da ultimo, si deve ricordare il contenuto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nel quale diviene ancora più lampante come l'interoperabilità delle banche dati delle pubbliche amministrazioni costituisca l'assunto per la transizione digitale del settore pubblico. Dalla lettura della missione M1C1 del Piano si apprende come la piena interoperabilità tra le basi informative degli enti pubblici, da realizzarsi attraverso la definizione di standard tecnici comuni, sia necessaria per semplificare le procedure amministrative, garantendo l'applicazione del principio del c.d. *once only* nei rapporti con l'amministrato, ma anche per incrementare la collaborazione tra le stesse pubbliche amministrazioni.

¹⁹ R.M. DI GIORGI, *Reti di relazioni nella pubblica amministrazione. Considerazioni in tema di e.government e accesso alla documentazione di fonte pubblica*, in *Informatica e Diritto*, 2, 2002, 27 ss.

²⁰ B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione*, in A. LALLI (a cura di), *L'Amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022, 21-26.

²¹ Definizione contenuta nell'articolo 1, comma 1 lett. dd), lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1, lett. g), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, a decorrere dal 14 settembre 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 66, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 179/2016.

²² Articolo 3-*bis* l. n. 241/1990 come modificato dall'art. 12, comma 1, lettera b) l. n. 120 del 2020.

3. La cooperazione applicativa e la fruibilità dei dati

Nelle relazioni fra amministrazioni, la semplificazione delle modalità di dialogo istituzionale diviene elemento cardine della transizione digitale. Sovente il concreto perseguimento delle finalità di interesse pubblico, individuate dal legislatore, richiede alle pubbliche amministrazioni il compimento di un'attività istruttoria complessa tale da esigere il coinvolgimento di altri soggetti pubblici. A ciò si aggiunge che, in applicazione del principio 'once only', le pubbliche amministrazioni non dovrebbero poter chiedere nuovamente al cittadino le informazioni di cui già sono in possesso. Si incentiva così lo scambio e il riutilizzo dei dati nel settore pubblico e, come messo in luce dal Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019 dell'Agid, l'asse portante dell'interoperabilità è costituito dalla

collaborazione tra Pubbliche amministrazioni e tra queste e soggetti terzi per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli sulle implementazioni, evitando integrazioni *ad hoc*²³.

Dal punto di vista pratico, l'interoperabilità delle banche dati delle pubbliche amministrazioni si realizza nella cornice del Sistema Pubblico di Connettività (SPC) istituito in sostituzione della la Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione (RUPA), per consentire non più soltanto il mero scambio di informazioni, ma la cooperazione applicativa, ossia

la interazione – cioè la comunicazione reciproca e attiva – fra sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni, in modo idoneo a garantire

²³ Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019, parte 5. Modello di interoperabilità, disponibile al link https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/pianotriennale-ict-doc/it/2017-2019/doc/05_modello-di-interoperabilita.html.

l'integrazione delle informazioni e dei procedimenti amministrativi digitalizzati²⁴.

L'interoperabilità dei sistemi informativi degli enti e dei gestori di servizi pubblici viene abilitata dalla Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND)²⁵ che, da originaria Piattaforma Big Data²⁶ è oggi, con le modifiche apportate dall'art. 34 della legge 11.09.2020 n. 120,

un'infrastruttura tecnologica che rende possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici per le finalità di cui al comma 1, mediante l'accreditamento, l'identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati ad operare sulla stessa, nonché la raccolta e conservazione delle informazioni relative agli accessi e alle transazioni effettuate suo tramite.

²⁴ C. D'ORTA, *Il Sistema Pubblico Di Connettività – Commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2005, 693. Sul punto cfr. art. 1 d.lgs. n. 42/2005 che definisce la cooperazione applicativa come «la parte del sistema pubblico di connettività finalizzata all'interazione tra i sistemi informatici delle Pubbliche Amministrazioni per garantire l'integrazione dei metadati, delle informazioni e dei procedimenti amministrativi».

²⁵ L'articolo 45 d.lgs. 13 dicembre 2017 n. 217 abrogando il comma 3 dell'art. 50 CAD, introduceva nel Codice dell'Amministrazione Digitale l'art. 50-ter r (Piattaforma Digitale Nazionale Dati).

²⁶ Nel Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019, la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (nota precedentemente con il nome di Data & Analytics Framework (DAF)) viene così descritta «La PDND si basa su una piattaforma *big data*, composta da: un *data lake*, un insieme di *data engine* e strumenti per la comunicazione dei dati.

Nel *data lake* vengono memorizzati, nel rispetto delle normative in materia di protezione dei dati personali, dati di potenziale interesse quali, per esempio: le basi di dati che le PA generano per svolgere il proprio mandato istituzionale; i dati generati dai sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni come log e dati di utilizzo che non rientrano nella definizione precedente.

I *Big Data Engine* sono utili ad armonizzare ed elaborare, sia in modalità differita sia in tempo reale, i dati grezzi memorizzati nel *data lake* e a implementare modelli di apprendimento automatico.

Infine, gli strumenti per la comunicazione dei dati sono utili a favorire la fruizione dei dati elaborati da parte dei soggetti interessati, anche attraverso API che espongono dati e funzionalità ad applicazioni terze».

La strutturazione della PDND come piattaforma che espone il catalogo dei connettori (c.d. *Catalogo API*), riconosce a ciascuna amministrazione fruitrice la possibilità di interrogare le banche dati di ogni amministrazione erogatrice, previa autorizzazione, realizzando un modello innovativo di dialettica istituzionale²⁷. Il passaggio verso un modello basato anche su un *datalake* ha consentito il superamento del precedente modello *a silos* secondo cui erano tradizionalmente organizzate le banche dati delle pubbliche amministrazioni²⁸, perseguendo così la piena realizzazione del principio di leale collaborazione

che risiede nel dettato dell'art. 97 Cost, ed ancor più nel principio della ragionevolezza, [nel quale] dovrebbe risiedere la consuetudine di rapporti tra gli enti territoriali improntati alla massima correttezza ed al continuo scambio di informazioni²⁹.

Il rinnovamento infrastrutturale della condivisione delle informazioni nel settore pubblico conduce a riflettere sui limiti soggettivi di applicazione della disciplina in esame. Ai sensi dell'articolo 2, comma 2 del CAD, le disposizioni in esso contenute sono rivolte

a) alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le auto-

²⁷ L'intento di semplificazione dell'attività amministrativa attraverso un rinnovato dialogo istituzionale non è estraneo al legislatore nazionale. In tal senso si veda l'istituto della conferenza di servizi, sul punto si rimanda per una conoscenza generale a M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 268 ss. A. LALLI, C. CONTESSA, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, 2021, 640 ss.; sulla relazione tra interoperabilità e conferenza di servizi V. FALCO, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2023, 9-25.

²⁸ Cfr. M. ALDINUCCI, *L'infrastruttura necessaria per creare interoperabilità tra pubbliche amministrazioni*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 225- 232.

²⁹ Sentenza Cons. Stato, Sez. V, 09.07.2012, n. 3996; cfr. V. SARCONI, *La leale collaborazione vale anche per l'e-Government? Commento alla decisione della Corte costituzionale n. 31/2005*, in *Federalismi.it*, 5, 2005, 4; P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 23, 2017.

rità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione; b) ai gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse; c) alle società a controllo pubblico, come definite nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, escluse le società quotate di cui all'articolo 2, comma 1, lettera p), del medesimo decreto che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b).

L'estensione dell'ambito soggettivo risponde allo scopo di permettere al cittadino e alle imprese di assumere la pubblica amministrazione come entità e interlocutore unico, a prescindere dalle competenze e dalle articolazioni amministrative e territoriali. In tale direzione debbono essere lette le recenti riforme che hanno interessato il CAD, nelle quali viene dato particolare risalto all'accesso e allo scambio di dati e informazioni tra le amministrazioni, ossia alla possibilità di far dialogare tra loro sistemi informativi diversi al fine di attribuire alle informazioni dei significati univoci³⁰. Ai sensi dell'articolo 50, comma 2 CAD, la fruibilità dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni deve essere garantita «quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza oneri a carico di quest'ultima, salvo per la prestazione di elaborazioni aggiuntive». Il limite della necessità, sia da un lato circoscrive la trasmissione dei dati³¹, dall'altro assicura il rispetto del principio di finalità. Dopo l'abrogazione della previsione degli accordi quadro, l'effettivo scambio dei dati tra pubbliche amministrazioni è, tuttavia, garantito solo attraverso il comma 3-ter del summenzionato articolo che impone sanzioni in caso di inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili i dati³². Ne deriva che la realizzazione di un processo digitale interopera-

³⁰ Il CAD è stato interessato nel corso degli anni da diverse novelle legislative, qui si fa in particolare riferimento ai d.lgs. n. 179/2016 e n. 217/2017 e dai d.l. n. 76/2020 e 77/2021 e da ultimo al d.l. n. 13/2023.

³¹ M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico tra testo unico sulla documentazione amministrativa e Codice dell'amministrazione digitale*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 2005, 525 ss.

³² Articolo 50 CAD, comma 3-ter: «L'inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili i dati ai sensi del presente articolo costituisce mancato raggiungimento di uno

bile abbisogna di un modello organizzativo che individui i ruoli e le responsabilità affinché la disponibilità dei dati non si traduca in una condivisione e nell'utilizzo incontrollati dei dati³³. Può vedersi come esempio, la nuova disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), laddove nell'istituire la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), si prevede che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ne sia titolare in via esclusiva e che mediante l'interoperabilità siano resi disponibili i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, delimitando in tal modo i fini di utilizzo dei dati stessi e i soggetti pubblici legittimati a trattarli.

4. Il nuovo dialogo tra pubblica amministrazione e cittadino

La realizzazione di infrastrutture interoperabili volte all'attuazione di corretti procedimenti amministrativi è un obiettivo perseguito dal legislatore europeo³⁴ e nazionale anche al fine di rendere effettivo il principio 'once only', in virtù del quale l'amministrazione non può richiedere ai cittadini e alle imprese le informazioni e i dati dei quali è già in possesso. Nel documento "Italia digitale 2026 – risultati 2021-2022 e azioni per 2023-2026" il Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale ha evidenziato come l'attuazione del principio 'once only' permetta di

specifico risultato e di un rilevante obiettivo da parte dei dirigenti responsabili delle strutture competenti e comporta la riduzione, non inferiore al 30 per cento, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti, oltre al divieto di attribuire premi o incentivi nell'ambito delle medesime strutture».

³³ Cfr. Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni adottate da Agid con Determinazione n. 547/2021.

³⁴ Cfr. anche Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, pubblicato nella GUUE del 21.11.2018 L. n. 295 (19CE0091).

ribaltare la dialettica tra Stato e cittadini: se prima il cittadino doveva farsi carico di tutti i documenti necessari per le pratiche amministrative, domani sarà la Pubblica Amministrazione a dover pre-compilare digitalmente tutto. I cittadini accederanno alla PA una sola volta, lo Stato farà il resto.

Da diverso tempo, il cittadino ha iniziato a rivestire un nuovo ruolo nel rapporto con la pubblica amministrazione e a causa dell'aumento della complessità istituzionale la sua partecipazione è divenuta un valore aggiunto nel procedimento amministrativo³⁵. Scongiurato il rischio di un indebolimento del potere amministrativo derivante dall'eccessivo affidamento dell'amministrazione sulla partecipazione dei privati³⁶, la transizione digitale del settore pubblico pone tuttavia rilevanti problemi di compatibilità con la disciplina in materia di tutela della riservatezza dei dati personali.

Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera e) del GDPR il trattamento dei dati è lecito a prescindere dal consenso dell'interessato «ove sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri». Laddove a monte vi sia una legge di autorizzazione, l'assenza del consenso, quale presupposto per il trattamento legittimo dei dati, non dovrebbe destare ecces-

³⁵ In tema di “amministrazione condivisa” si veda G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, 50: «[i]l modello organizzativo che consentiva tale “alleanza” nell'interesse generale fra cittadini e amministrazioni fu definito “amministrazione condivisa” per distinguerlo sia dalla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, sia da altre forme di partecipazione ai processi decisionali pubblici, quali la democrazia partecipativa e deliberativa»; per la partecipazione come valore aggiunto nel procedimento amministrativo cfr. P. PIRAS, *L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico*, in *Diritto dell'Internet*, 6, 2006, 552.

³⁶ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2007, 13 ss., laddove afferma che «Se l'amministrazione fa eccessivo affidamento sulla partecipazione dei privati, corre il rischio di indebolirsi e di rimanere prigioniera degli interessi organizzati più forti. Essa ha bisogno, innanzitutto, di una sua conoscenza ufficiale. E deve rimanere libera di valutare in modo neutrale gli interessi in gioco in ogni decisione relativa alla collettività».

siva preoccupazione posto che, a differenza del rapporto sinallagmatico che si instaura tra i privati, l'amministrazione agisce ordinariamente

tramite la spendita della capacità speciale di diritto pubblico che consente ad essa di realizzare l'assetto di interessi ritenuto più conforme, disponendolo direttamente, indipendentemente dalla volontà di coloro che tale assetto subiranno³⁷.

Maggiore attenzione merita, invece, la congiunzione disgiuntiva inserita tra "esecuzione di interesse pubblico" e "connesso all'esercizio dei pubblici poteri", il quale induce a ritenere che la valutazione di necessità non richieda obbligatoriamente l'adozione di un atto legislativo, ma sia rimessa alla pubblica amministrazione procedente a cui il legislatore ha attribuito il potere in concreto di cura dell'interesse pubblico³⁸. Ciò tanto più è vero se si considera il novellato articolo 2-ter³⁹ del Codice in materia di protezione dei dati personali in virtù del quale, al fine di agevolare le possibilità di trattamento dei dati comuni nel settore pubblico, è ammesso che la base giuridica possa consistere, oltre che nella legge e nel regolamento, anche in atti amministrativi generali.

³⁷ A. LALLI, C. CONTESSA, *op. cit.*, 455-456; sul consenso nel trattamento dei dati per motivi di interesse pubblico si veda L. FEROLA, *Principi e disposizioni fondamentali riguardanti il trattamento dei dati personali in ambito pubblicistico*, in E. ZUANELLI (a cura di), *Cybersecurity, protezione dei dati e privacy. Temi, nozioni, applicazioni un approccio interdisciplinare*, Canterano, 2020, 117 ss.

³⁸ Ciò è suffragato dai Considerando 41 e 45 del Regolamento 27.04.2016, n. 2016/679/UE «(41) Qualora il presente regolamento faccia riferimento a una base giuridica o a una misura legislativa, ciò non richiede necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro interessato [...]»; «(45) È opportuno che il trattamento effettuato in conformità a un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri sia basato sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro. Il presente regolamento non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento [...]».

³⁹ Articolo modificato dall'articolo 9 d.l. n. 139/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 205/2021.

Ci si deve poi chiedere quali siano le conseguenze nel caso di illegittimità degli atti amministrativi che si ponessero che unica base giuridica per il trattamento lecito dei dati. E prima ancora, in virtù del principio di legalità, occorre chiedersi se nel nostro ordinamento non sia richiesta una norma di legge per consentire alla pubblica amministrazione l'utilizzo dei dati relativi ai cittadini che siano stati raccolti da un'altra amministrazione per differenti modalità di trattamento.

Il Garante della Privacy ha già avuto modo di chiarire che l'interoperabilità

come ribadito anche nell'art. 50 del CAD, non può essere intesa come indiscriminata possibilità di circolazione, per i fini più vari, dei dati personali (*a fortiori* se appartenenti alle categorie speciali di cui agli artt. 9 e 10 Gdpr: gli ex dati sensibili e giudiziari) tra le più diverse amministrazioni, per il sol fatto di essere stati acquisiti "*once*" da una di esse. Ove così fosse, infatti, si determinerebbe l'abrogazione implicita della disciplina di protezione dati nella parte in cui impone, appunto, una previsione normativa puntuale per il trattamento per fini di interesse pubblico o nell'esercizio di pubblici poteri, in violazione dei principi di liceità, correttezza e trasparenza, e di limitazione della finalità del trattamento (art. 5, par. 1, lett. a) e b), del Regolamento)⁴⁰.

Si osservi che, se da una parte, al cittadino vengono garantiti i rimedi giurisdizionali attivabili innanzi all'autorità giudiziaria al fine di richiedere il risarcimento dei danni patiti per il trattamento illecito dei dati personali subito⁴¹, dall'altra prevedere che sia la stessa amministrazione a stabilire con un provvedimento amministrativo generale quale sia "un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pub-

⁴⁰ Garante per la protezione dei dati personali, Parere sullo schema di "Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati" - 16 dicembre 2021 [9732758].

⁴¹ Ai sensi dell'articolo 153 d.lgs. n. 196/2003 «tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi giurisdizionali di cui agli articoli 78 e 79 del Regolamento e quelli comunque riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, nonché il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 82 del medesimo regolamento, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria».

blici poteri” rischia di eludere il principio di legalità, con evidente espansione del potere amministrativo a scapito dei cittadini.

Pare necessario quindi, che alla norma contenuta nell’articolo 2-ter d.lgs. n. 196/2003 venga ascrivito un significato sistematico tale da collocarla nel quadro complessivo dell’ordinamento. L’attività della pubblica amministrazione di acquisizione, gestione, fruizione e condivisione dei dati, in quanto funzionale al perseguimento dell’interesse pubblico come stabilità dalla norma attributiva del potere, deve proprio in quest’ultima trovare il proprio presupposto, mentre l’atto amministrativo generale sarebbe volto a specificare e identificare i fini sottesi di volta in volta al trattamento⁴². Soltanto così si eviterebbe un contrasto con quanto previsto nel considerando 47 del Regolamento 2016/679/UE dal legislatore sovranazionale che

non solo richiede ora espressamente che il potere di acquisire dati personali da parte di un’authority pubblica sia previsto da una disposizione legislativa, ma chiarisce anche che, in tal caso, l’interesse al trattamento discende direttamente dalla legge attributiva del potere⁴³.

⁴² In tal senso, si vedano le conclusioni dell’Avvocato Generale Bobek nella causa C-175/20: «82. In altre parole, i due livelli di regolamentazione, ossia quello legislativo e quello amministrativo, che fungono da base giuridica finale del trattamento dei dati, operano congiuntamente. Almeno uno di essi deve essere sufficientemente specifico e adeguato a uno o più tipi o quantità determinati di dati personali richiesti. Quanto più è dettagliato a livello legislativo e strutturale per tali trasferimenti di dati, quanto meno è necessario che lo sia la singola richiesta amministrativa. Il livello legislativo potrebbe anche essere così dettagliato e completo da essere del tutto autosufficiente e immediatamente esecutivo. Al contrario, quanto più generico e vago è il livello legislativo, tanto più a livello della singola richiesta amministrativa saranno necessari dettagli, compresa l’esplicita dichiarazione delle finalità che ne delimiterà così la portata».

⁴³ G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 201 in commento al considerando 47 del Reg. 2016/679 che prevede «Posto che spetta al legislatore prevedere per legge la base giuridica che autorizza le autorità pubbliche a trattare i dati personali, la base giuridica per un legittimo interesse del titolare del trattamento non dovrebbe valere per il trattamento effettuato dalle autorità pubbliche nell’esecuzione dei loro compiti».

5. Conclusioni

L'analisi, seppur breve, della disciplina dell'interoperabilità delle banche dati della pubblica amministrazione ha permesso di far luce sulla sua rilevanza sia nell'organizzazione e nel dialogo con le altre amministrazioni, sia nel rapporto con i cittadini.

La riflessione condotta ha avuto origine dal ruolo che l'informazione ha assunto negli ultimi venti anni, tanto che diversi filosofi hanno invocato il passaggio da una metafisica materialista, incentrata su oggetti e processi fisici, a una metafisica che ruota attorno all'informazione⁴⁴. Sul presupposto che i dati generati e raccolti dalle autorità pubbliche possano apportare ingenti benefici alla società, il legislatore nazionale, sulla scorta delle diverse iniziative legislative adottate a livello sovranazionale, ha inteso valorizzarne il contenuto conoscitivo mediante la creazione di strumenti di circolazione dei dati pubblici, quali per esempio la Piattaforma Digitale Nazionale Dati. In merito si è avuto modo di riflettere sull'ambito soggettivo di applicazione e sull'importanza di un modello organizzativo che individui i ruoli e le responsabilità al fine di evitare che la disponibilità dei dati non si traduca in una condivisione incontrollata degli stessi. L'interoperabilità, quale principio per dare attuazione all'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assume anche la connotazione più nota del 'once only'. Sotto questo profilo, si è potuto notare come sorgano problemi di bilanciamento tra perseguimento dell'interesse pubblico e tutela del diritto alla riservatezza dei dati personali. Si è tentato così di superare la possibile contraddizione creata dall'articolo 2-ter d.lgs. n. 196/2003 attraverso un'interpretazione sistematica che riconduca il trattamento dei dati dell'amministrato da parte delle pubbliche amministrazioni nell'alveo del principio di legalità.

⁴⁴ Cfr. sul punto P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018, 94.

PIATTAFORME DIGITALI E ANTITRUST NEL CONTESTO DELLA TRANSIZIONE DIGITALE: UN CAVEAT

Samuel Scandola

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Nozione e tassonomia delle piattaforme digitali. 3. Segue: le fonti di potere di mercato nelle piattaforme transattive e non transattive. 4. Gli abusi escludenti nell'economia digitale. 5. Segue: l'abuso di self-preferencing. 6. Segue: il rifiuto abusivo di contrarre. 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'ultima decade, la Commissione europea ha avviato non meno di una dozzina di procedimenti antitrust nei confronti dei soli colossi della Rete, i c.d. *GAFAM* (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft)¹. Se a ciò si aggiungono le decine di interventi delle Autorità della concorrenza nazionali nell'economia digitale, appare evidente come le piattaforme siano oramai divenute dei 'sorvegliati speciali' nel settore antitrust (e non solo).

Sebbene quello delle piattaforme digitali non sia più un fenomeno che – secondo gli incalzanti ritmi dell'epoca odierna – si possa definire nuovo, solo recentemente si è assistito a una crescente preoccupazione e, conseguentemente, interesse verso di esso.

Nate negli anni Novanta sull'onda della bolla delle Dot-Com², le piattaforme digitali, quali nuovi intermediari del mondo digitale, si so-

¹ Cfr. H. SCHWEITZER, F. GUTMANN, *Unilateral Practices in the digital market: An overview of EU and national case law*, in *Concurrences - e-Competition Bulletin*, fasc. 101045, 2021.

² A. GAWER, *Digital platforms and ecosystems: remarks on the dominant organizational forms of the digital age*, in *Innovation: Organization and Management*, 1, 24, 2022, 111.

no progressivamente inserite nelle pieghe del vivere sociale ed economico, consentendo un migliore e più efficiente utilizzo della Rete.

La società si è progressivamente organizzata attorno alle piattaforme digitali e il processo è tutt'ora in corso. Basti pensare al volume degli acquisti online, intermediati e organizzati dai grandi *marketplace* digitali, *in primis* Amazon; o al ruolo svolto dai social network, come Facebook o Instagram, che si sono affermati quali nuove piazze dove disseminare l'informazione giornalistica o il discorso politico; o, ancora, alla sfera romantica, anch'essa non rimasta immune alle piattaforme, considerato il grande successo delle piattaforme di incontri, come Tinder, che facilitano l'individuazione di un potenziale partner.

Ciononostante, i mercati digitali tendono a essere fortemente concentrati e ciò è dovuto alla simultanea presenza di molteplici fonti di potere di mercato che caratterizzano le piattaforme, come, per esempio, effetti di rete, economie di scala ed economie di gamma. Ciò ha contribuito alla nascita di enormi piattaforme – i già menzionati GAFAM – utilizzate quotidianamente da miliardi di utenti in tutto il mondo e in grado di esercitare un enorme – e, forse, mai visto prima – potere di mercato in virtù del loro ruolo oramai infrastrutturale nelle economie e società odierne.

In ragione di ciò, per gli utenti – siano essi utenti commerciali o consumatori – non esistono ragionevoli alternative alla piattaforma. Ciò significa, da un lato, che la piattaforma gode del potere di imporre unilateralmente le regole a cui gli utenti devono attenersi nell'utilizzo del servizio, anche quando queste regole sono fortemente inique; dall'altro, che l'esclusione (o la marginalizzazione) dell'utente dalla piattaforma potrebbe significare la fattuale esclusione dalle interazioni sociali o economiche intermedie dalla piattaforma stessa.

In un simile contesto, è difficile non credere che il fenomeno delle piattaforme digitali sia al centro di un processo di transizione digitale che coinvolge la società nel suo insieme. Un processo di transizione che, tuttavia, non può certo dirsi concluso.

Non a caso, infatti, il rischio – spesso concretizzatosi – che le piattaforme possano abusare del loro potere di mercato ha sollevato le preoccupazioni di molti. Non solo, come anticipato, la Commissione europea e le autorità della concorrenza nazionali hanno dimostrato un notevole

attivismo nel settore digitale, ma anche i legislatori nazionali ed europei si sono affrettati a emanare nuove norme finalizzate a regolare il fenomeno. Come preconizzato dalla dottrina, è ben presto emerso che l'applicazione del diritto antitrust e delle sue tradizionali categorie concettuali alle piattaforme digitali non è sempre immediata o possibile, giustificando così un intervento regolatorio da parte del legislatore europeo e nazionale.

In questo fervore, tuttavia, si è talvolta ignorato che quello delle piattaforme digitali è un fenomeno complesso e proteiforme, che non si presta, nella gran parte dei casi, a essere considerato unitariamente. In seno alle piattaforme digitali si rinviene, infatti, una sorprendente varietà di tipi che presentano caratteri molto diversi tra loro.

Nella letteratura specialistica è ricorrente la distinzione fra piattaforme transattive – che facilitano una transazione tra due o più gruppi di utenti – e piattaforme non transattive – che facilitano invece una interazione unilaterale tra due gruppi di utenti –. Le fonti di potere di mercato che caratterizzano queste due tipologie di piattaforme operano in modo diverso, così come è diversa la natura dei rapporti che esse instaurano con gli utenti e i potenziali concorrenti.

Queste differenze permangono anche nell'applicazione del diritto della concorrenza alle piattaforme digitali.

Per esempio, con riguardo all'abuso di posizione dominante, da un lato, alcune forme di abuso possono risultare problematiche se perpetrate da una piattaforma transattiva ma non da una piattaforma non transattiva (e viceversa); dall'altro, qualora siano elaborati nuovi principi o nuove forme di abuso in un caso relativo a una tipologia di piattaforma, tali principi o nuove forme di abuso non possono essere automaticamente trasposte all'altro tipo.

Il presente contributo si propone di mostrare che, nel diritto della concorrenza, la distinzione tra piattaforme transattive e non transattive (e le relative sottocategorie) è rilevante e dovrebbe condurre a considerare separatamente queste tipologie di piattaforme. A tal fine, si illustreranno, innanzitutto, i concetti di piattaforma digitale, di piattaforma transattiva e di piattaforma non transattiva, mostrando come le fonti di potere di mercato agiscano in modo differente a seconda del tipo di piattaforma considerato. Sulla scorta di queste nozioni, si analizzerà la

casista europea in materia di abusi escludenti nell'economia digitale, evidenziando le notevoli differenze applicative che emergono tra piattaforme transattive e non transattive. Particolare enfasi sarà posta sul novello abuso di *self-preferencing* e sul più tradizionale rifiuto a contrarre abusivo. Si trarranno, infine, le conclusioni della riflessione.

Per ragioni di spazio, l'analisi non può che limitarsi al diritto della concorrenza e per lo più a un ridotto numero di fattispecie al suo interno, senza poter considerare altri settori del diritto, come il recentemente introdotto *Digital Markets Act*. Per questa ragione, la trattazione si concentra, innanzitutto, sull'istituto dell'abuso di posizione dominante, trattandosi di un istituto che presenta un particolare rilievo nel contesto dell'economia digitale. In secondo luogo, l'analisi si focalizza sugli abusi escludenti perché, da un lato, essi formano oggetto di molti dei procedimenti avviati nei confronti delle piattaforme digitali e, dall'altro, di questa categoria fanno parte due abusi che ben mostrano come le differenze tra piattaforme transattive e non transattive debbano essere tenute in considerazione, ossia l'abuso di *self-preferencing* e il rifiuto abusivo di contrarre. Dei due abusi, inoltre, si vedrà che l'abuso di *self-preferencing* è particolarmente emblematico, essendo stato elaborato proprio nel contesto di un procedimento avviato contro una piattaforma digitale.

2. Nozione e tassonomia delle piattaforme digitali

Sebbene nella letteratura giuridica ed economica rilevante manchi una definizione condivisa di piattaforma digitale³, la maggior parte degli autori pare convergere su alcuni elementi. In particolare, una piattaforma digitale consisterebbe in un servizio digitale che facilita l'interazione unilaterale o reciproca tra due o più gruppi di utenti⁴.

³ F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 6, 3, 2018, 364.

⁴ A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, 30; H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, in *Yale Law Journal*, 13, 2021, 1957; OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their*

Questa definizione fa emergere chiaramente come la funzione svolta dalle piattaforme digitali sia essenzialmente assimilabile a quella di un intermediario digitale e da essa, peraltro, discende che tali piattaforme operano in mercati c.d. *multiversanti*, nei quali ciascun lato del mercato corrisponde a un gruppo di utenti⁵.

A titolo di esempio, il *marketplace* di Amazon svolge un ruolo di intermediario tra due distinti gruppi di utenti, ossia acquirenti e venditori, che utilizzano la piattaforma per interagire reciprocamente. In questo caso, entrambi i gruppi, venditori e acquirenti, utilizzano la piattaforma per interagire fra loro. Al contrario, i social network come Facebook o Twitter favoriscono l'interazione tra gli utenti che utilizzano la piattaforma per interagire fra loro e il gruppo degli inserzionisti. In quest'ultimo caso, è evidente che, mentre il gruppo degli utenti non ha interesse a interagire con gli inserzionisti, è vero il contrario. In altre parole, un social network basato su un modello imprenditoriale fondato sulla pubblicità agevola un'interazione unilaterale, ossia da parte degli inserzionisti verso gli utenti, ma non viceversa.

La distinzione tra i social network (che favoriscono un'interazione unilaterale) e i *marketplace* (che agevolano un'interazione reciproca o bilaterale) riflette una categorizzazione a lungo proposta nella letteratura economica, che distingue tra piattaforme transattive e piattaforme non transattive⁶.

Le piattaforme transattive agevolano una transazione tra due o più gruppi di utenti⁷. Il concetto di transazione è da intendere in senso ampio, tale da comprendere qualsiasi forma di scambio reciproco di beni o servizi che abbia rilevanza economica. Poiché, dunque, una piattaforma transattiva facilita una transazione, la natura dell'interazione nelle piat-

Role in the Digital Transformation, OECD, 2019, 21; A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 116.

⁵ M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 3, 2009, 127.

⁶ L. FILISTRUCCHI et al., *Mergers in Two-Sided Markets - A Report to the NMa*, Nederlandse Mededingingsautoriteit, Tilburg, 2010, *passim*.

⁷ L. FILISTRUCCHI et al., *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 10, 2, 2014, 298.

taforme transattive è sempre bilaterale. Questa categoria include i *marketplace* (come Amazon e le piattaforme di servizi come Uber o Airbnb) e gli app store (come Google Play).

Al contrario, le piattaforme non transattive facilitano un'interazione unilaterale tra due o più gruppi di utenti⁸. Tale interazione, chiaramente, non ha natura transattiva, ossia non comporta alcuno scambio di risorse fra membri di gruppi diversi. Le piattaforme che appartengono a questa categoria condividono un modello imprenditoriale basato sulla vendita di spazi pubblicitari mirati. L'interazione avviene dunque tra il gruppo degli inserzionisti e il gruppo di utenti che utilizza la piattaforma per accedere ai servizi digitali offerti, ma soltanto i primi sono interessati a interagire con i secondi. Motori di ricerca come Google, social network come Facebook e piattaforme di video-sharing come YouTube sono tutti esempi di piattaforme non transattive.

La distinzione fra queste due tipologie di piattaforma ha una notevole rilevanza, poiché a seconda della tipologia di piattaforma, le fonti di mercato che tradizionalmente interessano i mercati delle piattaforme digitali operano in modo differente, sicché anche il potere di mercato posseduto da queste piattaforme ha caratteristiche differenti.

3. Segue: le fonti di potere di mercato nelle piattaforme transattive e non transattive

Generalmente, le principali fonti di potere di mercato che caratterizzano le piattaforme digitali possono individuarsi nelle seguenti: effetti di rete indiretti, economie di scala, economie di gamma e costi di transizione.

Gli effetti di rete indiretti sussistono quando un gruppo di utenti attribuisce maggior valore alla piattaforma quanto più numeroso è il gruppo di utenti dell'altro lato⁹. Se, infatti, la funzione di una piatta-

⁸ *Ibidem.*

⁹ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *The RAND Journal of Economics*, 34, 2, 2003, 310; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, 60.

forma digitale è quella di facilitare l'interazione tra due o più gruppi di utenti, è chiaro che più elevato è il numero di utenti di ciascun gruppo, più elevato sarà anche il numero di interazioni possibili, aumentando in tal modo l'utilità e il valore della piattaforma.

In generale, così come l'interazione facilitata dalla piattaforma può essere unilaterale o reciproca, così gli effetti di rete possono essere unilaterali o bilaterali.

Gli effetti di rete sono unilaterali quando riguardano esclusivamente il gruppo di utenti interessato a interagire con l'altro gruppo di utenti, ma non viceversa¹⁰. Tali effetti interessano tipicamente le piattaforme non transattive, in cui l'interazione facilitata dalla piattaforma ha natura unilaterale. Per esempio, è vero che quanto più utenti utilizzano il motore di ricerca di Google, tanto più gli inserzionisti acquisteranno spazi pubblicitari mirati. Tuttavia, è altrettanto vero che la presenza di molti inserzionisti non contribuirà di certo ad attrarre più utenti sulla piattaforma. Anzi, un eccessivo numero di annunci pubblicitari potrebbe addirittura rendere la piattaforma meno attraente. Ciononostante, la piattaforma che ha attratto un grande numero di utenti e, di conseguenza, di inserzionisti, potrà avvalersi, da un lato, del grande volume di introiti provenienti dalla pubblicità e, dall'altro, della enorme quantità di dati raccolti dagli utenti per poter migliorare ulteriormente il servizio offerto a questi ultimi, innescando così un circolo virtuoso che rende la piattaforma ancora più attraente.

Si parla, invece, di effetti di rete bilaterali quando entrambi i gruppi di utenti attribuiscono un maggior valore alla piattaforma quanto più numerosi sono gli utenti dell'altro lato che la utilizzano¹¹. Data la reciprocità dell'interazione alla base degli effetti di rete bilaterali, essi interessano tipicamente le piattaforme transattive. Per esempio, nel caso del *marketplace* Amazon, un maggior numero di consumatori rende la piattaforma più attraente per i venditori poiché possono offrire i loro prodotti a una platea di potenziali acquirenti più ampia. Viceversa, l'attrattiva della piattaforma per i consumatori aumenta con l'aumento del

¹⁰ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 21.

¹¹ *Ibidem*.

numero di venditori, potendosi i primi avvalere di un ampio assortimento della tipologia di bene che intendono acquistare senza dover sondare la Rete alla ricerca di offerte migliori. In questo caso, è evidente che la mera presenza di numerosi utenti in entrambi i lati è sufficiente a innescare un circolo virtuoso per la piattaforma che, astrattamente, potrebbe consentire a quest'ultima di acquisire tutti gli utenti interessati a quel tipo di interazione.

Ciononostante, affinché gli effetti di rete indiretti – siano essi unilaterali o bilaterali – possano operare, occorre che la piattaforma raggiunga una massa critica di utenti¹². Solo al superamento di questa soglia gli effetti di rete saranno in grado di ingenerare un circolo virtuoso per la piattaforma, consentendole di acquisire un significativo potere di mercato¹³.

Proprio in ragione della diversa natura delle interazioni intermedie, una piattaforma transattiva troverà molto più difficoltoso raggiungere la massa critica rispetto a una piattaforma non transattiva. Per quest'ultima, infatti, è sufficiente attrarre il gruppo di utenti attraverso la fornitura di un determinato servizio digitale (come un social network, un sistema di condivisione di contenuti multimediali, un motore di ricerca, ecc.) e il gruppo degli inserzionisti seguirà.

Per poter innescare gli effetti di rete bilaterali, invece, è necessario che entrambi i gruppi di utenti utilizzino la piattaforma. Tuttavia, un gruppo di utenti avrà interesse a utilizzare la piattaforma soltanto se anche l'altro gruppo di utenti la utilizza (e viceversa). Si tratta di un meccanismo che la letteratura economica ha eloquentemente battezzato il 'problema dell'uomo e della gallina'¹⁴ e che comporta investimenti non indifferenti per la piattaforma transattiva che intenda fare il suo ingresso in un determinato mercato dell'intermediazione digitale. Que-

¹² N. PETIT, *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, Oxford, 2020, 81; S.W. WALLER, *Antitrust and Social Networking*, in *North Carolina Law Review*, fasc. 90, 5, 2012, 1788; J.C. WESTLAND, *Critical mass and willingness to pay for social networks*, in *Electronic Commerce Research and Applications*, 9, 1, 2010, 6, 18.

¹³ N. PETIT, *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, cit., 101.

¹⁴ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, cit., 310.

st'ultima, infatti, non solo dovrà sostenere i costi per lo sviluppo del software, ma dovrà anche individuare una strategia in grado di indurre entrambi i gruppi di utenti a utilizzare la piattaforma.

Gli elevati costi che una piattaforma deve sostenere nella fase di ingresso nel mercato contribuiscono a spiegare anche la seconda importante fonte di potere di mercato sopra menzionata, ossia le economie di scala¹⁵. Infatti, a fronte di elevati investimenti iniziali, i costi operativi e di distribuzione del servizio di piattaforma sono estremamente ridotti, soprattutto in ragione della natura digitale di tali servizi¹⁶. La necessità di sostenere elevati investimenti iniziali funge chiaramente da forte barriera all'ingresso, rendendo difficoltoso l'ingresso nel mercato da parte di nuovi potenziali concorrenti.

Infine, in ragione della loro natura di servizio digitale, le piattaforme sono caratterizzate da forti economie di gamma¹⁷. Ciò significa che le piattaforme possono agevolmente espandersi in mercati digitali adiacenti o non sfruttando la base di utenti esistente e i costi ridotti di sviluppo di nuove funzionalità digitali.

L'effetto combinato di queste tre fonti di mercato è poi ulteriormente esacerbato dal ruolo fondamentale giocato dai dati, enfaticamente battezzati da alcuni la 'moneta' del mondo digitale¹⁸. Le enormi quantità di dati acquisiti in tempo reale (Big Data) dalle piattaforme transattive (anche) attraverso l'osservazione del comportamento degli utenti in Rete consente loro di migliorare i servizi che offrono, di profilare gli utenti e di massimizzare le transazioni. Più utenti significato più dati, attraverso i quali la piattaforma può migliorare il servizio e attrarre così

¹⁵ M. NOEL, D.S. EVANS, *Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms*, in *Columbia Business Law Review*, 2005, 3, 2005, 121.

¹⁶ K.N. HYLTON, *Digital Platforms and Antitrust Law*, in *Nebraska Law Review*, 98, 2, 2019, 275.

¹⁷ D. CONDORELLI, J. PADILLA, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, in *Journal of Competition Law & Economics*, fasc. 16, 2, 2020, 154; cfr. anche J. CRÉMER et al., *Competition policy for the digital era*, European Commission. Directorate-General for Competition, Luxembourg, 2019, 33 ss.

¹⁸ M.E. STUCKE, *Should We Be Concerned About Data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2, 2018, 275, 284.

ulteriori utenti¹⁹. Nelle fasi iniziali, la raccolta di dati rappresenta un investimento significativo che si aggiunge agli altri costi necessari per poter entrare nel mercato²⁰. Inoltre, poiché da un ampio volume di dati è possibile estrapolare le preferenze degli utenti, la piattaforma è in grado di individuare i settori più redditizi ed espandersi nei relativi mercati²¹.

Nonostante la presenza simultanea di queste fonti di potere di mercato, la natura digitale delle piattaforme potrebbe indurre a ritenere che i relativi mercati siano quantomeno caratterizzati da ridotti costi di transizione e siano pertanto contendibili, come efficacemente espresso dalla celebre difesa di Google secondo cui ‘la concorrenza è a portata di un click’²². Tuttavia, a uno sguardo più attento, emerge come, in realtà, i costi di transizione siano piuttosto elevati nei mercati digitali; e ciò è vero, soprattutto, per le piattaforme transattive.

Con riguardo a queste ultime, infatti, è agevole constatare che, in ragione degli effetti di rete bilaterali, un utente può essere incentivato a migrare verso un’altra piattaforma transattiva soltanto se anche la maggior parte degli utenti dell’altro gruppo fa altrettanto (e viceversa)²³.

Nelle piattaforme non transattive, il fenomeno dei costi di transizione collettivi interessa soltanto il gruppo degli inserzionisti, ma non quello degli utenti. I primi, infatti, saranno incentivati a migrare verso un’altra piattaforma soltanto se anche la maggior parte dei secondi fa altrettanto, ma non viceversa. Ciononostante, a seconda del tipo di piattaforma non transattiva, anche il gruppo degli utenti fruitori del servizio

¹⁹ M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Big data and competition policy*, Oxford, 2016, par. 14.06.

²⁰ Cfr. N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, in *Stanford Technology Law Review*, 24, 2, 2021, 237, 285.

²¹ M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019, 11.

²² A. KOVACEVICH, *Google’s approach to competition*, *Google Public Policy Blog*, 2009 <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html> (consultato il 25.11.2022).

²³ Si tratta dei c.d. *costi di transazione collettivi*: v. C. SHAPIRO, H.R. VARIAN, *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Boston (MA), 1999, 184; cfr. anche N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, cit., 280.

digitale potrebbe dover sostenere dei costi di transizione. Per esempio, i social network sono generalmente interessati da effetti di rete *diretti*²⁴, in ragione dei quali – quantomeno in astratto – il valore del servizio aumenta all’aumentare del numero degli utenti dello stesso gruppo che lo utilizzano²⁵. Gli effetti di rete diretti potrebbero costituire un costo di transizione molto rilevante per gli utenti, posto che difficilmente un utente sarebbe incentivato a migrare verso un’altra piattaforma sapendo che avrà scarse possibilità di interagire con altri utenti²⁶. Tuttavia, è chiaro che gli effetti di rete diretti non interessano tutte le piattaforme non transattive. Un motore di ricerca, per esempio, non è interessato da questo tipo di effetti di rete²⁷, sebbene una più grande disponibilità di utenti (e quindi di dati) possa consentirgli di migliorare il servizio.

Nel complesso, dunque, le diverse fonti di potere di mercato che interessano le piattaforme digitali operano in modo diverso a seconda che si tratti di piattaforme transattive o non transattive.

4. *Gli abusi escludenti nell’economia digitale*

Come noto, l’art. 102 TFUE proibisce all’impresa in posizione dominante di abusare di tale posizione attraverso la realizzazione di condotte che, secondo una distinzione frequente in dottrina²⁸, possono prendere la forma di abusi di sfruttamento o di abusi escludenti.

Con abusi di sfruttamento si intendono quelle condotte attraverso le quali l’impresa dominante sfrutta il proprio potere di mercato a detri-

²⁴ Cfr. N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, cit., 278.

²⁵ H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, cit., 1993.

²⁶ Cfr. N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, cit., 278.

²⁷ Cfr. M. GRANIERI, V. FALCE, *La search neutrality tra regolazione e abuso di posizione dominante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2016, 295; M. LAO, «*Neutral Search As A Basis for Antitrust Action?*», in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2013, 7; sia concesso anche il richiamo a S. SCANDOLA, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso Google Shopping*, in *Foro italiano*, IV, 2022, 231.

²⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition law*, New York, 2012, 198; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2019, 203.

mento di clienti o fornitori per realizzare profitti sovra-competitivi, come, per esempio, attraverso l'imposizione di prezzi eccessivi²⁹. Di contro, gli abusi escludenti comprendono tutte quelle pratiche attraverso le quali l'impresa dominante ostacola l'attività dei concorrenti al fine di consolidare la propria posizione dominante³⁰.

Come anticipato, soltanto gli abusi escludenti saranno oggetto di questa analisi e, in particolare, il novello abuso di *self-preferencing* e rifiuto abusivo di contrarre.

In generale, infatti, tra i diversi procedimenti aperti dalla Commissione europea nei confronti di piattaforme digitali e aventi ad oggetto abusi escludenti, soltanto una manciata è finora approdata al Tribunale o alla Corte di giustizia. Inoltre, molti di essi non presentano profili particolarmente problematici dal punto di vista della qualificazione della condotta abusiva e della sua applicazione.

Per esempio, dei cinque procedimenti avviati contro Apple dal 2004 ad oggi, i due più remoti si sono conclusi per la cessazione delle pratiche contestate, tre sono attualmente in corso³¹ e solo uno si è molto recentemente concluso con una decisione in cui la Commissione accerta che Apple ha abusato della sua posizione dominante e impone i relativi rimedi e sanzioni³². Similmente, i due procedimenti recentemente intentati contro Amazon per il favoreggiamento degli utenti commerciali che si servivano della logistica di Amazon rispetto a servizi logistici concorrenti e per l'utilizzo di dati commerciali degli utenti per ottenere un vantaggio competitivo si sono entrambi conclusi con impegni³³. Molto recente – e dunque ancora in corso – è anche il procedimento avviato

²⁹ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 203.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Per un approfondimento, v. H. SCHWEITZER, F. GUTMANN, *Unilateral Practices in the digital market: An overview of EU and national case law*, cit.

³² Si rimanda al comunicato stampa della Commissione reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_24_1161.

³³ La comunicazione della Commissione di accettazione degli impegni può leggersi all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7777.

contro Meta per pratiche leganti e imposizione di condizioni inique relativamente alla piattaforma Facebook Marketplace³⁴.

Più fruttuosa è la casista relativa a Google, comprensiva di quattro casi, due dei quali – ossia i casi Google Android e Google Shopping – hanno ricevuto l'avvallo del Tribunale EU.

Nel caso Google Android, la Commissione ha sanzionato Google per aver attuato una serie di condotte finalizzate a escludere i concorrenti del motore di ricerca³⁵. In particolare, Google: (i) concedeva ai produttori di dispositivi mobili la licenza per utilizzare il Play Store sui loro dispositivi a condizione che essi pre-installassero le applicazioni Google Search e Chrome; (ii) concedeva la licenza per la preinstallazione delle applicazioni Google Search e Play Store ai soli produttori che non vendevano dispositivi basati su versioni di Android non approvate da Google stesso; (iii) condivideva parte dei suoi ricavi pubblicitari con produttori di dispositivi mobili e operatori di reti mobili a condizione che non fossero preinstallati servizi di ricerca generale concorrenti sui relativi dispositivi³⁶. Da queste condotte, tuttavia, perlopiù inquadrabili e inquadrate come pratiche leganti e *bundling*, non sono state realizzate da Google in quanto piattaforma, bensì da Google in quanto impresa dominante nei relativi mercati e la loro utilità nella presente analisi, pertanto, è fortemente limitata. Ciò, chiaramente, non intende sminuire l'importanza della decisione del Tribunale UE su questo caso. Da altri punti di vista, infatti – come in tema di definizione del mercato rilevante e di dominanza di una piattaforma – le conclusioni raggiunte sono di grande interesse.

Nel caso Google Shopping, invece, è stato elaborato l'anticipato abuso di *self-preferencing*, che, data la sua rilevanza nella presente analisi, sarà oggetto di apposito approfondimento.

³⁴ Per maggiori dettagli si rimanda al comunicato stampa reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7728.

³⁵ Commissione europea, decisione 18 luglio 2018, AT.40099, *Google Android*.

³⁶ Per un sommario del caso, v. R. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The law and economics of article 102 TFEU*, Oxford, 2020, 1073 ss.

5. *Segue: l'abuso di self-preferencing*

Come anticipato, nel 2017 la Commissione europea sanzionò Google per abuso di posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca generalisti³⁷. In particolare, Google fu accusato di aver declassato nella lista dei risultati delle ricerche generiche i motori di ricerca specialistici concorrenti, mentre avrebbe assicurato i primi posti al suo motore di ricerca specialistico 'Google Shopping'³⁸. Secondo la Commissione, tale condotta, finalizzata evidentemente a favorire il proprio motore di ricerca a scapito di quello degli avversari, avrebbe avuto un effetto escludente nei confronti di questi ultimi. Ciononostante, la Commissione, pur cimentandosi in una certosina analisi degli effetti escludenti di questa condotta, omise di inquadrare giuridicamente la condotta di Google come abuso, limitandosi ad affermare che la piattaforma avrebbe realizzato una condotta di *leveraging*³⁹.

Google impugnò la decisione della Commissione, sostenendo, tra le altre cose, come la Commissione avesse errato nel qualificare l'abuso. Tale condotta, infatti, avrebbe potuto tutt'al più essere qualificata come rifiuto abusivo di contrarre e sarebbe, dunque, stata soggetta agli stringenti requisiti della giurisprudenza *Bronner*, di cui ci si occuperà *infra*. In particolare, secondo questa qualificazione, la Commissione sarebbe stata onerata di provare il requisito dell'indispensabilità della prima pagina dei risultati del motore di ricerca generalista per accedere al mercato dei motori di ricerca specializzati. Una prova che, verosimilmente, non sarebbe riuscita a dare.

Il Tribunale UE, tuttavia – pur ritenendo il requisito dell'indispensabilità in ogni caso soddisfatto – rigettò gli argomenti di Google soste-

³⁷ Commissione UE, decisione, 27 giugno 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

³⁸ Per il sommario del caso, a cui si fa qua riferimento, mi sia concesso di richiamarmi a S. SCANDOLA, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso Google Shopping*, cit., 227 ss.

³⁹ Con *leveraging*, infatti, si intendono tutte quelle condotte, non necessariamente abusive, consistenti nell'utilizzare il potere di mercato posseduto in un mercato per estendersi in un altro, v. G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge, 2007, 187.

nendo che la condotta di Google non potesse essere qualificata come rifiuto abusivo di contrarre, atteso che tale forma di abuso richiede, quantomeno nella sua forma di rifiuto a contrarre *passivo*, il rifiuto dell'impresa dominante⁴⁰. Infatti, nel caso di specie, non solo i concorrenti di Google non avevano mai richiesto l'accesso alla prima pagina dei risultati, ma non avevano neppure mai intrattenuto alcun rapporto, sia esso negoziale o commerciale, con Google.

Ciononostante, dalla lettera della sentenza, non è del tutto chiaro come possa essere qualificata la condotta di Google.

Infatti, anche la qualificazione nel senso di rifiuto a contrarre attivo, nel quale il rifiuto non è esplicito, ma l'accesso alla infrastruttura è reso possibile a condizioni estremamente gravose, è difficoltosa in ragione della mancanza di rapporti contrattuali o di altro tipo tra Google e i suoi concorrenti⁴¹.

In dottrina, alcuni autori hanno sostenuto come il Tribunale avesse fatto rientrare la condotta di Google entro le maglie dell'abuso di discriminazione⁴². Ciononostante, in una sentenza di più di 80,000 parole, il Tribunale ha menzionato soltanto una volta l'art. 102, lett. c) TFEU sull'abuso di discriminazione, peraltro omettendo di verificare la sussistenza dei presupposti richiesti per questa forma di abuso. Tale qualificazione, peraltro, solleva alcuni dubbi di compatibilità con la lettera dell'art. 102, lett. c) TFEU, che vieta all'impresa dominante di applicare condizioni discriminatorie 'nei rapporti commerciali con gli altri contraenti'. Tale espressione parrebbe suggerire che, affinché l'abuso di discriminazione sia integrato, occorra che sussista quantomeno un rapporto contrattuale con terzi⁴³. Tuttavia, come si è visto, nel caso in esame non sussisteva alcun rapporto contrattuale tra Google e i concorrenti

⁴⁰ Tribunale UE, sentenza 10 novembre 2021, T-612/17, *Google Search (Shopping)* v. *Commissione europea*, par. 232.

⁴¹ R. NAZZINI, *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFEU*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 5, 2015, 301, 307.

⁴² F. BOSTOEN, *The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 2, 2022, 4.

⁴³ R. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *op. cit.*, 956.

ti, atteso che Google si è limitato a includerli unilateralmente nella lista dei risultati delle ricerche generaliste.

Alcune difficoltà – seppur meno marcate – emergono anche nel caso in cui si tentasse di qualificare la condotta di Google come pratica legante. Infatti, affinché sia integrata, tale forma di abuso richiede, tra l'altro, che la impresa dominante nel mercato del prodotto legante imponga, assieme all'acquisto del prodotto legante, anche quello del prodotto legato⁴⁴. Nel caso di specie, tuttavia, Google non ha mai subordinato l'uso del motore di ricerca generalista al simultaneo utilizzo di Google Shopping. Gli utenti, infatti, avrebbero pur sempre potuto accedere ai motori di ricerca concorrenti consultando la lista dei risultati.

Nel complesso, date le difficoltà di inquadramento, appare che il Tribunale EU abbia inteso qualificare la condotta di Google come una nuova forma di abuso, che la dottrina non esitò a battezzare abuso di *self-preferencing*. Ciononostante, rimane oscuro quali requisiti debbano essere soddisfatti affinché una condotta di *leveraging* possa essere rientrare nella nozione di *self-preferencing*.

Sebbene il caso sia attualmente all'esame della Corte di giustizia che, auspicabilmente, farà chiarezza sul punto, è comunque possibile osservare che una condotta analoga, se calata nel contesto delle piattaforme transattive, non pone problemi qualificatori analoghi a quelli poc' anzi illustrati.

Infatti, l'abuso di *self-preferencing* si è sviluppato attorno a un particolare tipo di piattaforma transattiva, ossia un motore di ricerca. Le maggiori difficoltà qualificatorie emergono proprio dall'assenza di un qualsivoglia rapporto pregresso tra Google e i suoi concorrenti⁴⁵, una circostanza direttamente ricollegabile alla natura del servizio fornito da Google.

Nel contesto delle piattaforme transattive, condotte riconducibili sotto l'ombrello del *leveraging* possono essere più facilmente inquadrate

⁴⁴ P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, 2, 2017, 345 ss.

⁴⁵ R. NAZZINI, *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFUE*, cit., 307.

nelle tradizionali forme di abuso, atteso che, inevitabilmente, la piattaforma transattiva intratterrà rapporti contrattuali con gli utenti professionisti che la utilizzano. Se, dunque, una piattaforma transattiva verticalmente integrata, ossia che vende beni o servizi propri nel mercato intermediato, favorisse i propri beni o servizi nella lista dei risultati del motore di ricerca interno, la condotta potrebbe più agevolmente essere inquadrata nelle maglie di un rifiuto a contrarre costruttivo, per il quale, peraltro, come si vedrà, non è neppure necessario verificare la sussistenza del requisito dell'indispensabilità.

L'importanza di considerare le particolarità delle piattaforme nell'applicazione del diritto antitrust è emersa con particolare evidenza nel recente provvedimento dell'Autorità antitrust italiana nel caso Amazon, dove la piattaforma è stata accusata di aver attuato un abuso di *self-preferencing*⁴⁶. In particolare, Amazon avrebbe trattato più favorevolmente i clienti che si servivano del servizio logistico fornito dalla piattaforma a scapito degli altri.

Ciononostante, le differenze con la condotta attuata da Google sono macroscopiche. Innanzitutto, i destinatari diretti della condotta, ossia gli utenti commerciali, intrattengono un rapporto contrattuale con Amazon. In secondo luogo, gli effetti escludenti della condotta non si producono in capo agli utenti commerciali che richiedono l'accesso alla piattaforma, bensì alle imprese di logistica concorrenti, che non hanno alcun interesse al mercato intermediato. In questo caso, la condotta di Amazon avrebbe potuto essere inquadrata più verosimilmente come pratiche leganti.

A ben vedere, da un lato, l'indeterminatezza dell'abuso di *self-preferencing* e, dall'altro, la mancata considerazione delle peculiarità dei diversi tipi di piattaforma ha fornito all'AGCM un'utile scappatoia che l'ha sollevata dal provare i più gravosi requisiti esistenti per le forme di abuso tradizionali.

⁴⁶ Autorità garante della concorrenza, provv. 30 novembre 2021, n. A528.

6. *Segue: il rifiuto abusivo di contrarre*

Sebbene il rifiuto abusivo di contrarre perpetrato da una piattaforma non sia stato finora oggetto di procedimenti antitrust avviati a livello europeo, esso consente nondimeno di evidenziare ulteriormente l'importanza di considerare le peculiarità delle piattaforme nell'applicazione del diritto antitrust.

In generale, il rifiuto abusivo a contrarre consiste nel rifiuto da parte di una impresa dominante a concedere l'accesso a un determinato input che è necessario per poter operare in un mercato a valle⁴⁷. A seguito della più recente evoluzione giurisprudenziale, si può distinguere tra rifiuto a contrarre passivo e rifiuto a contrarre costruttivo⁴⁸.

Il rifiuto a contrarre passivo – salvo che non riguardi la licenza di diritti di proprietà intellettuale – è abusivo se soddisfa i requisiti stabiliti nel caso *Bronner*⁴⁹, ossia: (i) sussiste un rifiuto espresso da parte dell'impresa dominante; (ii) l'impresa dominante è verticalmente integrata; (iii) l'input è indispensabile per competere nel mercato a valle; (iv) il rifiuto comporta l'eliminazione della concorrenza nel mercato a valle; (v) non vi è alcuna giustificazione oggettiva per il rifiuto a contrarre.

Di questi requisiti, occorre precisare che il requisito dell'indispensabilità è soddisfatto se, da un lato, non esistono alternative all'input e, dall'altro, l'input non è replicabile⁵⁰. Con riguardo all'elemento della assenza di alternative, sono alternative anche quelle meno vantaggiose

⁴⁷ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *op. cit.*, 214.

⁴⁸ J. FAULL, A. NIKPAY (a cura di), *The EU law of competition*, Oxford, 2014, par. 4.563; R. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The law and economics of article 102 TFEU*, cit., 632.

⁴⁹ CGUE, sentenza 29 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH*, par. 34 ss.

⁵⁰ N. PETIT, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*, in *SSRN Electronic Journal*, 2015, 12 ss. di avviso contrario P. AKMAN, *op. cit.*, 314, che ritiene che il requisito dell'indispensabilità consista esclusivamente nell'assenza di alternative.

dal punto di vista economico⁵¹, sicché l'assenza di alternative deve ritenersi pressoché assoluta. L'elemento della non-replicabilità, invece, è soddisfatto se esistono ostacoli tecnici, legali o economici che rendono impossibile o economicamente non conveniente la replicazione dell'input⁵².

Il requisito dell'eliminazione della concorrenza nel mercato a valle si pone in rapporto di consequenzialità logica con quello dell'indispensabilità. Coerentemente, esso è soddisfatto – secondo la giurisprudenza più risalente – soltanto se il rifiuto è verosimilmente in grado di impedire del tutto la concorrenza nel mercato a valle, impedendone l'accesso⁵³. Nel caso *Microsoft*, il Tribunale EU ha, in qualche modo, attenuato il rigore di questo requisito, precisando che è sufficiente che il rifiuto sia in grado di eliminare la concorrenza effettiva dal mercato, ossia, verosimilmente, quella che risulta dalla presenza di concorrenti altrettanto efficienti dell'impresa dominante nel mercato a monte⁵⁴.

Contrariamente al rifiuto a contrarre passivo, nel rifiuto a contrarre costruttivo l'impresa dominante non vieta espressamente l'accesso all'input, ma, quantomeno formalmente, lo concede, pur realizzando condotte tali da impedire, nei fatti, l'accesso a tale input.

Nella giurisprudenza più recente della Corte di giustizia emerge che i requisiti affinché una condotta possa essere qualificata come rifiuto a contrarre costruttivo sono meno rigorosi di quelli richiesti per il rifiuto a contrarre passivo.

Per esempio, nel caso *Slovak Telekom*, relativo a un rifiuto a contrarre costruttivo nel settore delle telecomunicazioni, la Corte di giustizia osservò che:

⁵¹ CGUE, sentenza 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, par. 43 ss.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ R. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The law and economics of article 102 TFEU*, cit., 645.

⁵⁴ Tribunale UE, sentenza 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commissione*, par. 563.

qualora un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini tale accesso o la fornitura di servizi o la vendita di prodotti a condizioni inique, le condizioni stabilite dalla Corte al punto 41 della sentenza Bronner non si applicano⁵⁵.

Il riferimento è chiaramente al requisito dell'indispensabilità. Infatti, al medesimo paragrafo la Corte precisa che

nel caso di pratiche diverse da un rifiuto di accesso, la mancanza [del requisito dell'] indispensabilità non è di per sé determinante ai fini dell'esame di comportamenti potenzialmente abusivi da parte di un'impresa dominante⁵⁶.

Peraltro, con riguardo al requisito dell'eliminazione della concorrenza, la Corte prosegue statuendo che le condotte contestate possono essere considerate abusive «allorché [siano idonee] a produrre effetti anticoncorrenziali almeno potenziali, o addirittura effetti preclusivi, sui mercati interessati»⁵⁷.

Alla luce di questa giurisprudenza, si potrebbe concludere che una condotta costituisce abuso di rifiuto a contrarre costruttivo se (i) l'impresa dominante concede accesso all'input in modo tale che esso corrisponde a un abuso; (ii) l'impresa dominante è verticalmente integrata; (iii) la pratica ha effetti escludenti nel mercato a valle; (iv) non vi è alcuna giustificazione oggettiva.

In generale, l'approccio della Corte di giustizia, finalizzato a distinguere tra rifiuto a contrarre passivo e costruttivo, potrebbe avere delle conseguenze indesiderate. Infatti, poiché il rifiuto a contrarre costruttivo solleva la Commissione europea dal provare il requisito dell'indispensabilità e della eliminazione della concorrenza, con ciò alleggerendo notevolmente l'onere probatorio in capo a essa, una impresa dominante potrebbe essere incentivata a rifiutare espressamente l'accesso all'input invece di concederlo a condizioni gravose. In tal modo, infatti, la condotta ricadrebbe nella categoria dell'abuso di rifiuto a contrarre

⁵⁵ CGUE, sentenza 25 marzo 2021, C-165/19 P, *Slovak Telekom a.s.*, par. 50.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ivi*, par. 51.

passivo, che, come si è visto, richiede che sia provato il gravoso requisito dell'indispensabilità e che, dunque, massimizza le possibilità di vittoria dell'impresa dominante⁵⁸.

Ad ogni modo, l'applicazione di queste forme di abuso alle piattaforme digitali è piuttosto difficoltosa, sebbene le difficoltà applicative siano diverse a seconda che si considerino piattaforme transattive o non transattive.

Come si è visto, sia nel rifiuto a contrarre passivo che costruttivo, è necessario che l'impresa dominante sia verticalmente integrata.

Data la natura delle piattaforme non transattive, è piuttosto raro che esse possano integrarsi verticalmente in un mercato a valle, data la natura del loro servizio. Difficilmente, infatti, una piattaforma transattiva avrebbe interesse a competere con il gruppo degli inserzionisti. Ciononostante, come testimonia il caso Google Shopping, può accadere che una piattaforma non transattiva si integri verticalmente, ma è verosimile che lo faccia all'interno di mercati digitali.

Diversamente, è ben possibile – e anzi, pare essere la norma – che una piattaforma transattiva si integri verticalmente. In questo caso, l'integrazione verticale può avere ad oggetto sia mercati digitali, si pensi all'app store che fornisce anche applicazioni proprie, che mercati analogici, si pensi a un marketplace che vende prodotti propri. Ciononostante, potrebbe verificarsi l'eventualità di una piattaforma transattiva non verticalmente integrata ma che intenda farlo. In questo caso, la piattaforma potrebbe essere comunque incentivata a sbaragliare potenziali futuri concorrenti, ma la circostanza per cui non è (ancora) verticalmente integrata impedirebbe l'integrazione del rifiuto a contrarre passivo o costruttivo.

Con riguardo al requisito dell'indispensabilità – presente, come si è visto, soltanto nel rifiuto a contrarre passivo – esso risulta particolarmente problematico per entrambe le tipologie di piattaforme.

È del tutto inverosimile che una piattaforma non transattiva possa essere ritenuta indispensabile ai sensi della giurisprudenza *Bronner*.

⁵⁸ S. SCANDOLA, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso Google Shopping*, cit., 235.

Come si è visto, infatti, le piattaforme non transattive offrono un servizio digitale (generalmente a titolo gratuito) al gruppo di utenti, mentre si finanziano attraverso la vendita di spazi pubblicitari mirati. Da ciò ne consegue che una piattaforma non transattiva concorrerà dal lato degli utenti con tutti i fornitori dello stesso servizio digitale. Quindi, se la piattaforma offre un motore di ricerca, essa concorrerà con tutti i fornitori di motori di ricerca. Dal lato degli inserzionisti, tuttavia, la piattaforma concorrerà, potenzialmente, con tutte le piattaforme non transattive esistenti, indipendentemente dal servizio digitale da queste offerto agli utenti. Ciò in ragione del fatto che il gruppo degli inserzionisti è interessato a interagire con il gruppo di utenti, ma poiché ogni piattaforma non transattiva offre questo servizio, allora potenzialmente ogni piattaforma transattiva si contenderà il gruppo di inserzionisti.

Quanto osservato impedisce chiaramente che una piattaforma, dal lato degli inserzionisti, possa essere considerata indispensabile, atteso che esisteranno sempre delle alternative alla piattaforma. E tale conclusione può essere tratta quasi in astratto.

Per le piattaforme transattive, invece, sussistono dei margini per cui, almeno in astratto, il requisito dell'indispensabilità potrebbe essere soddisfatto. In generale, tuttavia, si potrebbe affermare che una piattaforma transattiva non costituisce mai l'unico punto di accesso al mercato intermediato. Gli utenti commerciali a cui sia stato negato l'accesso alla piattaforma, infatti, possono comunque accedere al mercato attraverso canali analogici, come, per esempio, l'apertura di un negozio, o digitali, attraverso l'acquisto di inserzioni pubblicitarie o l'apertura di un proprio sito online di vendita. Seppur meno vantaggiosi, questi canali costituiscono comunque alternative valide. Ciò, tuttavia, potrebbe non essere vero nel caso degli app store, in particolare quando questi fanno parte di un ecosistema digitale chiuso. In questo caso, infatti, l'app store potrebbe costituire, per gli sviluppatori di applicazioni, l'unico accesso al mercato delle applicazioni digitali, sempre che la piattaforma goda di una posizione di dominanza assoluta o quasi.

Per quanto riguarda il requisito dell'eliminazione della concorrenza, ci si può richiamare, per entrambi i tipi di piattaforme, a quanto appena osservato con riguardo alla indispensabilità, dato il rapporto di consequenzialità logica sussistente tra questi due requisiti.

L'ultima condizione, ossia l'assenza di una oggettiva giustificazione, è fortemente legata alle condizioni del caso concreto e non è pertanto suscettibile di considerazioni di portata generale.

Data l'assenza del requisito dell'indispensabilità, il rifiuto di contrarre costruttivo potrebbe essere suscettibile di una più vasta applicazione con riguardo a entrambi i tipi di piattaforme. Come poc'anzi osservato, tuttavia, è raro che una piattaforma non transattiva sia verticalmente integrata e, quand'anche lo fosse, è comunque necessario che essa abbia instaurato un rapporto contrattuale con i concorrenti.

7. Conclusioni

L'ingresso delle piattaforme nella società costituisce verosimilmente una delle più significative manifestazioni della transizione digitale. La loro presenza ha consentito e imposto alla società la progressiva adozione di nuovi modelli organizzativi sociali ed economici e tale processo non può ad oggi dirsi completo. A fronte delle numerose innovazioni ed efficienze, tuttavia, le piattaforme digitali pongono sfide notevoli. La contemporanea presenza di diverse fonti di potere di mercato, infatti, rende le piattaforme digitali una tipologia di impresa unica, in grado di acquisire dimensioni e poteri tali da costituire una minaccia verso i valori della società e i suoi consociati.

Sebbene il diritto antitrust appaia lo strumento principe per contenere l'eccessivo potere di mercato posseduto dalle piattaforme digitali, le caratteristiche uniche di queste ultime impediscono spesso un efficace *enforcement*. In un simile contesto, al fine di massimizzare le capacità del diritto antitrust e altresì evitare di colpire condotte pro-concorrenziali, è opportuno tenere conto delle differenze delle diverse piattaforme anche nella fase della determinazione dell'abuso.

Nel presente contributo si è tentato di mostrare che il fenomeno delle piattaforme digitali è estremamente variegato e che, per tale ragione, non è possibile considerarlo unitariamente.

In particolare, si è tentato di mostrare che la distinzione tra piattaforme transattive e non transattive – e le relative sottocategorie – è estremamente rilevante sia nella determinazione dell'abuso (considera-

to che alcune caratteristiche di un tipo di piattaforma potrebbero consentire condotte che non sono possibili in assenza di tali caratteristiche) sia nelle problematiche che emergono nella qualificazione o applicazione di determinate figure d'abuso.

In quanto particolarmente emblematici, si sono presi in considerazione due forme di abuso escludente, ossia il *self-preferencing* e il rifiuto a contrarre. Rispetto al primo, si è mostrato come le peculiarità di un motore di ricerca hanno reso possibile la realizzazione di una condotta che non può invece essere riprodotta da una piattaforma transattiva e rispetto alla quale la qualificazione di abuso è più agevole. Analogamente, rispetto al rifiuto abusivo di contrarre, si è avuto modo di mostrare come, sebbene la sua applicazione sia difficoltosa nei confronti di entrambi i tipi di piattaforma, le difficoltà che emergono sono profondamente diverse fra loro e derivano dalle caratteristiche uniche da esse possedute.

In conclusione, dunque, il presente contributo ha tentato di mostrare l'importanza di una distinzione tassonomica delle piattaforme digitali nell'applicazione del diritto della concorrenza nella consapevolezza che una corretta comprensione del fenomeno delle piattaforme consenta all'ordinamento di reagire sapientemente e in modo tale da garantire il miglior assetto di interessi.

L'ORIZZONTE ANCORA INESPLORATO DELLE TERAPIE DIGITALI: ESPERIENZE GIURIDICHE A CONFRONTO

Federica Scialoia

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il rapporto tra “transizione” e “diritto”. 3. La transizione digitale nel settore sanitario. 4. Le terapie digitali: sfide e opportunità. 5. Segue: la Germania apripista nel panorama delle Dtx. 6. La disciplina nel resto d'Europa. 7. Verso una maggiore armonizzazione legislativa. 8. Possibili percorsi regolatori di accesso e rimborsabilità in Italia. 9. Conclusioni provvisorie.

1. Introduzione

Il 18 febbraio 2021 è stato pubblicato il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, con cui il legislatore europeo ha istituito il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (di seguito, nell'acronimo RRF, *Recovery and Resilience Facility*) che, con una dotazione finanziaria totale di 672,5 miliardi di euro, costituisce l'asse portante del *Next Generation EU*¹.

Quest'ultimo come ampiamente sottolineato in dottrina², rappresenta uno strumento di ripresa senza precedenti nella storia, ideato per far fronte ai danni economici e sociali causati dalla pandemia da Covid-19.

¹ Regolamento (UE) 2020/209451, che integra il quadro finanziario pluriennale dell'UE 2021/20127 stabilito dal Regolamento (UE) 2020/2093.

² F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *Aisdue.eu*, 2021, 38; N. RUC- CIA, *Il Next Generation EU: solo luci o anche ombre?*, in *Aisdue.eu*, 2022, 1 ss. A. MARTINELLI, *L'Unione europea di fronte alla pandemia Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2022, 546 ss.; C. CIRINNELLA, *Financial solidarity in EU law: an unruly horse?*, in *Aisdue.eu*, 2022, 690 ss.; P. MENGOZZI, *L'assistenza finanziaria comunitaria e le diverse accezioni del principio di condizionalità: dal MESF al Recovery Fund-Next Genera-*

Sebbene esso sia stato inizialmente congegnato come uno strumento eccezionale e temporaneo, i suoi risvolti pratici hanno condotto all'introduzione di un nuovo modello di *governance* economica anche per il futuro, rappresentando una spinta propulsiva per il processo di integrazione europea.

Al fine di raggiungere gli obiettivi previsti dallo strumento *de quo*, tuttavia, ogni Stato membro è stato chiamato a predisporre un Piano Nazionale per la Ripresa e Resilienza, con cui ha definito il pacchetto di riforme relativo ai sei ambiti di intervento, di cui almeno il 20% da destinare al settore della transizione digitale. Il PNRR³ approvato dall'Ita-

tion, in *Aisdue.eu*, 2023, 35; M. MARESCA, *La cooperazione fra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea per l'attuazione della politica della mobilità dell'Unione: il ritardo della Repubblica italiana (l'opportunità del Next Generation EU?)*, in *Eurojus*, 2021; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, 2020; J. PINTOS SANTIAGOS, *El nuevo instrumento Next Generation EU*, 2022.

³ Il PNRR si pone in linea di continuità con le raccomandazioni che nell'ambito del semestre europeo la Commissione e il Consiglio avevano rivolto agli Stati membri, trattasi di un quadro di coordinamento delle politiche economiche sul punto vedi S. GIUDICI, *Il Semestre europeo alla prova del coordinamento delle politiche sanitarie degli Stati membri: evoluzione e prospettive alla luce del Next Generation EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 2022, 545 ss. In passato dette raccomandazioni non erano state rispettate appieno dagli Stati; tuttavia, questi ultimi ne hanno dovuto tenere conto ai fini dell'elaborazione del piano nazionale di ripresa e resilienza. Va peraltro rilevato che quando è stata presentata la proposta nel 2020, il documento prevedeva non solo la valutazione dei piani ma anche la loro approvazione da parte della Commissione. Gli Stati frugali, tuttavia, si opposero chiedendo l'approvazione all'unanimità del Consiglio. Si giunse a una soluzione di compromesso con cui si stabilì l'approvazione da parte del Consiglio ma con decisione adottata a maggioranza qualificata, evitando in tal modo che il singolo Stato potesse paralizzare l'intero processo decisionale. Vale la pena notare che una volta approvato il PNRR non si ha l'erogazione del totale delle risorse ma solo di una parte, una prima tranche piuttosto limitata. Pertanto, un ruolo molto importante è rivestito dalla Commissione nella fase di monitoraggio, che si sostanzia nel potere di controllare la concreta realizzazione del piano. La Commissione valuta il cronoprogramma sbloccando le tranche successive ove ritenga che gli obiettivi intermedi siano stati raggiunti, potendo in caso contrario bloccare le tranche successive. Per effettuare il monitoraggio la Commissione ha ideato un quadro di valutazione della ripresa e della resilienza previsto dall'art. 30 del Regolamento (UE) 2021/241 del Par-

lia il 13 luglio 2021, ha predisposto lo stanziamento di 20,23 miliardi di euro per il settore della “Salute”, di cui una quota pari a 11,23 miliardi di euro è stata destinata allo sviluppo tecnologico nel settore della sanità, al potenziamento della ricerca nel campo scientifico e al rinnovo del Servizio Sanitario Nazionale.

Nonostante le ultime iniziative legislative sembrerebbero orientare le politiche nazionali verso una maggiore efficienza tecnologica gettando le basi per la costruzione di una solida Europa della salute, il percorso per la realizzazione di detto obiettivo è ancora lungo e tortuoso.

Il presente lavoro intende dunque delineare, senza pretese di esautività, le problematiche realmente emerse in fase di attuazione del piano di riforme presentato dall'Italia (PNRR)⁴ per ciò che concerne la transizione digitale nel settore sanitario, per poi procedere a esaminare il dibattito originatosi intorno alla qualificazione giuridica delle terapie digitali e all'opportunità di introdurre percorsi regolatori di valutazione

lamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. L'art. 30 rubricato “quadro di valutazione della ripresa e della resilienza” stabilisce che “la Commissione istituisce un quadro di valutazione della ripresa e della resilienza («quadro di valutazione») che illustra i progressi dell'attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza degli Stati membri in ciascuno dei sei pilastri di cui all'articolo 3. Il quadro di valutazione costituisce il sistema di comunicazione dei risultati del dispositivo. Alla Commissione è conferito il potere di adottare un atto delegato a norma dell'articolo 33 per integrare il presente regolamento definendo gli elementi dettagliati del quadro di valutazione al fine di illustrare i progressi dell'attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza di cui al paragrafo 1. Il quadro di valutazione delinea inoltre i progressi dell'attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza in relazione agli indicatori comuni di cui all'articolo 29 paragrafo 4. Il quadro di valutazione è operativo entro dicembre 2021 ed è aggiornato dalla Commissione due volte l'anno. Il quadro di valutazione è messo a disposizione del pubblico su un sito web o su un portale Internet”.

⁴ Sulle problematiche relative all'attuazione del PNRR in Italia v. N. PARISI, D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, 2021, 81 ss.; R. BALDUZZI, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia. Le “lezioni” di alcuni Piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *DPCE online*, 2023.

(sul punto valido strumento è costituito dal Regolamento HTA)⁵ e rimborso di tali terapie anche in Italia, non prima di aver indagato i modelli adottati nei principali Paesi UE.

Inoltre, sulla base del quadro prospettato, caratterizzato da una disomogeneità attuativa e interpretativa della normativa di riferimento (GDPR)⁶, si valuterà la possibilità di introdurre una disciplina comune in un'ottica di accesso equo al mercato della sanità digitale, semplificando l'*iter* di accesso e di rimborsabilità di tali terapie e indicando le zone d'ombra che ancora permangono nella realizzazione di un mercato unico della sanità digitale, traendo infine taluni spunti conclusivi circa l'opportunità di introdurre una disciplina *ad hoc* a livello europeo.

2. Il rapporto tra “transizione” e “diritto”

Per poter approfondire la questione relativa alle sfide e alle opportunità derivanti dall'utilizzo delle terapie digitali, occorre preliminarmente soffermarsi sulla nozione di transizione, chiarendo quali passaggi essa implichi nella realizzazione di un mercato unico della sanità digitale⁷.

Il punto di partenza è costituito dal legame tra “transizione” e “diritto”, il cui *fil rouge* è quantomai evidente e risiede nel concetto di “cam-

⁵ Regolamento (UE) 2021/2282 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 relativo alla valutazione delle tecnologie sanitarie e che modifica la direttiva 2011/24/UE.

⁶ 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 (GDPR).

⁷ Uno dei pilastri della strategia europea in tale materia risulta la creazione di un mercato unico digitale. In questa prospettiva la Commissione ha presentato due iniziative legislative con l'obiettivo di adeguare la disciplina europea dei servizi digitali: Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020)825 *final* e Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020)842 *final*.

biamiento". Si consideri infatti che la dottrina ha da sempre sostenuto l'importanza dell'opera di adattamento del diritto rispetto alle profonde trasformazioni della società⁸, in quanto la semplice codificazione del disposto normativo è insufficiente a inglobare l'esperienza giuridica nel suo complesso. Invero, quest'ultima non può esaurirsi nella mera nozione di diritto positivo che sebbene costituisca una importante garanzia per i diritti dell'individuo, rappresenta solo una *pars* del più ampio concetto di diritto come concepito nella sua interezza. Del resto il richiamo all'esperienza giuridica consente di evidenziare come il diritto sia in continuo divenire, originando e alimentandosi attraverso l'apporto di distinte fonti che coinvolgono non soltanto gli operatori ma gli stessi destinatari⁹.

Così, è orientamento ormai sempre più diffuso quello di ritenere che con l'intricato quadro normativo arricchito dalle molteplici fonti multilivello l'opera di adattamento non debba limitarsi all'interpretazione letterale della norma, dovendo l'interprete attribuire alla stessa il significato che maggiormente si conformi all'evoluzione della società, rendendo l'attività del legislatore talvolta superflua. Pertanto le norme dovrebbero adeguarsi alla struttura sociale ove vengono applicate, vivendo in essa¹⁰. E difatti qualora la norma venga interpretata in maniera avulsa dal contesto sociale in cui essa è inserita, la conseguenza più immediata è l'aumento delle difficoltà relative alla sua attuazione. In tale ottica, l'intervento legislativo dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, rivelandosi necessario soltanto quando non sia possibile ricondurre entro categorie preesistenti il fenomeno giuridico che si intenda regolare. Occorre infatti considerare la lentezza con cui si muove il legislatore nel novellare la normativa esistente, intervenendo *ex post* con l'intento

⁸ G. RIPERT, *Évolution et progrès du droit*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 3 ss.; G. LEMME, *La transizione giuridica la crisi del diritto di fronte alla crisi tecnologica*, Torino, 2023, 10 ss.

⁹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 87. Per una critica del pensiero Kelseniano si v. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016.

¹⁰ Y. FEDELMAN, *The law of good people*, Cambridge, 2018, 105 ss.

di disciplinare una realtà giuridica che nel frattempo è già mutata. Da sempre dunque il diritto rincorre il cambiamento della società.

Come arrestare la corsa? Come può il diritto primeggiare sul cambiamento? Come può regolare una situazione fattuale prima ancora che si verifichi?

Fornire una risposta a tali interrogativi non è agevole, d'altronde il dibattito giuridico sul tema è intriso di riferimenti a formule giuridiche il cui stesso significato è mutato nel tempo. È quanto accaduto con il concetto di transizione che sebbene sia stato tradizionalmente interpretato nel senso di naturale propensione del diritto al cambiamento, attualmente si avvale di un significato ulteriore costituito dalla necessità di cogliere i possibili mutamenti della società prima ancora che si verifichino, cercando di intervenire *ex ante* onde porre rimedio alle possibili situazioni emergenziali. L'Unione ha difatti adottato un approccio proattivo teso a garantire una maggiore efficienza della società attraverso iniziative volte a migliorare la salute dei cittadini europei rendendo l'ambiente più salubre e il sistema più efficiente. In tale ottica le transizioni gemelle rappresenterebbero due facce della stessa medaglia, dovendo i rispettivi obiettivi perseguirsi in maniera congiunta, contribuendo entrambi all'evoluzione della società. Sicché, all'esito di tale processo ci si dovrebbe trovare dinanzi a una nuova realtà giuridica, probabilmente migliore, fungendo le transizioni da trampolino di lancio per il diffondersi di nuovi modelli giuridici, tanto che come sostenuto da parte della dottrina esse potrebbero rappresentare l'origine di un nuovo "ordinamento giuridico"¹¹. Quantunque le implicazioni concrete derivanti dal fenomeno in atto non siano al momento valutabili con certezza, può comunque affermarsi che il nuovo modello di *governance* inciderà sugli attuali schemi giuridici. Va infatti precisato che dalla crisi dei paradigmi classici potrebbe derivare – all'esito del processo – l'introduzione di nuovi istituti giuridici o la ridefinizione di quelli esistenti. Si pensi al riguardo alle nuove formule giuridiche adottate dal legislatore europeo quali "resilienza", "sostenibilità", "digital health", "telemedici-

¹¹ G. SEVERINO, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

na” o al ricorso a nuovi istituti giuridici quali “equità di accesso alle prestazioni sanitarie”¹², “utilizzo primario e secondario dei dati sanitari”. Del resto, il concetto stesso di transizione (dal latino *transire*, ossia “passare”) nell’indicare il «passaggio da un modo di essere a un altro»¹³ presuppone che esso avvenga attraverso diverse tappe. Attualmente ci troviamo nella fase centrale di sviluppo per cui gli Stati membri dovranno attuare gli obiettivi previsti nei relativi piani (PNRR) nel breve lasso temporale fissato per la spendibilità delle risorse (2026). Spetterà poi alla Commissione europea valutare il rispetto del cronoprogramma provvedendo, ove ritenga che gli obiettivi intermedi siano stati raggiunti, al conferimento delle successive *tranches*. Per effettuare il monitoraggio quest’ultima dovrà avvalersi del quadro di valutazione della ripresa e della resilienza previsto dall’art. 30 del Regolamento n. 241/2021¹⁴, valutando la *performance* degli Stati membri tenendo

¹² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull’accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022)68 *final*, su cui si v. C. GALLESE, *A first commentary to the proposal for a new Regulation on fair access and use of data (Data Act)*, in *Riv. Dir. Media*, 2022, 237 ss. W. KERBER, *Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not fulfill its objectives*, SSRN, 2022.

¹³ D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto a una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 2022, 105.

¹⁴ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. L’art. 30 rubricato «quadro di valutazione della ripresa e della resilienza» stabilisce che «la Commissione istituisce un quadro di valutazione della ripresa e della resilienza («quadro di valutazione») che illustra i progressi dell’attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza degli Stati membri in ciascuno dei sei pilastri di cui all’articolo 3. Il quadro di valutazione costituisce il sistema di comunicazione dei risultati del dispositivo. Alla Commissione è conferito il potere di adottare un atto delegato a norma dell’articolo 33 per integrare il presente regolamento definendo gli elementi dettagliati del quadro di valutazione al fine di illustrare i progressi dell’attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza di cui al paragrafo 1. Il quadro di valutazione delinea inoltre i progressi dell’attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza in relazione agli indicatori comuni di cui all’articolo 29, paragrafo 4. Il quadro di valutazione è operativo entro dicembre 2021 ed è aggiornato dalla Commissione due volte l’anno. Il quadro di valutazione è messo a disposizione del pubblico su un sito web o su un portale Internet».

conto non solo della spendibilità delle risorse ma anche del raggiungimento degli obiettivi previsti all'interno dei piani nazionali.

3. La transizione digitale nel settore sanitario

Nondimeno, il piano presentato dall'Italia prevede quale primo obiettivo per attuare la transizione digitale nel settore sanitario la dematerializzazione dei documenti attraverso l'utilizzo dei soli dati "digitali", che rappresentano una risorsa non solo per la ricerca nel campo scientifico ma anche per l'accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei cittadini, consentendo così un risparmio di tempo e risorse anche per il personale sanitario. Un valido contributo in tal senso è stato apportato dall'introduzione del Fascicolo Sanitario Elettronico¹⁵ che rappresenta – come sottolineato dal Piano triennale dell'AGID – “il principale fattore abilitante per il raggiungimento di significativi incrementi della qualità dei servizi erogati in ambito sanitario e dell'efficienza” costituendo così “un pilastro all'interno delle iniziative che si inseriscono nel percorso verso la Sanità Digitale”.

Ogni persona fisica potrà infatti accedere digitalmente e gratuitamente alla propria storia clinica e ai servizi essenziali attraverso un unico portale web per effettuare prenotazioni, visite, consulti e cure da remoto. All'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale fa dunque da *pendant* la rapida diffusione dei processi digitali con l'introduzione di prestazioni di Telemedicina omogenee¹⁶ su tutto il territorio nazionale,

¹⁵ In dottrina v. N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi.it*, 2021, 189 ss.

¹⁶ Comunicazione della Commissione *e-Health Action Plan e-Health – Making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health Area*, COM(2004)356 del 30 aprile 2004; Comunicazione della Commissione *Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008-2013*, COM(2007)630 del 23 novembre 2007; Comunicazione della Commissione *Sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, COM(2008)689 del 4 novembre 2008; Comunicazione della Commissione *Un'Agenda Digitale Europea*, COM(2010)245 del 19 maggio

onde favorire l'erogazione di servizi di assistenza sanitaria a distanza mediante l'utilizzo di tecnologie digitali. Cosicché, la riorganizzazione dell'assistenza e dei modelli organizzativi integrati passa attraverso distinte iniziative quali il Patto della salute 2019-2021¹⁷ e il *Recovery Plan*, volte a incrementare l'attività di prevenzione e promozione della salute destinando al settore della Telemedicina una quota pari a 1 miliardo di euro. Il Piano contribuisce inoltre all'iniziativa “flagship modernise” del NGEU, mirando a potenziare l'infrastruttura tecnologica della pubblica amministrazione e di tutto il comparto sanitario (*Digitalisation of public administration, including healthcare*). Si consideri infatti che l'ottica da cui muove il legislatore nazionale non è altro che il riflesso del più ampio progetto europeo della creazione di “un'Europa pronta per il digitale” e ciò risulta confermato dalle componenti M6C2¹⁸ e M1C1¹⁹ del piano che, come noto, intendono gettare le basi per la realizzazione dell'ambizione europea del Digital Compass 2030 (bussola per il digitale)²⁰. Siamo dunque di fronte a una vera e propria rivoluzione che porterà con sé importanti cambiamenti ma anche molteplici rischi soprattutto in considerazione dei contrapposti interessi in gioco. Con riguardo al settore della sanità digitale difatti le maggiori perplessità riscontrate in fase di attuazione del piano possono ricondursi alla scarsa sicurezza delle piattaforme per l'accesso e la condivisione dei dati.

2010; Comunicazione della Commissione *Innovative Healthcare for the 21st Century*, COM(2012)736 del 6 novembre 2012.

¹⁷ Rep. Atti 209/CSR del 18 dicembre 2019.

¹⁸ Prevede la digitalizzazione dei servizi riguardanti la salute.

¹⁹ Si propone di sviluppare l'offerta integrata e armonizzata di servizi digitali all'avanguardia orientati a cittadini, residenti e imprese.

²⁰ Comunicazione COM(2021)118 *final*. Com'è noto il Parlamento europeo e il Consiglio con decisione del 14 dicembre 2022, a seguito della comunicazione del 9 marzo 2021 hanno istituito il programma strategico per il decennio digitale (v. Decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il programma strategico per il decennio digitale 2030) al fine di predisporre un quadro normativo idoneo a garantire la trasformazione digitale dell'Unione, migliorando sensibilmente la salute dei cittadini europei.

Sebbene il PNRR offra ampio spazio allo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, esso apre la strada anche alla “democrazia dei dati”²¹ che potrebbe finire per compromettere taluni diritti fondamentali protetti dalla Carta europea²². Ciò può verificarsi soprattutto con riguardo alla categoria dei dati sensibili o per meglio dire particolari²³, quali quelli sanitari per i quali elaborare modalità di trattamento rispettose della *privacy* è operazione assai complessa. È quanto rilevato dal Dipartimento per la trasformazione digitale nel documento “Italia digitale 2026”²⁴ che nel sintetizzare la strategia digitale e tecnologica adottata dall’Italia descrive i risultati conseguiti tra febbraio 2021 e ottobre 2022 stabilendo le azioni da mettere in campo per rispettare gli impegni assunti in ambito europeo e indicando le maggiori difficoltà attuative del piano. Anche le recenti iniziative legislative europee tentano di definire un quadro normativo completo inteso a disciplinare non solo i limiti e le modalità di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale²⁵ ma

²¹ A. CRUCIANI, *La democrazia sui dati una terza via possibile*, in *Corriere della Sera*, 2020, 39.

²² Come quello alla protezione dei dati sancito dagli artt. 7 e 8. Per un’analisi approfondita sulle sfide dell’impiego dei sistemi di I.A. rispetto alla tutela dei diritti umani v. C. SCHEPISI, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: The Role and Responsibility of States in Dealing with the Regulation of Artificial Intelligence*, in *Studi sull’integrazione europea*, 1, 2022.

²³ Come definiti dal 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 (GDPR).

²⁴ <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/documento-italia-digitale-2026/>.

²⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, COM(2021)206 *final* del 21 aprile 2021. In dottrina, *ex multis*, C. SCHEPISI, *Le “dimensioni” della regolazione dell’intelligenza artificiale nella proposta di regolamento della Commissione*, in *Aisdue.eu*, 2022, 330 ss.; C. MARENGHI, *La proposta di regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale: una panoramica*, in B. BOSCHETTI, E. VENDRAMINI (ed.), *Rapporto sul Futuro e l’innovazione dell’Amministrazione pubblica*, Milano, 2022; P. TULLINI, *La nueva propuesta europea sobre inteligencia artificial y relaciones laborales*, in *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 5, 2022, 99-108; C. SCHEPISI, *Brevi note sulla*

anche i profili di responsabilità²⁶ onde garantire attraverso il bilanciamento dei numerosi diritti e interessi coinvolti una maggiore tutela del diritto alla salute²⁷.

“dimensione europea” della regolamentazione dell’intelligenza artificiale: principi, obiettivi e requisiti, in V. FALCE (a cura di), *Strategia dei dati e intelligenza artificiale verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, Torino, 2023, 53 ss.; A. ADINOLFI, *L’Unione europea dinanzi allo sviluppo dell’intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europea tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 13 ss.; A. ADINOLFI, *L’intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: brevi considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell’Unione*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell’intelligenza artificiale: profili giuridici*, Bologna, 2022; G. CONTALDI, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale e la protezione di dati personali*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2022, 205 ss.; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, 415 ss.; M. EBERS, *Standardizing AI - The Case of the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in L.A. DI MATTEO, N. CANNARSA, C. PONCIBÒ (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge, 2021; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, F. PAOLUCCI, *La proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale: verso una nuova governance europea*, in *Agenda Digitale. L’intelligenza artificiale made in UE è davvero “umano-centrica”? I conflitti della proposta*, 2021.

²⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) COM(2022)496 final. Sul punto v. E. COLLETTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: le nuove sfide in ambito sanitario*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 18, 2023, 1124 ss.; D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell’Artificial Intelligence Act dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 95 ss.; G. D’ALFONSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Prospettive europee*, in *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2022, 163 ss.; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020.

²⁷ Sulla tutela del diritto alla salute v. R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, Torino, 2020; C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf.*, 1961, I, 1 ss.; M.

4. Le terapie digitali: sfide e opportunità

Gli importanti progressi compiuti nel settore sanitario si arrestano tuttavia di fronte all'espandersi delle terapie digitali (note anche con l'acronimo inglese *DTx*).

Nondimeno gli sforzi compiuti dal PNRR paiono insufficienti a inglobare un fenomeno che in altre realtà giuridiche dilaga a macchia d'olio. Quando si discorre di terapie digitali, tuttavia, i nodi da sciogliere non sono pochi e riguardano la loro controversa natura giuridica, la disciplina applicabile, la classificazione e i percorsi regolatori di valutazione e approvazione. Trattasi come noto di interventi terapeutici basati sull'utilizzo di un *software* che, interagendo con i pazienti in combinazione o indipendentemente da farmaci o dispositivi, sono volti alla prevenzione, alla cura o al miglioramento delle condizioni di salute dei pazienti affetti da disturbi o malattie. Tuttavia, la maggior parte della dottrina ritiene che tali terapie non possano considerarsi farmaci in quanto il loro principio attivo non è costituito da una sostanza chimica o biologica ma da un algoritmo che interagisce con il paziente. Non potendosi dunque applicare la disciplina di cui al Regolamento (UE) 2019/5²⁸, la tesi maggiormente accreditata le qualifica in termini di *medical devices*²⁹. Attualmente l'unico riferimento normativo a livello eu-

MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802-807; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e società*, 1980, 769 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale del diritto alla salute*, in *Dir. e società*, 1984, 21 ss.; R. FERRARA, *Diritto alla salute*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 512-538; A. RIZZO, *La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina 'EU4Health'*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2021, 107 ss.

²⁸ Regolamento (UE) 2019/5 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, il regolamento (CE) n. 1901/2006 relativo ai medicinali per uso pediatrico e la direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

²⁹ V. SALVATORE, *The regulatory challenges of digital therapeutics*, in *European Health & Pharmaceutical Law Review*, 2023, 29 ss.

ropeo è costituito dal Regolamento (UE) 745/2017³⁰, che sebbene non disciplini specificamente le *DTx*, sembrerebbe ricondurle nell'ambito dei dispositivi medici solo se destinate dal fabbricante a essere impiegate per una o più delle destinazioni d'uso indicate nella definizione di cui all'art. 1 (Considerando 19 del Regolamento *de quo*). Più specificamente dovrebbero rientrare nella categoria dei dispositivi medici attivi vale a dire strumenti il cui funzionamento dipenda da una fonte di energia diversa da quella generata dal corpo umano o dalla gravità.

Peraltro, l'allegato VIII di tale atto normativo traccia la linea di *discrimen* tra i dispositivi di natura terapeutica³¹ e quelli destinati alla diagnosi e al controllo³² entrambi rientranti nella nozione di terapie digitali, configurandosi quest'ultime quali *species* del più ampio *genus* dei dispositivi attivi. Nondimeno, le linee guida promulgate dal *Medical Device Coordination Group* (MDCG)³³ chiariscono che la possibilità di ricomprendere un *software* nell'ambito della nozione di dispositivo è subordinata alla condizione che quest'ultimo persegua uno "scopo medico" vale a dire fornisca informazioni decisionali mediche immediate, controlli direttamente un dispositivo medico o fornisca supporto agli operatori sanitari nell'assunzione di una decisione terapeutica.

Indubbiamente i limiti della qualificazione giuridica di dette terapie in termini di dispositivi medici risultano notori, conseguendone per quest'ultime l'esclusione dal processo di valutazione sull'efficacia, a

³⁰ Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

³¹ Qualora il dispositivo attivo utilizzato da solo o in combinazione con altri dispositivi sia destinato a sostenere, modificare, sostituire o ripristinare le funzioni o le strutture biologiche nel contesto di un trattamento ovvero è utilizzato per alleviare una malattia, una ferita o una disabilità.

³² Qualsiasi dispositivo attivo utilizzato da solo o in combinazione con altri dispositivi, destinato a fornire informazioni riguardanti l'individuazione, la diagnosi, il controllo o il trattamento di stati fisiologici, stati di salute, malattie o malformazioni congenite.

³³ v. MDCG 2019-11 *Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation* (EU) 2017/745- MDR and Regulation (EU) 2017/746- IVDR.

differenza di quanto avviene per i farmaci che sono sottoposti al controllo dell’Ema. In Italia, per esempio, per registrare una nuova terapia digitale sarebbe sufficiente notificarla all’Istituto superiore di sanità. Pertanto, l’equiparazione delle terapie digitali ai dispositivi medici pare senz’altro inadeguata trattandosi di *software* scientificamente validati che in associazione spesso a una terapia farmacologica somministrata con l’ausilio di un operatore sanitario consentono di orientare il comportamento del paziente al fine di ottenere benefici clinici adeguati³⁴. Quantomeno il legislatore europeo avrebbe dovuto propendere per una soluzione intermedia volta a stabilire un *iter* di valutazione di efficacia alla stregua di quanto previsto per i farmaci, in quanto le terapie digitali paiono avere maggiori similitudini con soluzioni farmacologiche, contenendo un principio attivo anche se atipico il *software*. Altra soluzione potrebbe essere quella di demandare a un’apposita autorità, la valutazione circa l’applicabilità della disciplina di cui al Regolamento (UE) 745/2017 o quella di cui al Regolamento (UE) 5/2019, a seconda della concreta incidenza della tecnologia sanitaria impiegata rispetto al diritto alla salute del paziente.

5. *Segue: la Germania apripista nel panorama delle Dtx*

D’altronde le maggiori affinità di tali tecnologie rispetto a soluzioni farmacologiche sembrano essere confermate dalla normativa introdotta dalla Germania, Stato capofila nel panorama delle *Dtx*, che ha demandato il compito della valutazione dell’efficacia di tali terapie alla medesima agenzia che valuta l’immissione in commercio dei farmaci. Il *Bfarm* (*Federal Institute for Drugs and Medical Devices*)³⁵, in effetti, gestisce la procedura per l’inserimento delle nuove terapie digitali

³⁴ Sulla sicurezza delle cure vedi la Raccomandazione del Consiglio dell’Unione europea del 9 giugno 2009 (2009/C 151/01). V. anche Commissione UE, Libro bianco, «Un impegno comune per la salute: approccio strategico dell’UE per il periodo 2008-2013» del 23 ottobre 2007, in cui si inserisce la sicurezza dei pazienti tra i settori prioritari d’azione.

³⁵ https://www.bfarm.de/EN/Home/_node.html.

provvedendo altresì a stabilirne la rimborsabilità. Il legislatore tedesco ha difatti introdotto una disciplina *ad hoc* per le DTx³⁶ che, sebbene valutate dal *Bfarm*, vengono comunque qualificate come dispositivi medici a basso rischio (classe I o IIa) basati su tecnologie che supportano il monitoraggio o il trattamento di malattie, lesioni o disabilità. Tra le principali novità della normativa in esame occorre richiamare il meccanismo di rimborsabilità che si fonda sull'uso di prove di efficacia derivanti dal mondo reale (*real world*). Tale percorso di monitoraggio impone il trattamento di dati personali che dovrà avvenire non solo nel rispetto di quanto previsto dal Regolamento (UE) 2016/679³⁷ ma anche dal *Federal Data Protection Act* (BDSG)³⁸ che demanda l'attività di controllo al commissario federale che esercita non solo i poteri di cui all'art. 58 del regolamento (UE) 2016/679 ma anche quelli prescritti dalla legge nazionale sulla protezione dei dati. Cosicché quest'ultima finisce per aggiungere requisiti ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla normativa europea quali l'identificazione di un piano dettagliato di gestione dei dati sino alla previsione di procedure complesse per la valutazione del rischio, rendendo la commercializzazione di tali terapie particolarmente gravosa. Paradossalmente la procedura di valutazione basandosi su un meccanismo *fast track* consta invece di un percorso "accelerato" all'esito del quale possono prospettarsi diversi scenari. Qualora siano soddisfatti tutti i criteri previsti dalla normativa vigente, la nuova terapia viene inserita nell'apposito registro e potrà essere prescritta e rimborsata dalle assicurazioni sanitarie. Tuttavia, nel caso in cui pur essendo soddisfatti tutti i requisiti minimi occorranza ulteriori *test* per dimostrare i benefici sulla salute umana, la Dtx viene inserita temporaneamente nel registro (per dodici mesi) e rimborsata. Nell'arco di tale periodo, il produttore è tenuto a raccogliere le prove scientifiche necessarie all'esito delle quali l'ente si pronuncerà in merito all'even-

³⁶ *Digital healthcare act (Digitalen Gesundheitsanwendungen, DiGA)*.

³⁷ 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 (GDPR).

³⁸ Consultabile al seguente link: <https://www.gesetze-im-internet.de/>.

tuale inclusione della terapia tra quelle “legalizzate”. Infine, qualora non siano soddisfatti i requisiti minimi richiesti dalla normativa la stessa non verrà approvata.

6. La disciplina nel resto d'Europa

Anche nel resto d'Europa lo scenario è in rapida evoluzione come confermano i dati del *Digital Health Trends 2021* di Iqvia³⁹. Le terapie digitali infatti continuano a crescere in maniera esponenziale e sono attualmente 250 i prodotti ricompresi in questo specifico settore, di cui 150 già immessi nel mercato.

Sulla falsariga del modello tedesco anche la Francia, nel marzo 2023, ha adottato un percorso di accesso rapido sebbene “condizionato” alle terapie digitali. Nello specifico, al pari della normativa tedesca, le terapie rispondenti ai criteri di valutazione vengono inserite nell'apposito elenco accedendo così al rimborso per cinque anni con possibilità di rinnovo.

La procedura di rimborsabilità pare tuttavia maggiormente farragিনosa rispetto quella tedesca, invero la *Loi informatique et Libertés* prevede una complessa procedura di *hosting* e *backup* dei dati, oltre a stabilire ulteriori operazioni per l'importazione e l'esportazione degli stessi. Similmente il Regno Unito – dopo il recesso dall'Unione europea – ha dedicato particolare attenzione a tale fenomeno, come testimonia il *National Institute for Health and Care Excellence* (nell'acronimo NICE) già nel 2018 con la prima versione dell'*Evidence Standards Framework*⁴⁰, aggiornato peraltro nell'agosto 2022, venivano stabiliti *standard* qualitativi per l'immissione in commercio delle tecnologie digitali. È interessante peraltro notare come, al pari della normativa tedesca, anche in quella inglese le terapie digitali siano ricomprese nella categoria delle tecnologie digitali con fini terapeutici, prevedendosi con

³⁹ IQVIA Publishes Report on 2021 Digital Health Trends, 2021.

⁴⁰ *National Institute for Health and Care Excellence Evidence standards framework for digital health technologies*, 2018 consultabile al seguente link: www.nice.org.uk/corporate/ecd7.

il *Digital Technology Assessment Criteria (DTAC)* un iter di valutazione e rimborso delle terapie sanitarie fondato su percorsi di *Early Value Assessment (EVA)*, caratterizzati da una valutazione rapida basata sull'efficacia clinica e sui rapporti costo-beneficio. Quanto ai requisiti previsti per il trattamento dei dati, il *Data Protection Act* del 1998 stabilisce la necessità di procedere a un'apposita registrazione presso il Commissario dell'Informazione oltre a predisporre un dettagliato piano di valutazione e mitigazione dei rischi legati all'utilizzo dei dati.

7. Verso una maggiore armonizzazione legislativa

Dalla breve dissertazione sui modelli adottati nei principali Paesi UE emerge che, quantunque il quadro normativo appaia in larga misura ancora frammentato, alcuni elementi accomunano le singole regolamentazioni di settore, a partire dalla loro qualificazione giuridica in termini di dispositivi medici digitali sino a giungere alla definizione di criteri di valutazione volti a garantire la sicurezza tecnica del dispositivo e il rispetto del Regolamento (UE) 2016/679. In relazione a quest'ultimo profilo, occorre però rilevare la tendenza convergente da parte degli Stati membri a interpretare e attuare le norme del GDPR in maniera disomogenea creando notevoli incertezze giuridiche aggiungendo così requisiti ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti da tale Regolamento. L'assoggettamento di tali terapie a procedure lunghe e complesse, tuttavia, può comportare una sensibile riduzione della loro diffusione rendendone obsoleta non solo la produzione ma anche la commercializzazione.

Occorre dunque armonizzare detti requisiti in un'ottica di semplificazione dell'iter di accesso e di rimborsabilità di tali terapie. Prescindendo dalle peculiarità proprie del singolo sistema ordinamentale, sicuramente alcuni dei requisiti richiamati possono agevolmente ricomprendersi nel campo applicativo dello stesso GDPR. Invero, l'art. 24 colloca l'analisi dei rischi legati all'utilizzo dei dati tra le caratteristiche essenziali per attuare le misure tecniche e organizzative del trattamento. A corroborare tale asserzione, il successivo art. 35 prevede una specifica procedura di valutazione, che pare di per sé sufficiente a tutelare i

diritti delle persone fisiche anche nell'ambito specifico delle *Dtx*. Peraltro, come emerge dallo studio di valutazione presentato dalla Commissione europea⁴¹ le difficoltà attuative a livello nazionale hanno creato molti ostacoli all'utilizzo secondario dei dati sanitari elettronici e a causa della limitata interoperabilità, i fabbricanti di prodotti e i prestatori di servizi di sanità digitale si sono trovati dinanzi a costi elevati per accedere al sistema di un altro Stato membro. Al fine di risolvere detta problematica la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento, il cui accordo provvisorio è stato raggiunto recentemente⁴², con cui si intende istituire l'*European Health Data Space (EHDS)*⁴³.

⁴¹ *European Commission, Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of the GDPR*, 2021.

⁴² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 24 aprile 2024 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari (COM(2022)0197 – C9-0167/2022 – 2022/0140(COD)) Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 24 aprile 2024 in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari.

⁴³ Proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, COM(2022)197 *final*, 6 maggio 2022. Prima di predisporre il nuovo piano la Commissione aveva avviato una consultazione pubblica "Digital health data and services – the European health data space", che ha avuto luogo dal 3 maggio al 26 giugno 2021. La proposta è stata preceduta altresì da una valutazione d'impatto "Impact Assessment on the European Health Data Space", curata dai Servizi della Commissione europea, con cui sono state esaminate tre opzioni. L'opzione prescelta è la seconda, nella versione 2+; essa, secondo la Commissione, costituisce un intervento a media intensità, che rafforzerebbe i diritti dei cittadini relativi al controllo digitale dei loro dati sanitari e fornirebbe un quadro dell'UE per il riutilizzo dei dati sanitari. L'opzione 1 prevedeva invece un intervento a bassa intensità, basato su un meccanismo di cooperazione rafforzata e su strumenti volontari riguardanti prodotti e servizi di sanità digitale e il riutilizzo dei dati sanitari. L'opzione 3 e 3+ si configurava come intervento ad alta intensità, che attribuiva a un organismo dell'UE, esistente o nuovo, i compiti di definire prescrizioni a livello sovranazionale, rilasciando le autorizzazioni all'accesso ai dati sanitari elettronici transfrontalieri, ampliando la copertura della certificazione. La proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari presentata dalla Commissione europea il 5 maggio 2022 è attualmente in fase di prima lettura al vaglio dei co-legislatori dell'Unione. Nonostante il preliminare parere favorevole del Comitato economico e sociale europeo e taluni emendamenti proposti dal comitato europeo delle Regioni, molteplici riluttanze sono

Nonostante alcuni evidenti limiti dell'atto normativo in questione⁴⁴ che potrebbero essere agevolmente superati nel corso della procedura legislativa ordinaria, occorre tuttavia rilevare che esso favorisce la creazione di un mercato unico per i prodotti e i servizi di sanità digitale contribuendo all'armonizzazione delle distinte normative di settore, incrementando così l'efficienza dei sistemi di assistenza sanitaria.

8. *Possibili percorsi regolatori di accesso e rimborsabilità in Italia*

In attesa, dunque, che negli altri Stati europei si raggiunga una minima armonizzazione legislativa, in Italia la situazione resta in sostanziale stallo. Nondimeno, un timido passo in avanti è stato compiuto di recente con l'istituzione di un gruppo interparlamentare denominato "Sanità digitale e terapie digitali" e di un Osservatorio sulle terapie digitali. Il divario da colmare tuttavia rimane ancora esteso posto che il *Federal Institute for Drugs and Medical Devices* ha già approvato ben oltre 50 terapie, mentre l'Italia è ancora a quota zero. Ciò non deve affatto stupire soprattutto avuto riguardo all'assenza di un quadro normativo riguardante l'accesso e la rimborsabilità di tali terapie. Sicuramente la problematica della rimborsabilità potrebbe essere agevolmente superata attraverso il modello già adottato dagli altri Stati membri basato sull'utilizzo dei dati provenienti dal mondo reale e dunque mediante la fissazione di un prezzo minimo garantito e un valore che aumenta in base al risultato effettivamente conseguito, consentendone il rimborso ad opera del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), non potendo trovare applicazione nell'ordinamento giuridico italiano il sistema tedesco basato sull'assicurazione obbligatoria.

state mostrate nel parere congiunto reso dall'*European data protection board* e dall'*European data protection supervisor*.

⁴⁴ Sulle criticità della proposta v. F. SCIALOIA, *L'Unione europea apre la strada alla creazione dello spazio europeo dei dati sanitari*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e tutela della salute nell'Unione europea*, Torino, 2023, 201 ss.

Quanto alla procedura di valutazione invece una prima *quaestio iuris* sorge in relazione all'indicazione dell'istituzione deputata a valutare le caratteristiche tecniche e funzionali di tali terapie. Le alternative sono molteplici, si potrebbe per esempio attribuire all'istituto Superiore di Sanità o all'AGENAS tale competenza. La soluzione meno appropriata sarebbe tuttavia quella di attribuirla all'AIFA, in quanto tali terapie essendo allo stato dell'arte ricomprese nel campo di applicazione del Regolamento (UE) 2017/745⁴⁵ non possono essere equiparate ai farmaci. Sotto questo punto di vista la normativa italiana si discosterebbe da quella tedesca in quanto tale competenza è al momento deferita al *Bfarm* (ente di valutazione che valuta anche i farmaci).

Il secondo problema attiene al meccanismo di valutazione, un valido contributo al riguardo potrebbe essere fornito dal Regolamento sulle tecnologie sanitarie (HTA). Nello specifico quest'ultimo prevede la creazione di un gruppo di coordinamento, i cui membri sono designati dagli Stati, provenienti dalle autorità nazionali o regionali e dalla rete delle organizzazioni di portatori di interessi stabilendo forme di dialogo tra gli *stakeholders* e il gruppo di coordinamento. Quest'ultimo dovrà contribuire all'individuazione delle tecnologie sanitarie emergenti come previsto espressamente dall'art. 22. Particolarmente importante però è la sua competenza nella definizione di un *iter* procedurale dettagliato per le valutazioni cliniche congiunte. Ciononostante il maggior limite della normativa in esame è costituito dal carattere non vincolante delle relazioni sulle valutazioni cliniche congiunte effettuate dal gruppo di coordinamento e pubblicate sulla piattaforma informatica. Ciò non deve affatto stupire soprattutto avuto riguardo alla previsione di cui all'art. 168 TFUE⁴⁶, più volte richiamato anche nel testo dello stesso atto nor-

⁴⁵ Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

⁴⁶ Per una puntuale disamina sulle competenze dell'Unione in materia sanitaria, v. C. PESCE, *Sanità*, in G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), vol. II, Napoli, 2021, 469 ss.; P. DE PASQUALE, *Brevi note sulla gestione dell'emergenza sanitaria nell'Unione europea*, in *Rivista*

mativo⁴⁷, il quale prevede espressamente che l'azione dell'Unione si diriga verso la realizzazione di un'uniforme regolamentazione delle valutazioni cliniche congiunte, i cui esiti non pregiudichino però le decisioni assunte dagli Stati membri in ordine alla determinazione dei prezzi e al rimborso delle tecnologie sanitarie.

9. Conclusioni provvisorie

Indubbiamente l'ostacolo invalicabile posto dall'art. 168, par. 7, TFUE⁴⁸, impone una riconsiderazione degli attuali criteri di riparto delle competenze ponendosi la normativa attuale come un limite all'armonizzare delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nel settore della salute.

A questa conclusione si è giunti anche con la Conferenza sul futuro dell'Europa (COFOE), auspicando il documento finale⁴⁹ a ricomprendere le tematiche legate alla salute tra le competenze concorrenti⁵⁰. Si

Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2020, 38; G. DI FEDERICO, *Art. 35*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 670 ss.; G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e standard qualitativi*, Milano, 2020, 17 ss. In giurisprudenza V. Corte giust., 17 settembre 1998, causa C-400/96, Harpegnies (fitofarmaci); Corte giust.; 5 maggio 1998, causa C-157/96, National Farmers Union e, in stessa data, causa C-180/96, Regno Unito c. Commissione (mucca pazza); Corte giust., 8 maggio 2019, causa C-305/18, Verdi Ambiente e Società (VAS) (gestione dei rifiuti); Corte giust., 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder, punto 22 e 15 aprile 1997, causa C-27/95, Woodspring District Council, v. punti 37 e 38.

⁴⁷ Considerando n. 14, 26, 28 e 31.

⁴⁸ L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate.

⁴⁹ *Conference on the Future of Europe, REPORT ON THE FINAL OUTCOME, May 2022*, consultabile al seguente link: europa.eu.

⁵⁰ Per un approfondimento v. M. MIGLIORI, *Unione europea e preparazione giuridico-sanitaria: due passi avanti e uno indietro?*, in *Aisdue.eu*, 2022, 164 ss.

segnala infatti che alla modifica dei Trattati *ex art. 48 TUE* è dedicata una recente risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022⁵¹ riguardante la richiesta di convocare una convenzione con l'obiettivo di modificare alcune norme dei Trattati estendendo così i settori di intervento dell'Unione. Tuttavia, qualora non si intenda passare attraverso la procedura di revisione ordinaria o semplificata di cui all'art. 48 TUE, si potrebbe ragionare sulla possibilità di rendere la materia della sanità prevista dall'art. 168 TFUE oggetto di un intervento di cooperazione rafforzata. Iniziativa peraltro avallata dalla petizione indirizzata al Parlamento europeo n. 0603/2021 con cui si chiede a tale istituzione di farsi promotrice dell'introduzione fra i Paesi membri intenzionati ad avviarla velocemente, di una cooperazione rafforzata nei settori previsti dall'art. 168 TFUE.

Nella consapevolezza che la revisione dei Trattati⁵² – sebbene necessaria – comporterebbe difficoltà notevoli soprattutto in relazione alle tempistiche dell'*iter* di modifica, non è da escludersi un'espressa volontà da parte degli Stati membri di instaurare una cooperazione in settori di competenza loro riservata come la determinazione dei prezzi e il rimborso delle tecnologie sanitarie, fermo restando che l'Unione europea dovrebbe comunque intervenire con la massima urgenza, nei limiti delle competenze a essa attribuite, per adottare un atto normativo di diritto derivato che regoli tali terapie, così introducendo una disciplina specifica e uniforme volta a limitare le evidenti disparità regolatorie che connotano le diverse normative nazionali.

Sul punto vale la pena rilevare che nonostante la disciplina attuale qualifichi dette terapie in termini di dispositivi medici digitali – complice soprattutto la previsione di cui al Regolamento (UE) 745/2017 (MDR) – sarebbe auspicabile in futuro l'introduzione di un *tertium genus* qualificando quest'ultime quale categoria autonoma rispetto ai farmaci e ai dispositivi medici.

⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati (2022/2705 (RSP)).

⁵² Vedi in particolare la recente Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051(INL)).

Tale soluzione di compromesso consentirebbe infatti di cogliere non solo l'effettiva natura giuridica di tali terapie ma garantirebbe equità di accesso al mercato della sanità digitale⁵³ agevolando altresì l'introduzione di una disciplina specifica per gli Stati membri che ne siano ancora sprovvisti (compresa l'Italia).

Non resta dunque che auspicare il raggiungimento dell'utopico obiettivo della realizzazione di un federalismo digitale europeo⁵⁴ che possa sortire effetti anche sul fronte della sanità.

⁵³ V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019.

⁵⁴ Cfr. F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale nell'Unione europea: verso un federalismo digitale dell'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2022, 313 ss.

SEZIONE IV

LA TRANSIZIONE DIGITALE NEL PRISMA DELL'IA

LA TRANSIZIONE DIGITALE NEL PRISMA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

UN'INTRODUZIONE TRA COMPARAZIONE, INTERDISCIPLINARITÀ E PROSPETTIVE CRITICHE

Sergio Sulmicelli

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La transizione del potere e l'impatto dell'I.A. sui diritti fondamentali: alcune considerazioni e un esempio.* 3. *Una prima questione di metodo: l'interdisciplinarietà negli studi di law and artificial intelligence.* 4. *Una seconda questione di metodo: la comparazione giuridica e l'intelligenza artificiale.* 5. *Un'ultima considerazione di metodo: l'apporto degli studi critici.* 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Il saggio introduce la sezione del volume dedicata allo studio giuridico delle tecnologie di intelligenza artificiale (I.A.)¹, all'interno della più ampia transizione digitale². La scelta di isolare questo tema deriva da considerazioni tanto sostanziali, quanto metodologiche.

¹ Nel presente contributo il riferimento all'intelligenza artificiale è volto a identificare quei sistemi computazionali che «for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments» come definito dagli *AI Principles* dell'*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) (disponibile su: <https://oecd.ai/en/ai-principles>) e oggi parte integrante della definizione fornita dal legislatore europeo nel Regolamento sull'intelligenza Artificiale (cosiddetto «EU AI Act»). Tuttavia, sulle difficoltà definitorie e sulle molteplici possibili definizioni di intelligenza artificiale si rimanda a P. WANG, *On defining artificial intelligence*, in *Journal of Artificial General Intelligence*, vol. 10, 2019, 1-37.

² In tema di transizione digitale si veda, in questo volume, S. FRANCA, *Individui e poteri nella transizione digitale. Note introduttive*, 2024.

Con riferimento al primo punto, è fin da ora utile rilevare come l'impatto dello sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale stia costringendo il giurista a rinnovare la riflessione su alcune categorie classiche del diritto, pur servendosi – necessariamente – degli strumenti tradizionali. E questo impatto è evidente in ogni ambito della scienza giuridica³.

D'altra parte, gli studi di *law and artificial intelligence*⁴, come altri settori della scienza giuridica da cui prendo in prestito i concetti che

³ Solo a titolo esemplificativo, il tema dell'intelligenza artificiale trova oggi ampi momenti di riflessione dottrinale in diversi settori del diritto. Così la dottrina costituzionalistica da tempo riflette sul rapporto tra costituzionalismo e AI, si veda C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 101 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 1, 2019, 63 ss. Altra dottrina costituzionalistica ha da tempo coniato il termine «digital consitutionalism» per descrivere «the recent emergence of constitutional counteractions against the challenge produced by digital technology», E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computer & Technology*, vol. 33, 2018. La riflessione del costituzionalismo digitale si è pure soffermata sul rapporto tra diritto costituzionale e intelligenza artificiale; sul punto si veda interamente G. TEUBNER, A. GOLIA JR., *Digital Constitution: on the transformative potential of societal constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 30 (2), 2023. Nella prospettiva di una rilettura in chiave tecnologica del rapporto tra pubbliche amministrazioni e cittadini le riflessioni della dottrina giuspubblicistica e amministrativistica, si v. B. MARCHETTI, E. CHITI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 2, 2022, 489-507. La possibilità di un impiego giurisdizionale dell'AI ha poi catalizzato l'attenzione anche delle studiosi e studiosi di discipline penalistiche, *ex multis* G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale: indagini, prove, giudizio*, Trento, 2022. Non è infine mancato il contributo del diritto privato, *inter alia*, G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020.

⁴ Sarebbe prematuro identificare, con questa espressione, un campo autonomo di conoscenza. E difatti, come emerge dalla precedente nota, l'I.A. ha interessato ogni settore scientifico della riflessione giuridica. Tuttavia, preme sottolineare come, tra chi si occupa del tema, vadano atomizzandosi specifiche metodologie di studio e domande di ricerca che consentono, di certo non senza qualche ambiguità, di ricondurre queste ricerche – solo ai fini espositivi – sotto un medesimo ombrello che si caratterizza, come

seguono⁵, si caratterizzano per la costante incertezza e la veloce mutevolezza dell'oggetto di studio, in ragione del rapido evolversi dello sviluppo tecnologico che impone nuove considerazioni giuridiche. Così, da un lato, il giurista assiste a un costante mutamento del paradigma tecnologico mentre, dall'altro, appaiono sempre più evidenti tanto l'obsolescenza di alcuni concetti quanto la conseguente necessità di un mutamento del paradigma giuridico.

Con riferimento alla prospettiva metodologica, la riflessione giuridica in materia di intelligenza artificiale non può che servirsi del metodo interdisciplinare⁶ che, tuttavia, si presenta necessariamente come una

si dirà ampiamente *infra*, per il ricorso metodologico alla comparazione giuridica e all'interdisciplinarietà.

Per una ricostruzione del concetto di disciplina, con riferimento agli studi giuridici, si veda D.W. VICK, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, in *Journal of Law and Society*, vol. 31, 2004, 163-193. Per una riflessione più ampia sul concetto in parola, D.R. SHUMWAY, E. MESSER-DAVIDOW, *Disciplinarity*, in *Poetics Today*, vol. 12, n. 2, 1991, 201-225 in cui si discutono i due lavori foucaultiani critici sul concetto di disciplina come sistema di controllo nella produzione di discorsi (M. FOUCAULT, *The Archaeology of Knowledge*, trad. di A.M. Sheridan Smith, New York, 1972) e come insieme di strategie e tecniche di controllo della conoscenza che sono arrivate a dominare gran parte della vita moderna (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. di A. Tarchetti, Torino, 1976).

⁵ Il riferimento è a C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modello, metodo*, Torino, 2023. L'Autore utilizza le espressioni «mutamento del paradigma biologico» e «mutamento del paradigma giuridico» al fine di descrivere il rapporto interdipendente tra evoluzioni del diritto e progresso scientifico nell'ambito delle scienze della vita. Riflessioni simili, sebbene con oggetto diverso, possono a mio avviso avanzarsi anche con riferimento al rapporto tra diritto e progresso tecnologico. *Ex multis*, L. BENNETT MOSES, *Why Have a Theory of Law and Technological Change?*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 8, 589-606.

⁶ Più ampiamente *infra*, para. 3. Per una prima ricostruzione sul concetto di interdisciplinarietà e del suo rapporto metodologico con la scienza giuridica: A.M. DERSHOWITZ, *The Interdisciplinary Study of Law: A Dedicatory Note on the Founding of the NILR*, in *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, vol. 3, 2008, 35: «Law, by its very nature, must be interdisciplinary. It is impossible to understand a legal system without recourse to history, psychology, economics, philosophy, and other academic disciplines». Su note simili G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Torino, 2013, 185: «[...] non bisogna dimenticare che se la

scala di varianti che restituiscono una tassonomia dipendente dal grado e dall'intensità della collaborazione tra scienza giuridica e discipline tecnologiche. Inoltre, se è vero che la comparazione giuridica è «interdisciplinare per vocazione»⁷, appare opportuno riflettere sul ruolo della comparazione come strumento naturale di studio del rapporto tra I.A. e diritto⁸.

Infine, la dimensione globale delle sfide aperte dallo sviluppo tecnologico, la ridefinizione dell'atteggiarsi del potere e i rischi che ne derivano per le situazioni di subordinazione e vulnerabilità di alcune fasce di popolazione richiedono lo sforzo di riportare al centro del dibattito sul tema in oggetto, adottando una prospettiva di studio critica⁹, la riflessione sul rispetto dei diritti fondamentali.

Pertanto, col fine di introdurre gli scritti raccolti in questa sezione e astraendone dei tratti comuni, il presente contributo, in una prospettiva costituzional-comparata, rifletterà sull'impatto dell'I.A. su alcuni diritti fondamentali e categorie giuridiche classiche del costituzionalismo (II), mentre, sotto il profilo metodologico, si porrà l'attenzione sul ruolo dell'interdisciplinarietà (III), della comparazione giuridica (IV) e infine, sull'apporto alla riflessione giuridica degli studi critici sull'I.A. (V).

scienza è disciplinare non lo è la natura e non lo sono i problemi che dobbiamo affrontare».

⁷ A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. 2, 2021.

⁸ G. GUERRA, *An Interdisciplinary Approach for Comparative Lawyers: Insights from the Fast-Moving Field of Law and Technology*, in *German Law Journal*, vol. 19, 2019.

⁹ L'assunto di partenza, di cui si discuterà approfonditamente *infra*, è quello per cui lo studio dell'intelligenza artificiale, anche in prospettiva giuridica, non può prescindere dal riconoscere la politicità dell'AI, il suo essere frutto di costruzione sociale e pertanto strumento di relazioni di potere. S. LINDGREN, *Introducing critical studies of artificial intelligence*, in ID. (ed.), *Handbook of Critical Studies of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2023, 1 e ss. Per una teorizzazione degli studi critici B. AGGER, *Critical social theories*, Oxford, 2023.

2. La transizione del potere e l'impatto dell'I.A. sui diritti fondamentali: alcune considerazioni e un esempio

Se il costituzionalismo viene inteso come «tecnica della libertà» che si estrinseca in strumenti giuridici in grado di delimitare il potere sovrano¹⁰ e il diritto costituzionale è lo strumento di «misura» di questo potere¹¹, la riflessione iniziale non può che riguardare il concetto stesso di potere e la necessità di individuare l'atteggiarsi di questa nuova sovranità. Nella sua declinazione algoritmica, la transizione digitale è infatti – e primariamente – transizione del potere. E questo mutamento si estrinseca su due direzioni, investendo da un lato il rapporto autorità-cittadino e dall'altro il rapporto tra potere pubblico e poteri privati¹².

La transizione del potere, nella sua prima direzione, che qui ci interessa, è tanto più evidente quando si riflette sul ruolo dell'I.A. non più – o meglio, non solo – come mero strumento di supporto del decisore pubblico, come oggetto che ne facilita compiti e funzioni in chiave efficientistica, ma come soggetto decisionale autonomo. In questa prospettiva, l'I.A. non è un semplice strumento attraverso il quale il potere esercita autorità (ossia oggetto del potere), ma è essa stessa soggetto di potere¹³. Come rilevato da attenta dottrina, emerge con l'I.A.

¹⁰ L'espressione «tecnica della libertà» si deve a B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les constitutions Européenne*, Paris, 1951, 154.

¹¹ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2019, 20 ss. Si vedano anche, T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, vol. 3, 2020, 679 e C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2019, 101.

¹² Sul punto C. GRAZIANI, *Intelligenza artificiale e fonti del diritto: verso un nuovo concetto di soft law? La rimozione dei contenuti terroristici online come caso di studio*, in *DPCE Online*, 50 n. spec., 2021, 1473 ss.

¹³ Lo spunto mutua le riflessioni in merito alla tecnologia non come semplice oggetto di disciplina giuridica, ma come strumento di regolazione normativa, in S. PENASA, *Verso un diritto "technologically immersive": la sperimentazione normativa in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 672.

una nuova forma di potere sovrano – *superiorem non recognoscens* – che pone al diritto costituzionale – se vuole mantenere il suo statuto ontologico di “misura” del potere e “fondamento” della sovranità – una sfida del tutto inedita, richiedendo, innanzitutto, la comprensione del fenomeno e, quindi, l’elaborazione di nuove forme e strumenti d’azione adeguati ed efficaci¹⁴.

In questa prospettiva si pone il dibattito che riguarda l’impatto dell’I.A. sui diritti e la loro capacità di resistenza, nonché la necessità di verificare l’emersione di nuovi diritti¹⁵.

Sul primo punto, un chiaro banco di prova, come evidenziato da alcuni contributi che seguono e di certo non l’unico¹⁶, è quello relativo al principio di eguaglianza e di nondiscriminazione¹⁷. Alcune categorie classiche dell’eguaglianza e del diritto antidiscriminatorio sembrano infatti *fallire* dinanzi alle sfide poste dall’I.A.¹⁸.

In particolare, emerge chiaramente l’insufficienza dell’impianto anticlassificatorio basato su un’idea formalistica dell’eguaglianza che vieta trattamenti differenziati sulla base di specifiche classificazioni (es. ge-

¹⁴ A. SIMONCINI, *op. cit.*, 2017, 20.

¹⁵ C. CASONATO, *Unlocking the Synergy: Artificial Intelligence and (old and new) Human Rights*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 3, 2023, 233-240.

¹⁶ Nel paragrafo verrà brevemente illustrato, a titolo esclusivamente esemplificativo, la questione della discriminazione algoritmica e la necessità di predisporre nuovi strumenti di tutela del principio di eguaglianza e nondiscriminazione. È tuttavia necessario tenere a mente che l’I.A. mette *sotto stress* la resistenza di molti altri diritti; si veda, per una riflessione più ampia sul tema, M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell’intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE Online*, vol. 1, 2022, 181 ss.

¹⁷ E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall’intelligenza umana all’intelligenza artificiale*, in *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale. Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, 2020.

¹⁸ C. NARDOCCI, *Artificial Intelligence-based Discrimination: Theoretical and Normative Responses. Perspectives from Europe*, in *DPCE Online*, vol. 3, 2023, 2368 ss.

nere, sesso, etnia, religione, ecc.) nel fronteggiare in modo adeguato il problema della discriminazione algoritmica¹⁹.

Per esempio, se si guarda ai due principali strumenti concettuali del principio di anticlassificazione, ossia l'idea di discriminazione diretta e indiretta, appaiono evidenti le lacune che questi concetti presentano quando posti a confronto con le discriminazioni generate da strumenti di I.A. Da un lato, nel contesto dell'I.A., i casi di discriminazione diretta sono piuttosto rari e la dottrina, correttamente, ritiene improbabile che elementi come il sesso, il genere o l'etnia possano essere direttamente utilizzati nella codificazione algoritmica quando vengono prese decisioni allocative²⁰.

Dall'altro lato, però, il problema della mancanza di trasparenza e delle *black boxes* renderebbe difficile capire se i parametri di un algoritmo siano neutrali nei confronti delle categorie protette²¹. Con riferimento ai casi di discriminazione indiretta, va sicuramente rilevato come questo tipo di discriminazione non sia facile da dimostrare: gli algoritmi possono creare categorie intersezionali che rendono l'identificazione di un gruppo svantaggiato legata a una categoria protetta (e quindi l'impatto discriminatorio su questa) molto più difficile²².

In secondo luogo, si pone il problema della discriminazione per *proxy*, ossia la situazione in cui un sistema di I.A. utilizza variabili cor-

¹⁹ S. BORNSTEIN, *Antidiscriminatory algorithms*, in *Alabama Law Review*, vol. 70, 2018, 519; V. KESWANI, L. ELISA CELIS, *An Anti-subordination Approach to Fair Classification*, May 1, 2022.

²⁰ P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, 1143. J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, in U. BERNITZ et al. (eds.), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, 2020: «However, since developers strive for accuracy, cases of direct discrimination will be rather rare because directly inputting discrimination in an algorithmic model is likely to reduce its predictive value, which constitutes an important disincentive. In addition, awareness of legal obligations is generally well established with regard to the ban on directly treating protected groups differently».

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

relate a caratteristiche protette (come etnia, sesso o età) per differenziare indirettamente determinati gruppi. Il sistema di I.A. può pertanto non utilizzare esplicitamente la caratteristica protetta come *input*, ma utilizza variabili che sono fortemente associate a essa.

Infine, la discriminazione, anche quella algoritmica, è un fenomeno complesso e multidimensionale che si scontra con la concettualizzazione del diritto antidiscriminatorio attorno a specifiche categorie²³. La discriminazione intersezionale è infatti diventata più pervasiva nel contesto dell'I.A., per la capacità di quest'ultima di analizzare ampie quantità di dati di *input* sulla base di correlazioni sempre meno trasparenti e intelleggibili, rendendo necessaria una riflessione intersezionale all'eguaglianza.

In conclusione, nel contesto di quella che abbiamo definito transizione del potere, è essenziale esaminare come l'I.A. influenzi il rapporto autorità-cittadino. La comprensione di questa trasformazione richiede nuove forme e strumenti d'azione anche di diritto costituzionale al fine di preservare la sua natura di «misura del potere e fondamento della sovranità»²⁴. Come dimostra l'esempio delle discriminazioni algoritmiche, gli strumenti tradizionali dell'eguaglianza giuridica possono rivelarsi insufficienti di fronte alle sfide poste dall'I.A.

In tal senso, si impone una riflessione che suggerisca il superamento dell'impostazione formalistica e puramente anticlassificatoria del principio di eguaglianza e del precipitato antidiscriminatorio in favore di un'impostazione sostanziale e intersezionale, tecnologicamente orientata, consapevole dei meccanismi tecnologici che rendono obsoleti gli strumenti di tutela tradizionali.

Questa breve disamina ci consente di isolare tre questioni di metodo che caratterizzano, o dovrebbero caratterizzare, gli studi giuridici in tema di intelligenza artificiale.

²³ K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, vol. 43 (6), 1991.

²⁴ A. SIMONCINI, *op. cit.*, 20.

3. Una prima questione di metodo: l'interdisciplinarietà negli studi di law and artificial intelligence

L'interdisciplinarietà si è imposta come paradigma metodologico degli studi giuridici sull'I.A. Difatti, come emerso chiaramente dalla breve indagine delle questioni sostanziali riferite alle dinamiche discriminatorie dell'I.A., appare evidente la necessità per il giurista di confrontare il proprio sapere con i metodi e le conoscenze del settore tecnologico.

Tuttavia, è ancora una volta necessario chiedersi, nel rapporto che lega tecnologia e diritto, cosa debba intendersi per interdisciplinarietà²⁵ e soprattutto quale sia il ruolo di questa metodologia negli studi giuridici. In senso molto ampio è possibile definire come interdisciplinare quel tipo di ricerca che mette insieme teorie, prospettive, metodi e questioni di due o più discipline²⁶. La definizione data lascia però aperte molte strade metodologiche: mettere insieme può significare tante cose²⁷.

Da un lato (e con maggior successo), si sono definiti dei modelli di interdisciplinarietà dinamica, o meglio di metodo. Questa modellistica, pur nelle sue diverse varianti, vede nell'interdisciplinarietà un processo di integrazione che evolve da una collaborazione scientifica in cui il giurista si limita a prendere a prestito conoscenze da altre discipline, quelle scientifico-tecnologiche, per rispondere a domande di ricerca di tipo giuridico (interdisciplinarietà in senso debole) a una integrazione tra discipline nei loro nuclei fondanti, quali i presupposti teorici, i concetti,

²⁵ *Ex multis*, S. HENRY, *Interdisciplinarity in the Field of Law, Justice and Criminology*, in R. FRIEDMAN, J. THOMPSON KLEIN, C. MITCHAM, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, II ed., Oxford, 2017.

²⁶ J.T. KLEIN, *Interdisciplinarity: History, theory, & practice*, Detroit, 1990, 5.

²⁷ All'interdisciplinarietà sono state assegnate nel tempo molteplici definizioni che vanno da «colonizzazione» (J.M. BALKIN, *Interdisciplinarity as Colonization*, in *Washington and Lee Law Review*, 53, 1996, 949) a «ibridazione» (M. DOGAN, *The Hybridization of Social Science*, in *Library Trends*, vol. 45, 1996, 296) o «crossfertilization» (M. GONZÁLEZ-PIÑERO, C. PÁEZ-AVILÉS, E. JUANOLA-FELIU, J. SAMTIER, *Cross-fertilization of knowledge and technologies in collaborative research projects*, in *Journal of Knowledge Management*, 25, 2021, 34).

i metodi di indagini e le finalità scientifiche (interdisciplinarietà in senso forte)²⁸.

In un primo modello di interdisciplinarietà di metodo, elaborato da van Klink e Taekema, la tipologia di ricerca varia a seconda dell'*input* che una disciplina diversa da quella giuridica fornisce al progetto di ricerca. Secondo il modello in parola, una disciplina si compone di cinque elementi determinanti: concetti, metodi, oggetti, problemi affrontati e infine lo scopo della ricerca. Utilizzando questi cinque fattori e il grado di integrazione di questi con quelli provenienti da altre discipline è possibile differenziare cinque tipi di interdisciplinarietà della ricerca giuridica, muovendo da una monodisciplinarietà fino a giungere a una interdisciplinarietà di integrazione totale²⁹.

Una diversa tassonomia dell'interdisciplinarietà è invece fornita da Siems, che distingue quattro tipologie di ricerca interdisciplinare, di cui una base e tre avanzate³⁰.

²⁸ Per una ricostruzione di questi modelli si vedano anche alcuni studi di diritto comparato: R. SCARCIGLIA, *Brevi riflessioni su interdisciplinarietà, scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Queste Istituzioni*, 1, 2022; A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà*, cit., 2021. Per una disamina dell'integrazione nel diritto di metodi di ricerca empirici, si rimanda a S. BALDIN, *Diritto e interdisciplinarietà: note sulla integrazione metodologica con le altre scienze sociali*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 25, 2019.

²⁹ S. TAEKEMA, B. VAN KLINK, *On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research*, in B. VAN KLINK, S. TAEKEMA (eds.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen, 2011. Gli Autori distinguono una interdisciplinarietà euristica, ausiliaria, comparativa, prospettivista, integrata.

³⁰ M.M. SIEMS, *The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research*, in *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, vol. 7, 2009, 5-17. La ricerca interdisciplinare di base vede lo studioso del diritto porsi una *research question* di tipo giuridico, la cui risoluzione necessita tuttavia di acquisizioni proprie di altre discipline. Questo tipo di ricerca conserva i caratteri della ricerca giuridica nella definizione del problema, dei concetti e dei metodi di indagine. La ricerca interdisciplinare avanzata può invece essere di tre tipi. Nel primo caso, l'interdisciplinarietà riguarderà la domanda di ricerca, che non sarà di tipo giuridico. Il secondo tipo di indagine interdisciplinare presuppone domande di natura giuridica, a cui si tenta di rispondere applicando il metodo proprio di altre scienze, in particolare di quelle empiriche. Il terzo grado di interdisciplinarietà è quello più avanzato. In questa tipologia di ricerca si combinano gli sforzi interdiscipli-

Infine, un modello a stadi di integrazione è proposto da Jakko Husa, il quale, richiamando una più classica distinzione tipologica del dialogo tra discipline³¹ distingue tra multidisciplinarietà, transdisciplinarietà e interdisciplinarietà³².

I tre approcci all'interdisciplinarietà sopra riportati hanno in comune uno sguardo dinamico che indaga il grado di integrazione tra discipline nelle loro componenti costitutive: l'oggetto di indagine, le metodologie di studio, i problemi da affrontare e le conclusioni scientifiche. Sintetizzando i modelli ricostruiti, è possibile distinguere, in linea generale, una interdisciplinarietà in senso debole, caratterizzata dal fatto che il giurista si serva di saperi altri ai propri fini scientifici, da una interdisciplinarietà in senso forte, ove lo studio giuridico è massimamente integrato in alcuni dei suoi aspetti fondamentali (metodo, concetti, presupposti teorici, finalità scientifiche) con quelli di un'altra disciplina³³.

Questa dinamicità presuppone, anche nella sua forma più integrata, il mantenimento di un nucleo essenziale di autonomia disciplinare, nel senso che si mantengono riconoscibili gli apporti di sapere e metodo delle varie discipline. Non è un caso che, pur riconoscendo l'utilità e l'inevitabilità di uno sviluppo interdisciplinare della ricerca giuridica, gli autori richiamati non evitino di nascondere i rischi insiti di questo approccio, ossia la minaccia all'idea dello studio del diritto come autonomo campo di ricerca, nonché della possibilità, definita in alcuni casi persino utopistica³⁴, che lo studioso del diritto possa al contempo maneggiare con capacità scientifica altre discipline³⁵.

nari delle due precedenti. Avremo quindi una ricerca che risponde a domande non giuridiche tramite ragionamenti giuridici integrati da metodi di altre discipline.

³¹ N. BASARAB, *Multidisciplinarity, Interdisciplinarity, Indisciplinarity, and Transdisciplinarity*, in *RCC Perspective*, vol. 2, 2014, 19.

³² J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law*, Cheltenham, 2022.

³³ A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà*, cit., 2021.

³⁴ M. DOGAN, *op. cit.*, 298.

³⁵ Per esempio, Husa sintetizza il problema dando rilevanza alla difficoltà per il giurista puro di utilizzare metodi di ricerca, spesso anche quantitativi, di altre discipline (J. HUSA, *op. cit.*, 8); Van Klink e Taekama sottolineano poi la difficoltà per lo studioso del diritto di interpretare i risultati e le teorie provenienti da altre aree scientifiche (S. TAEKEMA, B. VAN KLINK, *op. cit.*, 26-27). Così anche Siems che avverte delle po-

Dall'altro lato, facendo leva sul carattere professionalizzante delle scienze giuridiche³⁶, altri Autori – critici del metodo interdisciplinare – hanno suggerito un modello di interdisciplinarietà di risultato, in cui il metodo interdisciplinare avrebbe in realtà come obiettivo finale quello di sviluppare, dall'incontro di due saperi diversi, caratteristiche scientifiche altre rispetto a quelle delle materie di derivazione³⁷.

L'interdisciplinarietà così intesa non sarebbe da leggere come un semplice metodo che integra, con un centro grado di rilevanza, scienze giuridiche e altri saperi per apportare nuova conoscenza al campo del diritto, ma come un metodo di ricerca che ha come obiettivo finale quello di creare un campo del sapere diverso, in cui risultino infine atomizzati i presupposti di una nuova e autonoma disciplina. Nuovi saranno gli oggetti dell'indagine, le metodologie di studio, le questioni scientifiche da affrontare. Nuova sarà la disciplina e nuovi saranno i discepoli.

Balkin, seguendo la riflessione appena esposta, costruisce un modello dell'interdisciplinarietà distante dalle tipizzazioni dinamiche del concetto sopra richiamate. Secondo l'Autore, infatti, è vero che l'interdisciplinarietà si verifica quando una disciplina cerca di colonizzare un'altra area di conoscenza. Tuttavia, se questa colonizzazione ha successo, il lavoro non è più visto come interdisciplinare, quanto piuttosto come interamente interno alla disciplina appena costituita³⁸. Questo vuol dire che l'interdisciplinarietà, nel suo modello dinamico, sarebbe il risultato

tenziali difficoltà di appropriarsi e comprendere termini scientifici di altri campi del sapere.

³⁶ Il diritto resisterebbe alla colonizzazione di altre discipline per la necessità di mantenere le proprie credenziali professionali. J.M. BALKIN, *Interdisciplinarity as Colonization*, in *Washington & Lee Law Rev.*, vol. 53, 1996, 956: «Legal knowledge is professional knowledge. The study of law is part of a professional practice, a set of professional skills that are taught to new professionals in professional schools. Law is, moreover, a deceptively strong professional practice, and its modes of reproduction are amazingly resilient. Thus, even though law professors continually absorb ever new and exotic forms of theory from without, they continue to teach their students the same basic skills using the same basic methods».

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, 952.

di un'acquisizione incompleta o fallita: l'interdisciplinarità è un tentativo fallito di colonizzazione³⁹.

Per meglio chiarire: si ha interdisciplinarità di risultato solo quando l'obiettivo di integrazione completa tra saperi è raggiunto. E tuttavia, quando questo risultato verrà raggiunto, non sarà più possibile parlare di interdisciplinarità, ma della nascita di una nuova disciplina autonoma⁴⁰.

Di conseguenza, gran parte di ciò che si definisce lavoro interdisciplinare spesso consiste nel rispondere alle domande di una disciplina applicando i suoi metodi a materiali solitamente studiati da un'altra, o ricorrendo a tecniche e metodologie di una disciplina per rispondere a domande poste interamente all'interno di un'altra. Ma questo è ciò che lo studioso del diritto è sempre – e da sempre – chiamato a fare e riguarda la natura stessa del diritto come disciplina⁴¹.

Così, Stanley Fish, nel saggio *Being Interdisciplinary Is so Very Hard to Do*⁴², suggerisce che l'interdisciplinarità, in senso stretto, è impossibile. Si è sempre all'interno della disciplina in cui ci si trova e si assimilano e si alimentano semplicemente le informazioni da e su altre discipline nella propria, preesistente, matrice disciplinare.

Guardare all'interdisciplinarità nel diritto, da una prospettiva critica, come tentativo di colonizzazione, vorrebbe dire affermare che non è di per sé interdisciplinare il mero tentativo di utilizzare le informazioni, gli approcci e i metodi, le domande di un'altra disciplina e di combinarle in qualche modo con gli strumenti del sapere giuridico. L'approccio interdisciplinare di risultato avrebbe infatti l'obiettivo di creare uno spazio di conoscenza altro dalle discipline di derivazione, che presenti nuove domande, nuovi presupposti e nuovi metodi che siano il risultato,

³⁹ *Ibid.*: «The products of this failed assault have a special name. We call them “interdisciplinary legal scholarship”».

⁴⁰ Così, *inter alia*, I.J. KROEZE, *Legal research methodology and the dream of interdisciplinarity*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 16, 2013. L'Autrice, partendo dalle considerazioni di Balkin, sostiene che una volta che la ricerca interdisciplinare ha avuto successo, questa porterà alla creazione di una nuova disciplina. Questa nuova disciplina presenterà tutte le caratteristiche di una materia di studio autonoma: le metodologie, i presupposti, le ipotesi e le domande di ricerca.

⁴¹ J.M. BALKIN, *Interdisciplinarity as Colonization*, cit., 956.

⁴² S. FISH, *Being Interdisciplinary is Very Hard to Do*, in *Profession*, 1989, 15-22.

appunto, della fusione di domande e di presupposti teorici e metodologici di diverse discipline.

I lavori che qui si introducono condividono, a mio avviso, un approccio all'interdisciplinarietà riferibile a ciò che abbiamo definito interdisciplinarietà di metodo (distinguendo da una interdisciplinarietà di risultato che vorrebbe invece la colonizzazione della disciplina giuridica). Oggetto, metodo, presupposti di conoscenza riferiti alla tecnologia sono serventi rispetto a una domanda di ricerca che rimane pur sempre giuridica. In tal senso, si può affermare, che gli studi di *law and artificial intelligence*, pur meritoriamente (e necessariamente) arricchiti da riflessioni di carattere tecnico, devono mantenere un nucleo di riflessione giuridica che permette di difendere la scientificità della disciplina da tentativi di colonizzazione tecnologica.

4. Una seconda questione di metodo: la comparazione giuridica e l'intelligenza artificiale

La comparazione giuridica è centrale nel lavoro del giurista che si occupa di intelligenza artificiale. Lo è per due ordini di motivi. In primo luogo, corollario di quanto detto nel paragrafo precedente, il diritto comparato è per vocazione interdisciplinare⁴³. Esso rappresenterebbe, pertanto, la sede di studio naturale per i temi di cui qui si tratta.

In secondo luogo, posta la natura transfrontaliera della tecnologia, la sfida globale che essa pone, ma anche l'interesse degli Stati a recuperare lo spazio di autorità apparentemente sottratto dall'emersione di nuovi poteri⁴⁴, anche la sua regolazione beneficerebbe degli effetti e della funzione della comparazione⁴⁵.

Quanto alla prima considerazione, il diritto comparato si è fatto da sempre carico di rendere evidente la necessità di un approfondimento

⁴³ A. VEDASCHI, *op. cit.*, 2021.

⁴⁴ A. SOLOW-NIEDERMAN, *Administering Artificial Intelligence*, in *Southern California Law Review*, vol. 93, 2020, 633.

⁴⁵ Sul dibattito relativo alle funzioni e al ruolo del diritto comparato, si veda L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996.

scientifico che vada oltre lo studio della norma giuridica data. E difatti, se il diritto comparato è la scienza⁴⁶ che persegue lo scopo di indagare e rendere visibili analogie e differenze tra vari ordinamenti e istituti giuridici⁴⁷, tale studio non può prescindere dal ricorso ad altre discipline, la cui utilità dipende dal bisogno di calare la riflessione giuridica all'interno del contesto in cui questa opera⁴⁸. Pertanto, è pacifica l'osservazione per cui lo studioso di diritto comparato non possa far a meno di appoggiarsi su «discipline sorelle» che forniscono gli strumenti per meglio svolgere l'indagine giuridica⁴⁹.

Ciò rende il comparatista uno studioso allenato al superamento delle barriere disciplinari, in grado cioè di confrontarsi anche con il sapere tecnologico e di metterlo al servizio della riflessione giuridica.

Ma sono effetti e funzioni che rendono la comparazione giuridica lo strumento di indagine necessario per affrontare percorsi di studio sui temi giuridici dell'I.A.

In un contesto, quello dello sviluppo tecnologico dell'intelligenza artificiale, nel quale ormai ogni ordinamento giuridico si interroga sull'*an* e sul *quomodo* della regolamentazione, quest'ultima non può che essere accelerata dalla circolazione di modelli giuridici⁵⁰. D'altra parte, la comparazione gioca un ruolo fondamentale nei tre campi di azione dell'attività giuridica: l'applicazione del diritto (ossia la pratica, *praxis*), la ricerca (ossia la scienza, *wissenschaft*) e, infine, la creazione (ossia la legislazione, *gesetzgebung*)⁵¹.

E proprio su quest'ultimo aspetto, quello della legislazione, che appare evidente il contributo della comparazione nello studio giuridico

⁴⁶ *Infra*, nota 53.

⁴⁷ R.B. SCHLESINGER, *The Past and Future of Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, 477.

⁴⁸ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto Pubblico Comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 1 e ss.

⁴⁹ M. REIMANN, *Comparative Law and Neighboring Disciplines*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2013, 13.

⁵⁰ R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019.

⁵¹ E. ZITELMANN, *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1900, 329.

dell'I.A. Così, sorvolando sul dibattito definitorio del diritto comparato che si muove, da sempre e di certo con importanti conseguenze, tra scienza e metodo⁵², è utile ricordare che il diritto comparato ha funzioni pratiche che lo rendono uno strumento di politica legislativa orientato all'evoluzione del diritto nazionale anche tramite l'analisi di modelli stranieri⁵³.

Così anche nello studio dell'intelligenza artificiale il diritto comparato ha contribuito alla teorizzazione di modelli giuridici di risposta alle sfide dell'I.A., certo ancora embrionali, volti anche all'individuazione di forme esemplari. Dal momento in cui la corsa degli Stati all'intelligenza artificiale è diventata corsa alla sua regolamentazione, in un contesto di mancanza di regole specifiche, la necessità di guardare alle esperienze straniere e di metterle a confronto con quella interna si è fatta sempre più evidente⁵⁴. Un caso emblematico, in tal senso, è la ricezione parziale nella proposta brasiliana di regolamentazione dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale⁵⁵ del cosiddetto approccio europeo *risk-based*, caratterizzante il regolamento dell'Unione europea (*A.I. Act*)⁵⁶.

⁵² Ampiamente, *ex multis*, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, IV ed., 1990, 14: «chi dica che la comparazione è metodo ha una visione riduttiva del metodo della comparazione [...], ovvero ha una visione riduttiva dei suoi scopi e del suo oggetto». Per G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Torino, 1994, 71, la comparazione giuridica è un «metodo particolarmente utilizzabile nello studio del diritto». Un'analisi ampia del dibattito in L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 188 e ss.

⁵³ Ricostruisce il dibattito L. PEGORARO, A. RINELLA, *op. cit.*, 18-19.

⁵⁴ N.A. SMUHA, *From a 'Race to AI' to a 'Race to AI Regulation' - Regulatory Competition for Artificial Intelligence*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 13, 2021.

⁵⁵ Projeto de Lei No. 2338/2023 Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Un'analisi della proposta di legge: W. MÜLLER, R. SILVEIRAS, *A Evolução E A Regulação da Inteligência Artificial no Brasil*, in *Revista InterCiência-IMES Catanduva*, vol. 1, 2023, 2-10.

⁵⁶ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'unione. Si veda M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed*

Considerata anche la natura transfrontaliera dell'I.A., il ricorso alla comparazione giuridica risponde non solo all'esigenza di circolazione di modelli di regolamentazione della tecnologia, ma anche alla necessità di cooperazione tra Stati nel settore dell'I.A. che non può prescindere da soluzioni normative che tendano verso la promozione di medesimi interessi. In questo senso, tuttavia, i fenomeni di ricezione di modelli di forme esemplari – tale potremmo considerare nella materia che qui ci occupa da un lato il Regolamento dell'UE, dall'altro l'Executive Order degli Stati Uniti⁵⁷ – non possono ignorare il dato politico del modello da *imitare*⁵⁸. Non si può cioè prescindere dal riconoscimento dell'adesione di questi modelli a determinate scelte valoriali. D'altra parte, il diritto comparato sa che «una condizione precisa vincola l'imitazione: la regola circola se circola l'idea politica»⁵⁹.

Nel contesto delle regole sull'uso dell'intelligenza artificiale questo assioma potrebbe tradursi nella dicotomia tra un approccio che promuove l'antropocentrismo e il rispetto dei diritti fondamentali e un approccio che ha come obiettivo esclusivamente lo sviluppo industriale del settore.

5. *Un'ultima considerazione di metodo: l'apporto degli studi critici*

Nella considerazione di carattere sostanziale con cui si è aperta questa introduzione, la transizione digitale nel prisma dell'intelligenza artificiale è stata definita come una transizione di potere e la stessa tecnologia come un nuovo soggetto di potere.

approach, in *Computer Law Review International*, vol. 22/2021, 97-112; B. MARCHETTI, C. CASONATO, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 3, 2021, 415-437.

⁵⁷ Executive Order 14110 on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence, 30 ottobre 2023.

⁵⁸ L. PEGORARO, A. RINELLA, *op. cit.*, 96-97.

⁵⁹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 151.

Il carattere distintivo dell'I.A. è infatti la capacità predittiva e decisionale, autonomamente esercitata, che impatta, in ogni suo impiego, sulle dinamiche relazionali tra individui nonché tra cittadini e autorità⁶⁰. È evidente come l'I.A., anche in ragione di considerazioni tecniche quali il problema della *black box* e dei *bias* algoritmici rischia di acuire le vulnerabilità già esistenti per quei gruppi sociali subordinati e marginalizzati⁶¹.

Gli studi critici consentono di analizzare questa relazione in termini di asimmetrie di potere, ma soprattutto di prevedere soluzioni giuridiche in grado di prevenirle⁶². Questo tipo di riflessione è infatti volta all'analisi delle condizioni sociali attuali con «the emancipatory agenda» di creare un mondo che soddisfi le necessità di tutti gli individui⁶³.

Come spiegato da Bohman:

Because such theories aim to explain and transform *all* the circumstances that enslave human beings, many “critical theories” in the broader sense have been developed. They have emerged in connection with the many social movements that identify varied dimensions of the domination of human beings in modern societies. In both the broad and the narrow senses, however, a critical theory provides the descriptive and normative bases for social inquiry aimed at decreasing domination and increasing freedom in all their forms⁶⁴.

⁶⁰ Si veda HIN-YAN LIU, *The power structure of artificial intelligence*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, 2021, 197-229.

⁶¹ R. RODRIGUES, *Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities*, in *Journal of Responsible Technology*, vol. 4, 2020.

⁶² Non sarà qui possibile ripercorrere in maniera completa gli assunti fondanti degli studi critici. A tal fine si rimanda a B. AGGER, *Critical Social Theories*, Oxford, 2013. Seppure con molteplici differenze di pensiero, anche gli studi giuridici hanno beneficiato dell'apporto di teorie critiche. Si veda, *ex multis*, A. SOMEK, *From Kennedy to Balkin: Introduction Critical Legal Studies from a Continental Perspective*, in *University of Kansas Law Review*, vol. 42, 1994, 759-784. Più di recente R.W. BAUMAN, *Critical Legal Studies: A Guide to the Literature*, New York, 2021.

⁶³ M. HORKHEIMER, *Critical theory: Selected essays*, New York, 1972, 246.

⁶⁴ J. BOHMAN, *Critical theory*, Stanford, 2005.

In tale prospettiva, gli studi critici sull'intelligenza artificiale vengono in soccorso della riflessione giuridica, soprattutto alla luce dei forti rischi per i diritti fondamentali derivanti da queste tecnologie⁶⁵.

Sebbene l'I.A. sia infatti spesso considerata uno strumento neutrale, è essenziale riconoscere che la relazione tra esseri umani e tecnologia è tutto tranne che neutrale.

Per capire perché la tecnologia – e, per quel che qui rileva, l'intelligenza artificiale – non può essere considerata neutrale, vengono in rilievo due concetti già noti ed elaborati nell'ambito della filosofia e della politica della conoscenza e della tecnologia, ossia l'idea di «dualità della tecnologia»⁶⁶ (o costruzione sociale della tecnologia) e quella di «politica della tecnologia»⁶⁷.

Orlikowski ha introdotto il concetto di «duality of technology» per illustrare come la tecnologia sia tanto fisicamente costruita all'interno di un contesto sociale quanto socialmente costruita attraverso i significati a essa attribuiti da vari attori⁶⁸.

⁶⁵ S. LINDGREN (ed.), *Handbook of Critical Studies of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2023, 391 e ss.; R. RODRIGUES, *Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges and vulnerabilities*, in *Journal of Responsible Technology*, vol. 4, 2020.

⁶⁶ W.J. ORLIKOWSKI, *The duality of technology: Rethinking the concept of technology in organizations*, in *Organization science*, vol. 3(3), 1992, 398-427.

⁶⁷ L. WINNER, *Do artifacts have politics?*, in *Computer Ethics*, 2017, 177-192.

⁶⁸ Il principio della dualità della tecnologia si sostanzia in quattro assiomi: a) la tecnologia è il prodotto delle azioni umane: ciò significa che la tecnologia è il risultato delle azioni umane nella progettazione, sviluppo, appropriazione, modifica, nell'uso; b) la tecnologia è il mezzo delle azioni umane: la tecnologia facilita da un lato, ma limita le azioni umane attraverso la fornitura di schemi interpretativi, strutture e norme interne; c) condizioni istituzionali delle interazioni con la tecnologia: fattori istituzionali influenzano gli esseri umani nell'interazione con la tecnologia, per esempio: intenzioni, norme professionali, stato dell'arte in termini di materiali e conoscenza, standard di progettazione e risorse disponibili in termini di tempo, denaro e competenze; d) conseguenze istituzionali delle interazioni con la tecnologia: l'interazione con la tecnologia produce conseguenze che modificano e condizionano l'assetto organizzativo sociale, attraverso il rafforzamento o la trasformazione delle strutture di significato, dominanza e legittimazione.

Ciò significa che dobbiamo riconoscere che la tecnologia non è solo uno strumento, ma è un attore sociale che plasma le – e viene plasmato dalle – azioni umane.

Da un'altra prospettiva, è possibile riconoscere l'aspetto fondamentalmente politico della tecnologia. Winner illustra due modi in cui si manifestano caratteri politici nella tecnologia: a) gli artefatti tecnologici denotano un certo tipo di organizzazione di potere e autorità all'interno della società. In primo luogo, il design o le proprietà specifiche degli artefatti possono favorire determinati interessi sociali, escludendone altri. Qui, Winner fa riferimento agli artefatti in cui il processo stesso di sviluppo tecnico è così fortemente orientato in una direzione particolare da produrre regolarmente risultati considerati meravigliosi progressi da alcuni interessi sociali e pesanti impedimenti da altri; b) in secondo luogo, i sistemi tecnologici possono abbracciare forme più rigide di politica. Tali tecnologie sono spesso definite intrinsecamente politiche. Un caso evidente è quello dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dalle autorità pubbliche per garantire la sicurezza o prendere decisioni per il benessere pubblico⁶⁹.

Quindi, sebbene l'I.A. stessa possa essere percepita come una tecnologia oggettiva e neutrale, la sua implementazione e l'uso in contesti specifici da parte degli esseri umani la riempiono di nuovi significati e implicazioni che non sono neutri, ma socialmente e politicamente costruiti.

Alla luce di queste considerazioni, risulta fondamentale che il giurista comprenda che l'intelligenza artificiale non è un'entità neutra, ma piuttosto un prodotto sociale e politico, influenzato dalle dinamiche di potere e dai pregiudizi della società in cui è sviluppata e utilizzata⁷⁰.

⁶⁹ M. NEERUKONDA, B. CHAUDHURI, *Are Technologies (Gender)-Neutral?: Politics and Policies of Digital Technologies*, in *ASCI Journal of Management*, vol. 47, 2018.

⁷⁰ Non mancano in dottrina alcuni tentativi di guardare al rapporto tra diritto e I.A. sotto una prospettiva critica che metta al centro i soggetti vulnerabili; *inter alia*, S.K. KATYAL, J.Y. JUNG, *The gender panopticon: AI, gender, and design Justice*, in *Dukeminier Awards: Best Sexual Orientation & Gender Identity Law Review*, vol. 21, 2022, 135 e ss.; E. FOSCH-VILLARONGA, A. POULSEN, *Diversity and inclusion in artificial intelligence*, in *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in*

6. Conclusioni

Comune a tutti gli scritti di questa sezione è l'assunto di partenza che sottolinea il carattere trasformativo dell'I.A. su alcune categorie classiche del diritto. Nonostante l'ampiezza e diversità delle riflessioni che seguono, questa premessa è stata tradotta nell'idea di una transizione di potere che investe la tecnologia e trasforma le relazioni tra cittadini, nonché quelle tra cittadini e autorità in rapporti triangolari con al vertice un nuovo potere, quello dell'I.A.

In questo scritto introduttivo, questa riflessione, ampiamente condivisa e approfondita nelle pagine che seguono, è stata astratta dando risalto all'effetto trasformativo dell'I.A. sul principio di eguaglianza e non discriminazione, nella sua configurazione anticlassificatoria.

Alla luce delle considerazioni svolte, è apparsa evidente la necessità di indagare la prospettiva metodologica degli studi che riflettono sull'impatto dell'I.A. sul diritto e sulle prospettive regolatorie, al fine di evidenziare i tratti comuni di metodo di un ambito di ricerca *multidisciplinare* in quanto oggetto di interesse di più discipline giuridiche. Così interdisciplinarietà, comparazione e apporto degli studi critici sono emersi come caratteri metodologici necessari, certamente non unici, dell'indagine giuridica sull'I.A.

L'interdisciplinarietà, nella sua accezione di metodo, si impone come armamentario necessario del giurista per confrontarsi con i problemi emergenti dall'impiego di strumenti di I.A. Tuttavia, posto che l'interdisciplinarietà può da ultimo risultare in tentativi di colonizzazione disciplinare del diritto è opportuno, quand'anche la ricerca giuridica integri massimamente col sapere tecnologico il metodo, i concetti e i presupposti teorici, salvaguardare un nucleo essenziale di autonomia disciplinare mantenendo riconoscibili gli apporti di sapere, di metodo e la finalità scientifica della scienza giuridica.

La comparazione negli studi sull'I.A. risponde all'esigenza di identificare forme esemplari di risposte giuridica al fine di promuovere una

Legal Practice, 2022, 109-134; N.G. PACKIN, *Disability discrimination using artificial intelligence systems and social scoring: Can we disable digital bias?*, in *Journal of International & Comparative Law*, vol. 8, 2021, 487 e ss.

circolazione di modelli che contribuisca da un lato al recupero del ruolo e dello spazio di autorità del potere pubblico nei confronti dei nuovi centri di potere privato, dall'altro lato che contribuisca, nella condivisione di interessi comuni, a forme di cooperazione necessarie per rispondere a una sfida, quella tecnologica, che è per natura transfrontaliera e globale.

Gli studi critici, infine, fanno emergere la natura immanentemente politica dell'I.A. e ci avvisano, pertanto, che regolamentare l'I.A. richiede una consapevolezza delle implicazioni sociali e politiche che essa porta con sé, in quanto soggetto che esercita potere, inclusi i rischi di amplificare le disuguaglianze e i pregiudizi esistenti, nonché quello di creare nuovi centri di potere e asimmetrie che pongono ancora una volta in posizione di subordinazione gruppi sociali già vulnerabili.

LA REGOLAMENTAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA NORMAZIONE E AUTONOMIA PRIVATA: IL RUOLO DELLA *SOFT LAW* NELL'A.I. ACT

Giulia Olivato

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Soft law, co e auto-regolamentazione nell'ordinamento europeo*. 3. *L'A.I. Act*. 3.1. *Pareri e le raccomandazioni del Comitato Europeo per l'intelligenza Artificiale*. 3.2. *Codici di condotta, codici di buone pratiche e iniziative internazionali*. 3.3. *Sandbox (o spazi di sperimentazione normativa)*. 3.4. *Norme armonizzate*. 4. *Le funzioni e gli attori della soft law nell'A.I. Act*. 5. *Conclusioni*.

1. Introduzione

È stato osservato che «la velocità impressa dal nostro tempo alla frequenza delle mutazioni pare a volte impietosa al confronto con i tempi della riflessione scientifica»¹ e, aggiunge chi scrive, con i tempi della produzione legislativa.

L'ambito dell'intelligenza artificiale è paradigmatico sotto questo aspetto e il legislatore si trova ad affrontare quella che sembra essere una versione sotto steroidi del ben noto «pacing problem»². Si tratta infatti di un settore con un progresso tecnologico continuo, specialmente negli ultimi anni, in cui gli stessi addetti ai lavori in ambito tecnologico faticano a tenere il passo. L'impressione che ne risulta è quindi

¹ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 3.

² G.E. MARCHANT, *The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law*, in Id. et al. (a cura di), *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011, 21.

quella di un legislatore che regola oggi la realtà di ieri in vista di un domani che è già lontano anni luce. D'altro canto, se la lentezza strutturale della funzione legislativa appare rincorrere a fatica l'innovazione tecnologica, essa ricomprende al suo interno anche le garanzie procedurali e di partecipazione necessarie ad assicurare la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti nella formazione di norme cogenti.

Allo stesso tempo, l'ambito digitale sfida le normali distinzioni tra funzioni pubbliche e funzioni private: la sfera della socialità e della comunicazione interpersonale dei cittadini si è spostata verso una dimensione *onlife*³ che presenta una profonda integrazione tra la dimensione reale e quella digitale, con il risultato che le piattaforme online si sono assunte funzioni para-costituzionali tradizionalmente proprie delle istituzioni pubbliche⁴. Se non è dunque possibile distinguere la dimensione reale da quella virtuale l'esperienza umana deve trovare il modo di esprimersi ora nell'una, ora nell'altra (e talvolta in entrambe) realtà. Tuttavia, l'applicazione (e rivendicazione) di diritti e libertà nel mondo digitale non è sempre così immediata. Allo stesso modo, il ruolo della tecnologia rispetto al diritto comincia ad assumere i contorni non solo di oggetto ma anche di strumento per la regolamentazione⁵, processo che

non è destinato a produrre la sostituzione delle finalità costituzionali con obiettivi mercatisti o tecnocratici, ma risulta finalizzato ad assicurare l'effettiva attuazione, in un'ottica di pluralismo e personalismo, delle

³ Cfr. L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Oxford, 2015, passim.

⁴ Sul tema, tra gli altri, si rimanda ai seguenti lavori: G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe: reframing Rights and powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2023; M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 166 e O. POLLICINO, *The Quadrangular Shape of the Geometry of Digital Powers and the Move Towards a Procedural Digital Constitutionalism*, in *European Law Journal*, 2024, 18-20.

⁵ Si veda, per esempio, R. BROWNSWORD, *Law 3.0*, New York, 2021, 2.

prime, agendo sull'architettura normativa e istituzionale, oltre che tecnologica⁶.

Inoltre, la velocità e convenienza delle soluzioni proposte da soggetti privati spingono le istituzioni pubbliche ad affidarvi funzioni pubbliche⁷. Ne consegue che «la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali non sia più affidata al solo soggetto pubblico, ma anzi sia concepita come il frutto di una collaborazione pubblico-privato»⁸.

L'utilizzo di strumenti di auto e co-regolamentazione si inserisce nella cornice di queste difficoltà normative. Infatti, da un lato, la norma tecnica viene così favorita dall'interdipendenza tra gli stati e la sempre maggiore specializzazione e tecnicizzazione della conoscenza della società moderna⁹. Dall'altro, la tecnicità, flessibilità, velocità e volontarietà della *soft law* meglio rispondono alle esigenze di innovazione e competitività del mercato europeo nell'ambito digitale, tanto che si sta assistendo alla concorrenza tra la norma giuridica, generale e astratta e la norma tecnica, specifica e basata sull'adesione volontaria. Del resto, nell'A.I. Act si può osservare l'utilizzo concomitante di differenti tecniche legislative e un ampio ricorso a diversi strumenti di *soft law*, dove l'arretrare della funzione legislativa risponde a esigenze di tecnicità, velocità e promozione dell'innovazione.

La scelta degli strumenti di regolamentazione fin qui implementati nella proposta è riflesso dell'imbarazzo legislativo nel regolare un fenomeno dall'elevata complessità tecnica e in rapido mutamento: nella scelta di se, cosa e quanto regolare, si preferisce demandare all'autonomia di società private la scelta sul *quomodo* della regolamentazione (l'implementazione di dettaglio relativa ai requisiti per i sistemi ad alto

⁶ S. PENASA, *Verso un diritto "technologically immersive": la sperimentazione normativa in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 57, 1, 2023, 676.

⁷ A. SIMONCINI, E. CREMONA, *AI fra pubblico e privato*, in *DPCE Online*, 51, 1, 2022, 256 e A. SIMONCINI, E. CREMONA, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Persona e mercato*, 2, 2021, 244-260.

⁸ *Ivi*, 259.

⁹ A. IANNUZZI, *op. cit.*, 12 e 40 e A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 20.

rischio viene delegata a norme armonizzate redatte da organismi di normazione, portatori di interessi industriali) e addirittura sull'*an*. Infatti, per i sistemi di A.I. che pongono rischi minimi, si prevede solo l'eventuale adozione su base volontaria di codici di condotta promossi dall'Unione europea e dagli Stati membri ma redatti dagli stessi fornitori dei sistemi di Intelligenza Artificiale.

Ne risulta che, nell'A.I. Act, la *soft law* assolve funzioni diverse: alle funzioni di implementazione (norme armonizzate) e integrazione (codici di condotta), si aggiungono quelle di supporto all'attuazione (tramite la istituzione di *sandbox*) e anticipazione della normativa. Difatti, la Commissione europea ha proposto alle imprese che operano nel mercato europeo l'*A.I. Pact* per anticipare su base volontaria alcune norme minime prima dell'entrata in vigore del regolamento.

Il contributo si propone quindi di analizzare le diverse tecniche (co)legislative presentate dal regolamento, osservando come l'arretrare dello stato ordinamento a favore dell'(auto)regolazione del mercato potrebbe determinare una corrispondente limitazione delle tutele e della democraticità del sistema.

2. Soft law, co e auto-regolamentazione nell'ordinamento europeo

La c.d. *soft law* viene individuata per sottrazione e contrapposizione dei requisiti della c.d. *hard law*: si tratta di un documento privo di effetti giuridici vincolanti¹⁰ e non adottato seguendo procedure specifiche aventi una base giuridica nei trattati istitutivi¹¹. Nell'ordinamento euro-

¹⁰ Ciononostante, come si vedrà più avanti, può assumere efficacia *de facto* e determinare altri tipi di effetti legali, cfr. L.A. JIMÉNEZ, *Beyond 'Bindingness'. A Typology of EU Soft Law legal Effects*, in *REALaw.blog*, 29 settembre 2023, disponibile al link <https://wp.me/pcQ0x2-Jz>.

¹¹ R. BIN, *Soft Law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 2; O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELLANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO, *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *King's College London Law School Research Paper*, 2019, 6-7; e R. HAGEMANN, J. HUDDLESTON, A. THERER, *Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerg-*

peo, si tratta, per esempio di raccomandazioni, opinioni, risoluzioni, linee guida e comunicazioni che, già a inizio anni 2000, formavano circa il 12% del corpus legislativo europeo¹².

La *soft law* in ambito europeo ha origini antiche (con i primi esempi fin dagli anni Sessanta)¹³ e il suo utilizzo e diffusione si sono notevolmente sviluppati anche a causa dell'affiancamento di strumenti sviluppati non più solo da attori pubblici ma anche da attori privati o con la collaborazione tra istituzioni pubbliche e private. Dalla metà degli anni Ottanta, infatti, l'allora Comunità europea ha coinvolto attori privati nella produzione di strumenti di *governance*. Si pensi per esempio agli accordi tra autorità statali e industrie nel campo del diritto ambientale¹⁴, all'uso di norme armonizzate (c.d. *standard*) nel "Nuovo approccio"¹⁵ o alla promozione di codici di condotta¹⁶.

Si nota quindi una notevole sia diffusione che diversificazione degli strumenti utilizzabili, ove «lo spessore dell'interesse pubblico determina il regime giuridico degli atti privati»¹⁷: le istituzioni pubbliche, in presenza di un interesse pubblico forte determineranno il contenuto degli atti privati, oltre che le modalità della autoregolamentazione.

Nonostante la loro sempre maggiore diffusione, l'utilizzo di strumenti di co- e auto- regolamentazione da parte del legislatore europeo

ing Technologies in an Uncertain Future, in *Colorado Technology Law Journal*, 17, 2018, 42-46.

¹² A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, J. BAST, *Legal Instruments in European Union Law and Their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *Yearbook of European Law*, 23, 1, 2004, 97.

¹³ O. STEFAN, M. AVBELJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO, *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, cit., 3.

¹⁴ E. BEST, *Alternative Regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*, in *Eipascope*, 1, 2003, 4-5.

¹⁵ Il tema viene approfondito al paragrafo 3.4.

¹⁶ Si veda, per esempio la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L. 376/36, articolo 37(1) e Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, GU L. 149/22, articolo 6(2).

¹⁷ G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, 129-131.

soffre di un forte paradosso genetico: da un lato, la fortuna di questi strumenti è nata anche dal fatto che essi possono essere uno strumento di legittimazione della *governance* europea¹⁸.

Dall'altro lato, il loro utilizzo determina uno svuotamento di competenze, ove interessi pubblici vengono regolati (anche) da organismi privati con strumenti che strutturalmente non garantiscono le stesse tutele (di rappresentanza, pluralismo e tutela dei diritti) delle istituzioni pubbliche.

In effetti, l'Unione europea già da un Libro Bianco del 1985¹⁹ ma specialmente dal Libro Bianco sulla Governance²⁰ emanato nel 2001 dalla Commissione europea, ha dimostrato una grande apertura nei confronti di strumenti non vincolanti che permettano flessibilità nella regolamentazione, sia nella forma di strumenti di *co-regulation* che nella forma di *self-regulation*. In effetti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà²¹ e proporzionalità, l'autoregolamentazione (o co-regolamentazione promossa dall'Unione europea) da parte di soggetti privati è preferibile come opzione di *governance* meno restrittiva, quando sufficiente a garantire il rispetto dei diritti tutelati dall'Unione europea. Infatti, è stato notato come

l'utilizzo eccessivo e maldestro degli strumenti di hard law possa determinare un irrigidimento del sistema di regole (quando non anche una situazione di contraddizione interna alla legislazione) tale da indebolire

¹⁸ P. VERBRUGGEN, *Does Co-Regulation Strengthen EU Legitimacy?*, in *European Law Journal*, 15, 4, 2009, 430-31; J. SCOTT, M. TRUBEK, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, 8; e D. SCHIEK, *Private Rule-Making and European Governance - Issues of Legitimacy*, in *European Law Review*, 32, 2007, 449.

¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Completing the Internal Market (White Paper)*, COM(1985)310, paragrafo 155, disponibile al link <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ff490f3-dbb6-4331-a2ea-a3ca59f974a8/language-en>.

²⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *European Governance, a White Paper*, COM(2001)428 final, disponibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10.

²¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento e al Consiglio sulla sussidiarietà*, SEC (92) 1990, 27 novembre 1992, punti 13 e 14.

la tutela dei valori e degli interessi che la disciplina adottata sarebbe teoricamente finalizzata a proteggere²².

Del resto, gli strumenti di auto e co-regolamentazione permettono un affiancamento, se non una vera e propria sostituzione, dell'autore della norma con il «destinatario del precetto in fieri»²³, sfruttandone le conoscenze ed esperienze tecniche (e alleggerendo le istituzioni pubbliche del relativo investimento di risorse).

Questo approccio è stato consolidato dalla *Better Regulation* del 2015²⁴, nella quale è stata sottolineata la necessità di diversificare la cassetta degli attrezzi del legislatore europeo anche tramite l'utilizzo della *soft law* e di strumenti ibridi pubblico-privato²⁵.

Infatti, sicuramente la velocità di produzione e aggiornamento degli strumenti di *soft law* è una delle caratteristiche che ne ha determinato la fortuna.

Inoltre, la volontarietà di strumenti ibridi permette la formazione di strutture di *governance* in settori altrimenti non toccati dal legislatore e possono creare una spinta alla conformazione, per esempio per necessità di interoperabilità nelle telecomunicazioni o valutazioni legate a considerazioni reputazionali²⁶. Per esempio, prima di altri interventi di *hard law* in ambito digitale, la Commissione europea ha promosso di-

²² Continua il testo «In questo senso, il ricorso a strumenti di *soft law* e all'ermeneutica dei principi, pare, in definitiva, un vero e proprio baluardo a presidio della perdurante giuridificazione di ambiti e settori che una legislazione di tipo tradizionale potrebbe spingere su traiettorie indesiderate», B. MARCHETTI, M. RENNA, *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in IID. (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, 20.

²³ G. DE MINICO, *op. cit.*, 129.

²⁴ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE*, COM(2015)215 final, 19 maggio 2015, disponibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52015DC0215>.

²⁵ *Ivi*, punto 23.

²⁶ M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com: self-regulation and contract governance in the platform economy: a research agenda*, in *European journal of legal studies*, 9, 2, 2017, 60 ss.

versi strumenti di co e auto regolamentazione con la collaborazione di diverse piattaforme online tra cui il *Code of Conduct Against Hate Speech*²⁷ e il *Code of Conduct on Disinformation*²⁸.

Dall'altro lato, si crea una situazione, anche di tutela dei diritti, a geometrie variabili anche perché le imprese possono liberamente adottare o ritirarsi da queste iniziative.

Inoltre, nonostante la loro economicità, velocità e flessibilità²⁹, gli strumenti di *soft law* risentono di chiari problemi di legittimazione. Infatti, gli organismi privati (associazioni di categoria, singole aziende od organizzazioni per la definizione degli standard) non sono sottoposte alle stesse regole di trasparenza e *accountability* degli organismi pubblici e al loro interno non viene garantita la partecipazione di altri portatori di interessi. Infatti, le procedure per l'adozione di strumenti di *soft law* potrebbero aggirare la procedura legislativa, dotata di legittimazione democratica e disciplinata nei trattati. Questo potrebbe accadere specialmente, ha dichiarato il Parlamento europeo (che nel 2007 ha espresso tramite una risoluzione una posizione critica nei confronti dell'utilizzo della *soft law*) dove sussista la competenza europea in una data materia ma manchi la volontà politica di proporre un testo legislativo³⁰.

Queste questioni risultano evidentemente problematiche quando tali strumenti vengano utilizzati, come nel caso della standardizzazione europea, per integrare specifiche tecniche del dettato normativo. In tali casi si può infatti verificare inoltre – come illustrato più avanti – che, a

²⁷ EUROPEAN UNION, *Code of Conduct Against Hate Speech*, 2016, disponibile al link https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

²⁸ EUROPEAN UNION, *Code of Practice on Disinformation*, 2018, disponibile al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>.

²⁹ *Ivi*, 34.

³⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolution of 4 September 2007 on institutional and legal implications of the use of "soft law" instruments* (2007/2028(INI)), 4 settembre 2007, disponibile al link [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2028\(INI\), considerando 10](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2007/2028(INI), considerando 10).

differenza di quanto affermato in apertura di capitolo, questi strumenti assumano una efficacia, se non *de iure*, *de facto*.

3. L'A.I. Act

Nel quadro sopra descritto, questo contributo presenta l'A.I. Act come esempio paradigmatico in quanto, strutturalmente, la proposta di regolamento fa ampio ricorso a diverse tecniche normative e, in particolare, a diversi strumenti di *soft law*.

Innanzitutto, l'A.I. Act è stato anticipato da una pleora di documenti programmatici e linee guida che hanno progressivamente predisposto i principi e l'impianto normativo di cui l'A.I. Act è il precipitato.

In particolare, il Libro Bianco sull'intelligenza Artificiale³¹, che è stato adottato nel febbraio 2020, ha individuato sia l'approccio (basato sul rischio) per la regolamentazione dell'A.I., sia principi per la progettazione e lo sviluppo dei sistemi ad alto rischio. Successivamente, la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica e ha pubblicato una valutazione d'impatto della normativa sull'intelligenza artificiale³². Questi documenti hanno ricevuto feedback da vari *stakeholders* e hanno informato lo sviluppo dell'A.I. Act.

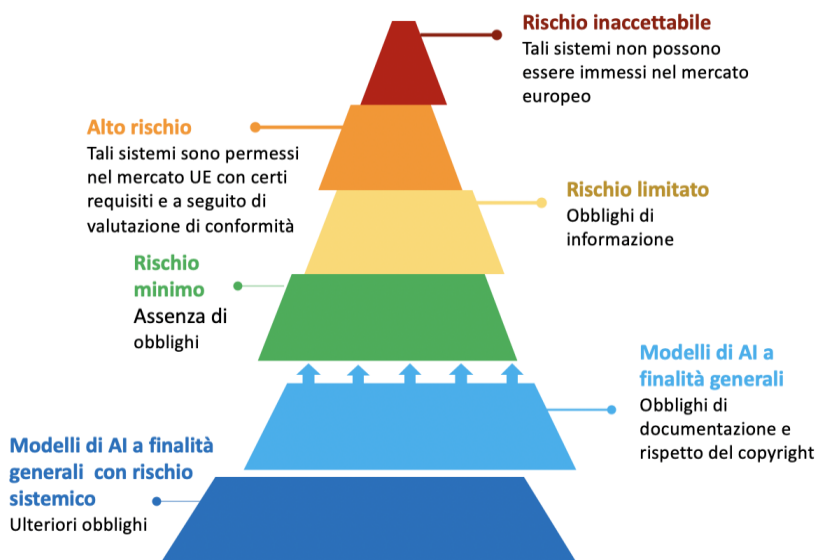
L'A.I. Act è stato quindi presentato dalla Commissione europea nell'aprile 2021, rappresentando il primo tentativo di stabilire una regolamentazione orizzontale per l'A.I. A seguito di negoziazioni tra il Consiglio e il Parlamento (e in attesa del voto finale del Consiglio dell'Unione europea), il testo finale è stato approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024³³.

³¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020)65 final, 19 febbraio 2020.

³² COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment of the Regulation on Artificial intelligence*, SWD(2021) 94 final, 21 aprile 2021, disponibile al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-regulation-artificial-intelligence>.

³³ A seguito dell'attività di rielaborazione da parte dei giuristi linguisti, il Parlamento ha approvato un corrigendum relative a tali aggiustamenti formali del testo, PARLAMENTO EUROPEO, *CORRIGENDUM to the position of the European Parliament*

Il testo introduce una classificazione per i sistemi e modelli di I.A. con diversi requisiti e obblighi basati su un approccio basato sul rischio. Infatti, come illustrato nella figura sotto, i sistemi di A.I. sono classificati in rischio inaccettabile, alto, limitato, basso e minimo, mentre i modelli si dividono in modelli di I.A. a finalità generali e modelli di I.A. a finalità generali con rischio sistemico.



-Figura 1-

Categorizzazione dei sistemi di I.A. in relazione al livello di rischio e relativa disciplina. Elaborazione dell'autrice.

adopted at first reading on 13 March 2024 with a view to the adoption of Regulation (EU) 2024/ of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), P9_TA(2024)0138, COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD), 19 aprile 2024. Questa è la versione del testo alla quale il presente articolo si riferisce quando viene menzionato l'AI Act senza ulteriori riferimenti a una versione specifica.

In particolare, il secondo capo del regolamento esprime il massimo potere autoritativo statale, tramite il divieto di quelle pratiche che determinerebbero un rischio considerato inaccettabile per la sicurezza, salute e diritti fondamentali. I sistemi di A.I. che presentano rischi inaccettabili (come, per esempio, valutazioni di *social scoring* da parte di autorità pubbliche) sono quindi vietati e non possono essere immessi nel mercato o messi in servizio nel mercato europeo. Dal versante opposto dell'analisi del rischio, per i sistemi di A.I. che pongono rischi minimi, il testo non prevede alcun obbligo.

Nel mezzo, l'immissione nel mercato europeo o messa in servizio di una vasta gamma di sistemi A.I. ad alto rischio è autorizzata, ma soggetta a un insieme di requisiti e obblighi per accedere al mercato dell'UE. In particolare, il singolo operatore economico potrà scegliere se assumersi la responsabilità di attestare la propria conformità ovvero attenersi alle norme armonizzate, alle quali la proposta di regolamento attribuisce una presunzione di conformità. Inoltre, i sistemi A.I. che presentano solo un rischio limitato sono soggetti a semplici obblighi di trasparenza (per esempio, un contenuto multimediale generato o modificato da un sistema di A.I. deve essere segnalato come tale).

I prossimi paragrafi descrivono i vari strumenti di *soft law* utilizzati nell'AI Act. Tali meccanismi hanno sicuramente un ruolo estremamente importante nel testo normativo, specialmente per quanto riguarda la sostenibilità tecnologica della normativa e il suo aggiornamento rispetto all'innovazione tecnologica. Ciononostante, è bene sottolineare anche che la flessibilità del regolamento è garantita anche dalla presenza degli allegati, modificabili (e quindi aggiornabili sia in relazione allo stato dell'arte della tecnologia sia alle esperienze maturate dalle varie autorità in campo applicativo) dalla Commissione tramite atti delegati³⁴. Gli allegati avranno infatti un ruolo importante nell'adeguamento della disciplina, specialmente (a opinione di chi scrive) in relazione alla identificazione dei sistemi ad alto rischio e alle specifiche tecniche individuate per i modelli per finalità generale (Allegati XI, XII e XIII).

³⁴ Art. 97 dell'AI Act.

3.1. *Pareri e le raccomandazioni del Comitato europeo per l'intelligenza Artificiale*

L'utilizzo di strumenti integrativi della normativa ha lo scopo anche di riempire di contenuto l'attuazione del regolamento in quanto, sebbene l'A.I. Act presenti un corpus regolamentare notevole (113 articoli nella versione finale del testo), si tratta anche di una regolamentazione orizzontale, la quale dovrà essere applicata a settori di applicazione molto eterogenei tra di loro. Pareri e raccomandazioni svolgono quindi anche – in una situazione di transizione da una tecnologia a un'altra – la funzione di guidare e dare indicazioni sulla corretta applicazione della disciplina alla nuova tecnologia.

Infatti, il testo include la formulazione da parte del Comitato europeo per l'intelligenza Artificiale di pareri, raccomandazioni o contributi in relazione all'attuazione dell'A.I. Act. Con riferimento particolare agli strumenti di *soft law* inclusi nel regolamento, tali indicazioni avranno ad oggetto anche i requisiti per i sistemi di A.I. ad alto rischio e l'uso di norme armonizzate, oltre che l'elaborazione e applicazione di codici di condotta e codici di buone pratiche.

Inoltre, in relazione ai sistemi ad alto rischio e sempre con funzioni di integrazione dei profili tecnici della disciplina, la Commissione elaborerà, in cooperazione con le autorità di metrologia e di analisi comparativa e con vari portatori di interessi, anche metriche di performance relative all'accuratezza e robustezza dei sistemi. Queste si sostanzieranno nello sviluppo di parametri di riferimento e metodologie di misurazione, le quali – seppur non vincolanti – assumeranno una importanza rilevante.

3.2. *Codici di condotta, codici di buone pratiche e iniziative internazionali*

Per quanto riguarda le iniziative internazionali in tema alle quali aderisce anche l'Unione europea, si segnala in modo particolare il c.d. *Hiroshima Process*, in seno al G7. Questo, infatti, al fine di armo-

nizzare le norme sull’I.A. e garantire coordinazione nella *governance* dell’I.A., ha dedicato un punto specifico proprio all’A.I. generativa³⁵, pubblicando a fine ottobre 2023 dei *Guiding Principles*³⁶ e un *Code of Conduct*³⁷, ai quali le imprese possono aderire su base volontaria, dedicati allo sviluppo di sistemi avanzati di A.I.

Codici di condotta basati sulla volontarietà dell’adesione sono previsti anche all’interno dell’A.I. Act. Infatti, i sistemi di I.A. che presentano solo un rischio minimo potrebbero essere sviluppati e utilizzati nell’UE senza dover ottemperare a ulteriori obblighi. In questo caso, l’A.I. Act prevede la creazione di codici di condotta per incoraggiare i fornitori di sistemi I.A. non ad alto rischio ad applicare volontariamente i requisiti obbligatori per i sistemi A.I. ad alto rischio³⁸. In particolare, il regolamento vuole anche favorire l’adozione di requisiti (non obbligatori per i sistemi ad alto rischio) relativi, per esempio, alla sostenibilità ambientale dei sistemi di A.I. e alla valutazione e prevenzione dell’impatto negativo degli stessi sulle persone vulnerabili o sui gruppi di persone vulnerabili³⁹, tenendo conto di interessi ed esigenze di fornitori di piccole dimensioni e startup⁴⁰.

I codici di condotta sarebbero elaborati da singoli fornitori o da organizzazioni che li rappresentano, anche con l’intervento dei *deployer*⁴¹ o altri portatori di interesse, la cui partecipazione sarebbe solo eventua-

³⁵ Inoltre, l’OCSE ha recentemente pubblicato un report specifico proprio sull’AI generativa nell’Hiroshima Process, OCSE, *G7 Hiroshima Process on Generative Artificial Intelligence (AI): Towards a G7 Common Understanding on Generative AI*, Parigi, 7 settembre 2023.

³⁶ *G7, Hiroshima Process International Guiding Principles for Advanced AI system*, 30 ottobre 2023, disponibile al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/hiroshima-process-international-guiding-principles-advanced-ai-system>.

³⁷ *G7, Hiroshima Process International Code of Conduct for Advanced AI Systems*, 30 ottobre 2023, disponibile al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/hiroshima-process-international-code-conduct-advanced-ai-systems>.

³⁸ Ovvero i requisiti di cui al Capo III Sezione 2.

³⁹ Art. 95 paragrafo 2 dell’AI Act, cit.

⁴⁰ *Ivi*, para 4.

⁴¹ Ovvero la persona fisica o giuridica che utilizza il sistema di I.A. sotto la propria responsabilità (art. 3, punto 4 dell’AI Act).

le. Infatti, per loro natura i codici di condotta sono elaborati dall'industria. Si potrebbe dunque assistere a un fenomeno di *ethics washing* o *bluwashing*⁴², nel quale le imprese aderenti fanno sfoggio dell'adesione a un codice di condotta che in realtà non tutela sufficientemente gli utenti finali. In questo senso sarebbe auspicabile che venisse istituzionalizzata la partecipazione e l'intervento effettivo di associazioni rappresentative dei consumatori e della società civile alla redazione dei codici di condotta.

I codici di buone pratiche sono invece previsti dal regolamento al fine di guidare i fornitori di modelli di A.I. riguardo l'osservanza dei requisiti previsti per i modelli per finalità generali e per i modelli per finalità generali con rischio sistematico⁴³. Tali codici saranno elaborati dall'Ufficio per l'I.A., il quale potrà invitare le autorità nazionali e i fornitori di modelli per finalità generali a partecipare alla redazione. I partecipanti all'elaborazione, inoltre, riferiranno periodicamente in merito all'attuazione degli impegni, alle misure adottate e agli esiti riscontrati tramite indicatori chiave di prestazione. I codici saranno pronti entro nove mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento e, fino alla elaborazione di norme armonizzate relative ai requisiti previsti per i modelli per finalità generali (e con rischio sistemico), i codici di buone pratiche potranno essere implementati al fine di dimostrare la conformità agli obblighi previsti⁴⁴.

Inoltre, la Commissione europea ha proposto alle imprese che operano nel mercato europeo un framework per aderire su base volontaria a determinati requisiti minimi prima dell'entrata in vigore del regolamento (c.d. *A.I. Pact*)⁴⁵.

⁴² L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical*, in *Philos. Technol.* 32, 2019, 185-193.

⁴³ Art. 56 dell'AI Act.

⁴⁴ Art. 53 paragrafo 4 (per i modelli per finalità generali) e art. 55 paragrafo 2 (per i modelli per finalità generale con rischio sistemico) dell'AI Act.

⁴⁵ Cfr. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/ai-pact>. Si consulti, per esempio C. FORD, C. NIETSCHKE, *US-EU AI Code of Conduct: First Step Towards Transatlantic Pillar of Global AI Governance?*, in *euractive.com*, 27 luglio 2023, disponibile al link <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/opinion/us-eu-ai-code-of-conduct-first-step-towards-transatlantic-pillar-of-global-ai-governance/> e

3.3. Sandbox (o spazi di sperimentazione normativa)

Il termine *sandbox* nasce dall'ambito informatico in cui si riferisce ad ambienti chiusi in cui testare prodotti e servizi innovativi senza propagazione di eventuali errori. *Mutatis mutandis*, una *sandbox* normativa è un ambiente controllato che consente agli sviluppatori e alle imprese di testare e sviluppare tecnologie emergenti in un ambiente con un regime giuridico sperimentale che deroga o modifica i requisiti normativi (o la loro attuazione). Infatti, la partecipazione alle *sandboxes* normative è soggetta all'ammissione, al monitoraggio e alla valutazione di una autorità di regolamentazione, la quale stabilisce le condizioni di ammissione dei partecipanti selezionati⁴⁶.

Si tratta di uno strumento che, sebbene non goda di una vastissima diffusione, viene già utilizzato, per esempio in Spagna, Singapore, Germania e Regno Unito⁴⁷.

Le *sandboxes* promuovono una regolamentazione collaborativa e nuove iniziative di conformità tra sviluppatori e autorità di regolamentazione, al fine di promuovere una cooperazione con fini di apprendimento iterativo⁴⁸. Da un lato innovazioni tecnologiche possono essere sperimentate sotto la supervisione e guida (nell'applicazione concreta delle norme) di autorità di regolamentazione; dall'altro, la sperimentazione è limitata a un solo settore e a pochi attori selezionati (spesso privilegiando startup o piccole imprese che altrimenti potrebbero essere scoraggiate dalla complessa applicazione della normativa), quindi le

B. KOHN, L. VAN NEERVEN, *AI Pact and AI code of conduct, transitional solutions for the regulation of Artificial Intelligence*, 28 settembre 2023, in *deutscheranwaltspiegel.de*, disponibile al link <https://www.deutscheranwaltspiegel.de/goingdigital/artificial-intelligence/ai-pact-and-ai-code-of-conduct-32351/>.

⁴⁶ S. RANCHORDAS, *Experimental lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, n. 12/2021, 4.

⁴⁷ FOR HUMANITY, *Europe's AI Sandboxes: Navigating Regulatory Evolution*, 3 ottobre 2023, passim, disponibile al link <https://forhumanity.center/article/europes-ai-sandboxes-navigating-regulatory-evolution/>.

⁴⁸ Sulla funzione dei regimi legali sperimentali, si veda S. RANCHORDAS, *Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes: Law without Order?*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, 10, 2021, 10-12.

autorità possono valutare l'applicazione del quadro normativo con deroghe limitate sia nel tempo che nell'applicazione. Infatti, tipicamente le *sandboxes* vengono istituite in settori caratterizzati da una elevata complessità normativa e potenziale di sviluppo tecnologico (per esempio, un settore tipico è quello FinTech)⁴⁹.

In questo senso, le *sandboxes* sono un chiaro esempio di strumento per la governance della transizione⁵⁰.

Rispetto alla normale operatività di questo strumento, l'A.I. Act non prevede che si deroghi alla propria disciplina giuridica (circostanza esplicitata anche nell'*Impact assessment* pubblicato assieme all'A.I. Act)⁵¹. Infatti, il regolamento stabilisce che le *sandboxes* o, come vengono chiamate nella versione italiana dell'A.I. Act, «spazi di sperimentazione normativa per l'I.A.», sono un

ambiente controllato che promuove l'innovazione e facilita lo sviluppo, l'addestramento, la sperimentazione e la convalida di sistemi di I.A. innovativi per un periodo di tempo limitato prima della loro immissione sul mercato o della loro messa in servizio conformemente a un piano specifico dello spazio di sperimentazione concordato tra i potenziali fornitori e l'autorità competente⁵².

Il testo prevede anche la possibilità di condurre prove in condizioni reali⁵³ e le autorità dovranno, in particolare, guidare e supervisionare i fornitori di sistemi ad alto rischio nell'adempimento dei requisiti richiesti e la relazione di uscita garantirà una presunzione di conformità al regolamento alla quale le autorità nazionali saranno vincolate⁵⁴.

⁴⁹ OCSE, *Regulatory sandboxes in artificial intelligence*, in *OECD Digital Economy Papers*, 356, Parigi, 2023, 16-17.

⁵⁰ S. PENASA, *op. cit.*, 686-691.

⁵¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment of the Regulation of Artificial Intelligence*, *cit.*, 60.

⁵² Art. 57 paragrafo 5 dell'AI Act.

⁵³ *Ibidem*. Per la possibilità di effettuare prove in condizioni reali al di fuori degli spazi di sperimentazione normativa, si veda l'art. 60.

⁵⁴ Articolo 57 paragrafo 7 dell'AI Act, cfr. T. BUOCZ, S. PFOTENHAUER, I. EISENBERGER, *Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety?*, in *Law, Innovation and Technology*, 2013, 12-13.

In questo caso, più che la transizione tecnologica (e la contestuale valutazione di una potenziale obsolescenza della normativa in un dato settore) le *sandboxes* sembrano supportare soluzioni tecnologicamente innovative nella transizione normativa. Bisognerebbe però valutare se non si possa procedere su entrambe le strade, permettendo oltre al supporto alla *compliance* delle imprese che – si auspica – si conformeranno all’A.I. Act pur continuando a innovare, anche la valutazione dell’A.I. Act stesso tramite la possibilità di testare quadri normativi alternativi, utilizzando le soluzioni tecnologicamente innovative come banco di prova della sostenibilità tecnologica della normativa.

3.4. Norme armonizzate

L’utilizzo di norme armonizzate (più comunemente chiamate anche standard) nell’A.I. Act si inserisce nel c.d. *Nuovo Approccio*⁵⁵. Si tratta di una tecnica legislativa che risale al 1985 e ha originato il sistema europeo delle norme armonizzate: tramite un atto legislativo vengono regolamentati i requisiti essenziali di interesse generale dei prodotti, mentre la definizione dettagliata degli aspetti tecnici viene affidata a organizzazioni private, cioè le organizzazioni europee di normazione (“OEN”), le quali sono principalmente composte da esperti e rappresentanti del settore imprenditoriale. Attualmente, a livello europeo, ne esistono tre principali: CEN, CENELEC ed ETSI.

Dunque, in seguito all’approvazione di una direttiva o di un regolamento, la Commissione europea emette un mandato⁵⁶, rivolto a una o più delle OEN, la quale prevede la creazione di un documento che stabilisca i requisiti tecnici da rispettare da parte di prodotti, processi, servizi o sistemi. Le norme armonizzate sono quindi elaborate all’interno delle OEN. Se la Commissione stabilisce che la norma sia conforme

⁵⁵ G. MAZZINI, S. SCALZO, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l’intelligenza artificiale*, 2023, 5 ss.

⁵⁶ M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique - A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham, 2020, 48 ss.

alla richiesta e alla legislazione dell'Unione, essa decide di pubblicarla in Gazzetta ufficiale. Successivamente alla pubblicazione, le norme armonizzate godono di una presunzione di conformità agli atti legislativi ai quali sono collegati, tramite una «public-private partnership»⁵⁷ tra la Commissione e la comunità di standardizzazione. In particolare, anche per la disciplina europea della società digitale, l'implementazione dei vari regolamenti emanati in materia dall'Unione europea è affidata al binomio norma tecnica-certificazione⁵⁸.

Questa strategia ha contribuito in modo significativo allo sviluppo del mercato interno europeo, rimuovendo le barriere tecniche alla libera circolazione delle merci. Difatti, le norme di stampo tecnico rappresentano la funzione promozionale del diritto⁵⁹ e vengono chiamate dal legislatore norme armonizzate in quanto implementano la legislazione di armonizzazione dell'Unione.

La circolazione della norma tecnica è favorita dalla sua flessibilità, velocità di aggiornamento, tecnicità del contenuto e del linguaggio⁶⁰ e produzione di certezze. Infatti, il rispetto delle norme armonizzate (spesso attestato da enti privatistici tramite il rilascio di una certificazione) porta a una presunzione di conformità del prodotto o servizio alla regolamentazione. Ne deriva, che «la produzione di certezze può, quindi, di fatto modificare l'efficacia volontaria, in partenza della norma tecnica»⁶¹ e che poche imprese si assumeranno il rischio di adottare misure di conformità alternative all'adozione della norma armonizzata.

⁵⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo -Norme armonizzate - Migliorare la trasparenza e la certezza del diritto per un mercato unico pienamente funzionante*, Bruxelles, 22 novembre 2018, COM(2018)764 final, 1.

⁵⁸ A. IANNUZZI, *Le fonti del diritto per la disciplina della società digitale*, in F. PIZZETTI (ed.), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, 46-47.

⁵⁹ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 30.

⁶⁰ Iannuzzi parla di «linguaggio universale della scienza e della tecnica», *ivi*, 41.

⁶¹ *Ivi*, 45.

Le norme armonizzate hanno assunto di fatto rilevanza di diritto pubblico⁶²: esse «rappresentano l'interesse pubblico e svolgono un ruolo funzionalmente equivalente a quello delle norme giuridiche»⁶³. Di fatti, oltre al controllo della Commissione europea, giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁴ ha stabilito che le norme armonizzate possono essere sottoposte a controllo giurisdizionale.

Inoltre, le norme armonizzate hanno preminenza rispetto a standard nazionali confliggenti con la norma armonizzata, che devono essere ritirati successivamente alla pubblicazione della stessa⁶⁵.

L'utilizzo di norme armonizzate è contestato a causa del deficit democratico di cui soffrono strutturalmente le OEN, che garantiscono poca partecipazione ai portatori di interessi non industriali (e le organizzazioni dei consumatori comunque non hanno le risorse per parteciparvi attivamente). Inoltre, vengono contestate anche la mancata disponibilità

⁶² M. ELIANTONIO, A. VOLPATO, *The European System of Harmonised Standards. Legal Opinion for ECOS*, March 11, 2022, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4055292, 3-6. Per esempio, l'atto di adozione della norma armonizzata non viene più pubblicato in Gazzetta ufficiale come comunicazione non vincolante della Commissione (Sezione C), bensì nella sezione L riferita alle decisioni di implementazione.

⁶³ Sentenza *Public Resource*, C 588/21 P, Public.Resource.Org and Right to Know v Commission and Others, 3 marzo 2024, EU:C:2024:201, 61.

⁶⁴ A partire dal caso *James Elliot*, C-613/14, *James Elliott Construction Limited v Irish Asphalt Limited*, EU:C:2016:821, paragrafo 34. Sul punto, si segnalano i seguenti contributi: A. VOLPATO, *The Harmonized Standards before the ECJ: James Elliott Construction*, in *Common Market Law Review*, 2017, 591-604; C. TOVO, *Judicial Review of Harmonised Standards: Changing the Paradigms of Legality and Legitimacy of Private Rulemaking under EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2018, 1187-1216; e M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (eds.), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique - A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cambridge, 2020, 91 ss.

⁶⁵ Regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 316/12, 14 novembre 2012, articolo 3(6).

gratuita delle norme armonizzate⁶⁶ e la perdita o mancata acquisizione di *know-how* da parte della perdita delle pubbliche amministrazioni, oltre alla opportunità politica di affidare a organismi privati scelte così cariche di impatto per gli interessi e diritti dei cittadini⁶⁷.

A parere di chi scrive, l'incorporazione di valutazioni sui diritti fondamentali per la redazione di norme armonizzate che integrino l'A.I. Act mostrerà le vulnerabilità del sistema⁶⁸: in effetti, l'A.I. Act non si concentra su un solo prodotto o servizio quindi le norme armonizzate dovranno considerare i singoli requisiti per i sistemi ad alto rischio, valutando il possibile utilizzo in diversi settori di diversi tipi di A.I.

Ne deriva che nell'implementazione delle norme armonizzate vengono compiute scelte con possibili conseguenze (anche giuridiche) sostanziali, a causa della necessità di comporre e bilanciare non solo diversi interessi, ma anche la loro potenziale applicazione in molteplici settori, i quali presentano tipologie di rischio ancor differenti. Non si tratta quindi di una operazione neutra, poiché si richiede la individuazione e composizione di diritti e interessi (anche costituzionalmente tutelati) divergenti.

In questo senso, risultava apprezzabile l'iniziativa del Parlamento di introdurre alcuni principi generali, applicabili anche a norme armonizzate e codici di condotta. Tuttavia, tali principi non sono stati inclusi nel testo definitivo.

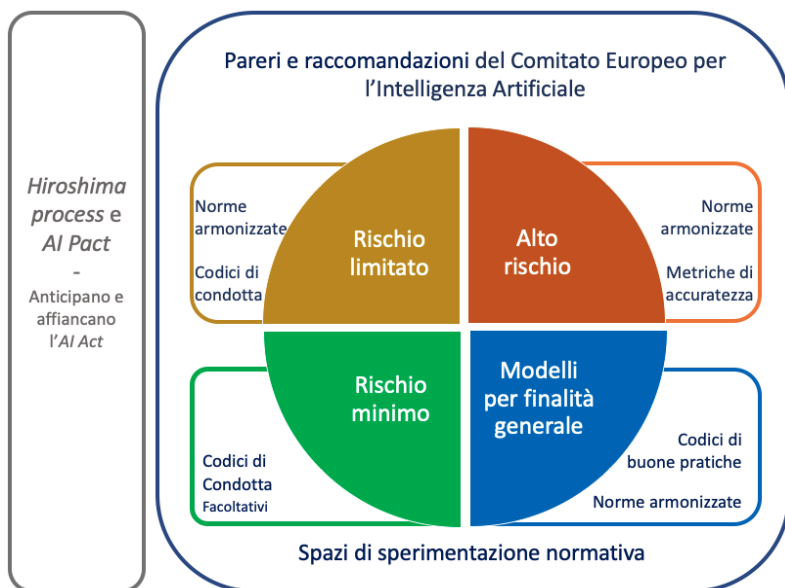
⁶⁶ In segno contrario, si nota la recente sentenza *Public Resource*, cit., ha ordinato alla Commissione di concedere l'accesso alle norme armonizzate alle ricorrenti (associazioni di consumatori).

⁶⁷ A. IANNUZZI, *Le fonti del diritto per la disciplina della società digitale*, cit., 47-51.

⁶⁸ M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 2021, 105.

4. Le funzioni e gli attori della soft law nell’A.I. Act

Come si è visto, all’interno dell’A.I. Act vengono utilizzati diversi strumenti di *soft law*. L’immagine sottostante raffigura la loro integrazione all’interno dell’architettura dell’A.I. Act. Si precisa che la categoria dei sistemi a rischio inaccettabile non è compresa nell’immagine perché non prevede strumenti di *soft law*, trattandosi di sistemi la cui immissione nel mercato europeo è proibita.



-Figura 2-
Rappresentazione visiva dell’integrazione degli strumenti di soft law nell’architettura dell’A.I. Act. Elaborazione dell’autrice.

I quattro spicchi del cerchio rappresentano le quattro categorie di rischio che nell’A.I. Act implementano diversi strumenti (nei quadrati corrispondenti) di co e auto regolamentazione. Gli spazi di sperimentazione normativa e i pareri e raccomandazioni del Comitato europeo per l’intelligenza Artificiale si trovano all’interno del rettangolo blu (rappresentante l’ambito di applicazione del regolamento) in quanto possono essere applicati a tutti i livelli di rischio. Il rettangolo grigio rappre-

senta iniziative che anticipano e affiancano l’A.I. Act ma non rientrano nel suo ambito di applicazione.

Come riassunto nella prossima tabella, gli strumenti di *soft law* utilizzati nell’A.I. Act assolvono funzioni diverse tra di loro e vengono elaborati da attori ancora diversi: alcuni dagli operatori economici, altri dalle istituzioni pubbliche e altri ancora da una collaborazione tra i due attori nel processo di formulazione.

	Ente	Funzione
Pareri e raccomandazioni	Comitato europeo per l’intelligenza artificiale	Implementazione della normativa
Metriche di accuratezza e robustezza	Commissione e autorità di metrologia	Implementazione della normativa
Codici di condotta e iniziative internazionali	G7, UE	Anticipazione della normativa
Codici di condotta	Fornitori dei sistemi di I.A.	Integrazione della normativa
Codici di buone pratiche	Ufficio per l’I.A., autorità nazionali e fornitori di modelli di I.A. per finalità generali	Implementazione e integrazione della normativa
Sandbox normativa	Autorità pubbliche	Messa a terra e supporto nell’attuazione della normativa
Norme armonizzate	Organizzazioni europee di normazione	Implementazione della normativa

-Figura 3-

*Tabella su enti e funzioni degli strumenti di soft law del regolamento.
Elaborazione dell’autrice.*

Come visto, le norme armonizzate operano all’interno della categoria dei sistemi ad alto rischio.

In particolare, esse vengono sviluppate dagli operatori economici, seppure la loro legittimità sia sottoposta al vaglio della Commissione e svolgono una funzione di implementazione tecnica della disciplina generale in modo da permettere sia la tecnicità ed elevata specializzazione del contenuto sia il rapido aggiornamento dello stesso. Si è evidenziato tuttavia come la delega a operatori economici e il deficit democratico delle OEN sollevi chiare questioni di legittimità dello strumento.

Funzioni di implementazione sono svolte anche dai pareri e dalle raccomandazioni del Comitato europeo per l’intelligenza artificiale, che

differiscono dalle norme armonizzate perché non si riferiscono solo ai sistemi ad alto rischio e non assumono efficacia quasi vincolante.

I codici di condotta invece operano dove l'A.I. Act sceglie di non intervenire, ovvero per i sistemi per i quali non è previsto alcun obbligo. Dunque, hanno funzione integrativa del regolamento nel senso che permettono l'adozione su base volontaria dei requisiti per i sistemi ad alto rischio.

I codici di buone pratiche assolvono la funzione di guidare i fornitori di modelli di I.A. a finalità generali nell'implementazione del regolamento, in attesa dell'emanazione delle norme armonizzate di riferimento, oltre a permettere l'adozione volontaria (in tutto o in parte) da parte dei fornitori di modelli di I.A. a finalità generali dei requisiti previsti per i modelli con rischio sistemico.

Da ultimo, l'istituzione di una *sandbox* normativa ha la funzione di mettere alla prova (ma soprattutto, nella versione dell'A.I. Act, mettere a terra) e coadiuvare l'attuazione del regolamento nella fase di emersione di una nuova tecnologia da parte delle imprese. Si auspica che sarà possibile mettere alla prova la stessa regolamentazione *vis à vis* settori e tecnologie avanzate. In questo modo le *sandboxes* potrebbero guidare non solo la transizione tecnologica all'interno del regolamento ma anche la transizione normativa guidata dalla transizione tecnologica.

Per quanto detto sopra, è interessante notare come i codici di condotta (in riferimento all'*A.I. Pact* e all'*Hiroshima Process*), che di tanta fortuna avevano goduto in relazione alle piattaforme online prima dell'emanazione di una vera e propria regolamentazione, sono stati rispolverati solo molto recentemente, quando politicamente si è avvertita l'urgenza di anticipare (seppur su base volontaria) l'applicazione della normativa.

5. Conclusioni

In un contesto tecnologico in continua evoluzione, può risultare conveniente per il legislatore affidarsi, nel confine tra *government* e *governance*, a strumenti di auto e co regolamentazione per l'implementazione della normativa. Questi, infatti, garantiscono la flessibilità della

disciplina e permettono di avvalersi della collaborazione e delle competenze tecniche di attori privati. Tuttavia, è necessario vigilare affinché residui un margine discrezionale puramente tecnico in capo agli operatori economici.

Altrimenti, quando anche nell'ambito dei problemi tecnici, la soluzione delle questioni implichi un «complesso processo di composizione di obbiettivi talvolta conflittuali»⁶⁹, il legislatore deve indicare dei principi che guidino tale composizione, senza lasciarne la definizione agli stessi operatori economici portatori di alcuni di questi obiettivi conflittuali⁷⁰.

Allo stesso modo, l'utilizzo delle competenze sviluppate dagli operatori economici non deve dimenticare la rappresentanza delle istanze di chi potrebbe subire un danno dall'utilizzo di un sistema di A.I.

Inoltre, la vigilanza del legislatore sull'operato degli attori privati dovrebbe aumentare tramite garanzie di partecipazione e tutela dei diritti in quei casi in cui a una efficacia volontaria *de jure* si viene a sovrapporre una efficacia *de facto*.

La *governance* della transizione da parte delle istituzioni dovrebbe quindi utilizzare strumenti che permettano la flessibilità necessaria a gestire la rapida mutazione tecnologica, senza dimenticare di farsi *government* nella tutela dei propri cittadini e nella guida verso la transizione digitale.

⁶⁹ A. IANNUZZI, cit., 6.

⁷⁰ Veale parla di «value-laden choices» in relazione alla redazione di norme armonizzate nel contesto dell'AI Act. Cfr. M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *op. cit.*, 105.

A.I., SANITÀ E DIRITTO

GUIDARE LA TRANSIZIONE VERSO UNA MEDICINA PIÙ PARTECIPATA, INCLUSIVA E UMANA

Laura Piva

SOMMARIO: 1. *La transizione: definizione e caratteristiche.* 2. *La transizione digitale e l'avvento dirompente dell'intelligenza artificiale nel contesto sanitario.* 3. *Verso una transizione socioculturale.* 3.1. *Un nuovo rapporto medico-paziente.* 3.2. *Una nuova idea di medicina.* 4. *Il ruolo del diritto durante la transizione: tenere l'umano al centro.* 5. *Conclusioni.*

1. La transizione: definizione e caratteristiche

La parola «transizione», dal latino *transitio* (passare attraverso), indica un «passaggio da un modo di essere o di vita a un altro, da una condizione o situazione a una nuova e diversa»¹.

La transizione si presenta pertanto come un fenomeno dinamico e trasformativo articolato in più fasi, in quanto prevede la rottura – più o meno violenta – con un paradigma divenuto ormai insostenibile e la riorganizzazione – più o meno rapida – intorno a uno differente².

¹ Questa la definizione di transizione nel Dizionario Treccani online.

² Così, secondo Godelier, la transizione coincide con la fase in cui una società «incontra difficoltà sempre maggiori interne o esterne, nel riprodurre il sistema economico sociale sul quale si fonda e comincia a riorganizzarsi, più o meno rapidamente e più o meno violentemente, sulla base di un altro sistema che diviene infine a sua volta la forma generale delle nuove condizioni di esistenza» (cfr. voce “*Transizione*”, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino 1981. XIV, pp. 460-494).

Da questa breve definizione emerge un altro termine che viene frequentemente associato alla transizione e che ne costituisce l'obiettivo: la sostenibilità³.

Questa parola, che pur presenta un certo margine di ambiguità, viene inizialmente usata nel contesto ambientale per indicare la capacità di sviluppare un sistema «in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere le possibilità delle generazioni future»⁴. In un momento successivo, l'idea di sviluppo sostenibile si espande⁵, andando a ricomprendere anche le dimensioni economica e sociale e a legarsi a concetti quali il rispetto dei diritti umani, la promozione del benessere sociale, l'equa distribuzione delle risorse e la durevolezza⁶.

Ambire alla sostenibilità significa, allora, voler costruire un nuovo ordine caratterizzato da maggiore stabilità e che promuova il benessere – ambientale, sociale ed economico – delle attuali e future generazioni. Da quanto detto finora, possiamo quindi affermare che una transizione nasca da una crisi cui fa seguito la volontà (o necessità?) di raggiungere un nuovo equilibrio attuando dei cambiamenti che migliorino il benessere collettivo nel lungo periodo.

Secondo l'impostazione appena richiamata la transizione sarebbe quindi orientata a un fine. Tuttavia, nell'analizzare una transizione, ciò

³ Si rimanda a G. SEVERINI, *La consistenza giuridica della transizione*, in www.giustiziasieme.it, 2022, secondo il quale «la sostenibilità è l'obiettivo da raggiungere mediante un percorso uniforme pianificato e guidato, sinteticamente chiamato transizione».

⁴ WCED World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, ONU, 1987.

⁵ Per una ricostruzione multidimensionale della sostenibilità si rimanda a M. SILVESTRI, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, in *Gentes*, vol. 2, 2015, 215-219.

⁶ Severini fa notare che, proprio in considerazione dello sguardo volto alle future generazioni, la traduzione francese di *sustainability*, *durabilité* (durevolezza) risulta maggiormente accurata rispetto all'italiana "sostenibilità". Del resto, lo stesso significato originale del termine in inglese è, secondo il Cambridge Dictionary, «the quality of being able to continue over a period of time».

che viene valorizzato è il percorso più che le singole trasformazioni che ne possono costituire il prodotto⁷.

Ciò può spiegarsi in base a due ragioni strettamente collegate. La prima risiede nel fatto che le transizioni sono fenomeni complessi e interconnessi. Infatti, la messa in discussione di un sottosistema – per esempio quello economico – mette inevitabilmente in crisi anche altri sottosistemi dell'organizzazione sociale (il sistema culturale, lavorativo, ecc.).

In secondo luogo (e conseguentemente), le transizioni presentano un certo grado di incertezza circa il loro sviluppo e, soprattutto, i loro approdi futuri. Questi ultimi, infatti, saranno inevitabilmente condizionati da ciò che succede *in itinere*, nella dimensione temporale in cui «nuovo e vecchio coesistono»⁸.

Ne consegue che è altresì incerto se la promessa iniziale della transizione – l'instaurazione di un nuovo equilibrio che risulti più sostenibile di quello di partenza – verrà mantenuta.

Ciò implica che, se si vuole quanto meno tentare di realizzare ciò, la transizione non possa essere lasciata a un'evoluzione spontanea, ma debba essere orientata mediante regole e principi.

Da qui la necessità di riflettere sulle transizioni nonché di definire cosa sia il benessere collettivo cui devono tendere e a chi spetti delinearlo.

Assumendo questa prospettiva, si può quindi parlare di transizione quale «luogo in cui si esprimono delle preferenze» o «cambiamento desiderato»⁹.

⁷ K. HOLSCHER, J.M. WITTMAYER, D. LOORBACH, *Transition versus transformation: What's the difference?*, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, vol. 27, 2018, 1-3.

⁸ Così si esprime Vittorio Teotonico con particolare riferimento alle transizioni costituzionali, evidenziando che, finché la transizione è in atto, i cambiamenti sono provvisori e instabili. Cfr. V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.

⁹ P. CHABOT, *L'epoca delle transizioni. Pensare il mondo a venire*, Roma, 2021.

2. La transizione digitale e l'avvento dirompente dell'intelligenza artificiale nel contesto sanitario

Dopo aver cercato di definire in linea teorica cosa sia una transizione, le sue cause e le sue caratteristiche essenziali, vogliamo ora spostarci sul piano concreto, andando a ragionare sul fenomeno della transizione digitale e sul ruolo che l'intelligenza artificiale (A.I.) svolge in tale contesto. Particolare attenzione verrà poi posta sull'utilizzo di tale tecnologia in ambito sanitario.

La locuzione “transizione digitale” fa riferimento al processo volto a realizzare «una trasformazione sistemica dell'organizzazione sociale, in cui le applicazioni tecnologiche digitali vanno a sostituire o implementare strumenti, tecniche e pratiche già esistenti»¹⁰.

Sebbene la transizione digitale sia uno degli obiettivi cardine del “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza” (PNRR) – il programma di rilancio post-pandemia elaborato dal governo italiano nell'ambito del “Next Generation EU” –, questa non nasce in risposta alla crisi vissuta durante il Covid-19 ma già a partire dagli anni Novanta, in corrispondenza dell'ampia diffusione delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni (ICT)¹¹. Infatti, tecnologie quali internet, i computer, i telefoni cellulari hanno modificato profondamente il nostro modo di comunicare e di concepire la realtà, richiedendo una sempre maggiore integrazione nel nostro vivere quotidiano anche grazie ai numerosi vantaggi che offrono¹².

Ad ogni modo, la pandemia ha senz'altro contribuito ad accelerare la transizione digitale, dal momento che ha reso non più praticabile il

¹⁰ Così M. SORICE, *La transizione tecnologico-digitale*, in A. COLOMBO, P. MARGI (a cura di), *La grande transizione: rapporto ISPI 2022*, Milano, 2022, 97.

¹¹ *Ibidem*.

¹² In particolare, le ICT hanno permesso di ridefinire i concetti di tempo e spazio e i loro confini, cfr., *ex multis*, M. HILBERT, *The transformation of society by digital technology: a historical perspective*, in *Dialogues in Clinical Neuroscience*, vol. 22, n. 2, 2020, 189-194.

modo di vivere che fino a quel momento era conciso con la normalità¹³ e ancora più urgente utilizzare le nuove tecnologie nella quotidianità delle persone¹⁴.

In questo contesto cresce anche l'attenzione per l'intelligenza artificiale¹⁵ che, grazie alle sue enormi potenzialità, diviene uno strumento chiave della transizione digitale¹⁶.

Così come quello per le altre tecnologie, l'interesse verso l'A.I. è motivato non solo dal mero ideale del progresso tecnologico, ma soprattutto dalla volontà di aumentare, tramite esso, il benessere della collettività¹⁷.

Rispetto alle altre tecnologie digitali, impatto dell'A.I. risulta tuttora ancora più promettente e al tempo stesso dirompente, a causa di alcune sue specifiche caratteristiche.

¹³ Interessante è quindi notare come venga confermata l'idea che la transizione sia mossa da crisi: in questo caso dalla crisi generata dall'introduzione di nuove tecnologie e, successivamente, dalla crisi pandemica.

¹⁴ M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 2, 2020.

¹⁵ Il concetto di intelligenza artificiale non è univoco. Qui si intende nel modo in cui è stato definito dall'OECD nella e dall'Unione europea nella proposta di Regolamento (AI Act), ossia come «machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate outputs such as predictions, recommendations, or decisions, that influence physical or virtual environments».

¹⁶ Infatti, nel «Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024» si afferma che l'intelligenza artificiale è «maturata al punto da rappresentare un fattore centrale nella trasformazione digitale della società».

¹⁷ Così l'OECD nella sua «Raccomandazione sull'intelligenza Artificiale» (2019) evidenzia che «AI has the potential to improve the welfare and well-being of people, to contribute to positive sustainable global economic activity, to increase innovation and productivity, and to help respond to key global challenges». È quindi interessante notare come, ancora una volta, tornino i concetti di benessere sociale, sostenibilità e centralità nel rispondere a sfide di ampia portata e di interesse globale. Sulla centralità di indirizzare l'AI a beneficio della collettività si rimanda, *ex multis*, anche a M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, n. 1/2022, pp. 181-199; F. LAZZINI, *Etica digitale e intelligenza artificiale*, Torino, 2022.

In primo luogo, grazie all'incremento esponenziale della potenza di calcolo computazionale e la sempre maggiore disponibilità di dati (i c.d. *big data*)¹⁸, l'A.I. è in grado di processare un grande quantitativo di informazioni in tempi rapidi e di usarle per svolgere compiti complessi.

In secondo luogo, questi sistemi operano con una certa autonomia, che varia a seconda della tecnica di apprendimento utilizzata. In particolare, gli algoritmi che si basano sul *machine learning* o sul *deep learning* imparano dalla loro esperienza, perfezionando i propri output in base a essa e raggiungendo risultati accurati in svariati contesti di applicazione.

Se maggiore velocità, migliori performance e riduzione dei costi costituiscono dunque le principali promesse dell'intelligenza artificiale¹⁹, si comprende l'opportunità di applicarla al settore sanitario, le cui risorse umane ed economiche si stanno rivelando inadeguate a soddisfare l'attuale richiesta di prestazioni.

Gli usi che si stanno esplorando ricomprendono tutte le fasi del processo di cura – prevenzione, diagnosi e trattamento –, nonché il *management* sanitario e la ricerca medica.

Così, per esempio, si stanno sviluppando sistemi capaci di analizzare immagini mediche e di combinarle con parametri scientifici e informazioni relative al paziente al fine di predire l'insorgere di diverse condizioni che variano dai tumori al seno o della pelle²⁰, alla retinopatia diabetica²¹, fino all'Alzheimer²².

¹⁸ Per un approfondimento in materia si rimanda a U. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Milano-Udine, 2022, 40-45.

¹⁹ M. FASAN, *op. cit.*

²⁰ N. MELARKODE et al., *AI-Powered Diagnosis of Skin Cancer: A Contemporary Review, Open Challenges and Future Research Directions*, in *Cancers (Basel)*, vol. 15, n. 4, 2023, 1183 ss.

²¹ V. GULSHAN, R. RAJAN et al., *Performance of a deep learning algorithm vs manual grading for detecting diabetic retinopathy in India*, in *JAMA Ophthalmology*, 2019; C.J. STYLES, *Introducing automated diabetic retinopathy systems: it's not just about sensitivity and specificity*, in *Eye*, vol. 33, 2019, 1357-1358.

Molto esplorati sono poi gli algoritmi che suggeriscono ai sanitari diagnosi e trattamenti²³ e i sistemi di A.I. conversazionale²⁴ che sfruttano il linguaggio naturale per fornire consigli medici anche direttamente ai pazienti²⁵.

Altro ambito di utilizzo rilevante, soprattutto in una fase storica ove la prima causa di morte a livello mondiale sono le malattie croniche²⁶, è poi quella del monitoraggio. Combinata con altre tecnologie quali l'*Internet of Things* (IoT) e la *m-Health*, l'A.I. consente ai pazienti di tenere sotto controllo e analizzare i propri parametri (battito cardiaco, livello di glicemia, ecc.), di condividerli *real-time* con il medico curante, di effettuare televisite, di ottenere dagli algoritmi suggerimenti indi-

²² F. PESAPANE et al., *Artificial intelligence as a medical device in radiology: ethical and regulatory issues in Europe and the United States*, in *Insights into Imaging*, vol. 9, 2018, 745-753.

²³ Come vedremo più avanti questi algoritmi non si limitano a fornire mezzi per prendere decisioni ma producono decisioni (cfr. A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, Torino, 2023) che, almeno in linea teorica, dovrebbero comunque essere vagliate dal sanitario chiamato ad assolvere alla funzione dello "human-in-the-loop". Nella prassi, tuttavia, è difficile determinare se il clinico sia in grado di operare un controllo effettivo e di discostarsi dalla decisione algoritmica a causa dei problemi legati all'opacità e alla persuasività di questo tipo di tecnologia. Sul tema si rimanda a C. CASONATO, S. PENASA, *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano-Udine, 2021, 553 ss.

²⁴ Oltre al noto ChatGPT (OpenAI), si stanno perfezionando dei LLM (Large Language Models) il cui training si basa specificamente su testi medico-scientifici. Tra essi spiccano Med-Palm 2 (Google), DxGPT (Foundation 29) e i modelli ChatDoctor e PMC-LLaMA, sviluppati a partire da LLaMA (Meta). Per approfondire si rimanda a Y. LI, Z. LI, K. ZHANG et al., *ChatDoctor: A Medical Chat Model Fine-Tuned on a Large Language Model Meta-AI (LLaMA) Using Medical Domain Knowledge*, in *Cureus*, vol. 15, n. 6, 2023; T. HAN, L.C. ADAMS et al., *MedAlpaca – An Open-Source Collection of Medical Conversational AI Models and Training Data*, in *arXiv* (preprint), 2023.

²⁵ A. RAO et al., *Assessing the Utility of ChatGPT Throughout the Entire Clinical Workflow: Development and Usability Study*, in *Journal of Medical Internet Research*, vol. 25, 2023; A.J. THIRUNAVUKARASU et al., *Large language models in medicine*, in *Nature Medicine*, 2023.

²⁶ Così secondo l'Istituto Sanitario (ISS): <https://www.epicentro.iss.it/croniche/>.

viduali per migliorare il proprio stile di vita e circa la terapia farmacologica da assumere. In questo modo si riducono gli accessi in struttura sanitaria ma anche l'impegno richiesto ai *care-givers*, dal momento che i pazienti possono fruire di un'assistenza efficiente, personalizzata, rapida e a domicilio.

Nei termini appena descritti, la *medical A.I.* appare quindi orientata a migliorare la salute individuale e collettiva, realizzando al tempo stesso una semplificazione dei processi decisionali e organizzativi.

A questi elementi di semplificazione, tuttavia, se ne aggiungono alcuni di complessità.

In primo luogo, diviene più complicato il modo in cui le macchine operano e pervengono a decisioni, tanto che questo processo risulta spesso opaco e dunque poco intelligibile per l'utilizzatore.

In secondo luogo, appare difficile valutare il grado di influenza che questi sistemi sono capaci di esercitare sugli esseri umani in virtù della loro illusoria parvenza di neutralità e infallibilità.

Black boxes e *bias* sono due caratteristiche dell'A.I. che rendono il suo utilizzo suscettibile di avere un impatto profondamente negativo sui diritti degli individui e, in generale, sulla società, soprattutto in un contesto già di per sé delicato quale quello sanitario.

Altro elemento di difficoltà diviene, allora, identificare questi rischi e provare ad arginarli, bilanciandoli correttamente con i benefici che questa tecnologia può apportare.

Da ultimo, va rilevato che l'utilizzo di una tecnologia così pervasiva è senz'altro suscettibile di scardinare i nostri paradigmi socioculturali, innescando quindi ulteriori transizioni su cui riflettere approfonditamente. Infatti,

ogni mutamento sociale che scaturisce dal manifestarsi di un nuovo apparato tecnologico reca con sé la necessità di porre in essere una costante ridefinizione dell'individuo e della sua rappresentazione della società, dei modelli e dei valori etici che la caratterizzano²⁷.

²⁷ E. GRASSI, *Intelligenza artificiale e riflessioni teoriche sul mutamento tecnologico*, in *Quaderni di Teoria Sociale*, vol. 1, 2022, 66.

3. Verso una transizione socioculturale

Come abbiamo appena ricordato, le transizioni non sono fenomeni isolati e circoscritti a un singolo ambito, ma interessano le società nella loro interezza, sconvolgendone i paradigmi essenziali.

Così, l'impiego in sanità delle tecnologie digitali e, in particolare, dell'intelligenza artificiale non risulta innovativo solamente da un punto di vista tecnologico. Ciò che sta mutando – o che è suscettibile di mutare –, infatti, non è semplicemente il modo di condurre la pratica clinica e la ricerca medica, ma qualcosa di più profondo come il modo di intendere il ruolo del medico, il suo rapporto con il paziente, nonché le stesse idee di medicina e salute²⁸.

Mettendo in crisi i paradigmi cardine della medicina moderna, la transizione digitale ha pertanto innescato una transizione socioculturale, i cui approdi futuri potranno essere diametralmente opposti. In questo paragrafo ne analizziamo alcuni.

3.1. Un nuovo rapporto medico-paziente

Già in passato il rapporto medico-paziente ha subito rilevanti trasformazioni.

Per secoli, infatti, il paradigma dominante è conciso con il paternalismo medico, in base al quale il professionista sanitario era l'unico che poteva individuare e mettere in atto ciò che era bene per il paziente. Quest'ultimo, pertanto, si trovava in una posizione passiva e non poteva fare altro che affidarsi alla professionalità del medico²⁹. Il dottore si

²⁸ B. MESKÓ et al., *Digital health is a cultural transformation of traditional healthcare*, in *mHealth*, vol. 3 n. 38, 2017. Cfr. A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, in *Responsabilità medica*, n. 3, 2022: «la carica innovativa della medicina digitale e dell'I.A. si ricollega all'emergere di una nuova epistemologia del sapere medico tramite l'elaborazione di nuovi paradigmi di cura».

²⁹ E.J. EMANUEL, L.L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-Patient Relationship*, in *JAMA*, vol. 267, n. 16, 1992, 2221-2226.

presentava invece come custode del paziente e ne promuoveva la salute secondo criteri oggettivi.

Tale modo di intendere la relazione medico-paziente entra tuttavia in crisi con la rivoluzione liberale, che attribuisce rilevanza centrale all'autodeterminazione delle persone³⁰. È così che inizia la transizione da un modello impositivo a uno partecipativo, ove anche le preferenze del paziente hanno valore³¹. In questo modo, si giunge a un paradigma basato sul consenso informato, per esprimere il quale risulta imprescindibile l'instaurazione della "relazione di cura e fiducia" tra medico e paziente³².

Tuttavia, con l'avvento dell'intelligenza artificiale, quello tra medico e paziente cessa di essere un rapporto a due. Il modo in cui gli algoritmi si insinuano in questa relazione è pertanto determinante anche per il costituirsi di nuovi modi di intendere la relazione di cura.

Assume qui rilevanza assoluta il tema delle *black boxes* cui abbiamo accennato nel paragrafo precedente. Infatti, l'opacità caratteristica di molti algoritmi rende spesso difficilmente ricostruibile il modo in cui gli output vengono elaborati. Questa assenza di *explainability* ha ricadute profonde sul rapporto medico-paziente, soprattutto nel caso in cui il medico scelga di attenersi acriticamente a quanto suggerito dall'A.I.

Tale ipotesi non pare peregrina, dal momento che l'A.I. si presenta come neutrale e accurata. La tendenza del medico potrebbe perciò esse-

³⁰ L. BUSATTA, E. FURLAN, *Consenso informato: nuovo paradigma normativo della medicina?*, in C. VIAFORA, E. FURLAN, S. TUSINO (a cura di), *Questioni di vita. Introduzione alla bioetica*, Milano, 2019.

³¹ I concetti di autonomia e di consenso informato meriterebbero di essere approfonditi in modi che non risultano possibili in questa sede. Si vuole però ricordare che, anche all'interno dei modelli basati sul consenso informato, è possibile effettuare distinzioni a seconda del ruolo che viene dato alle preferenze del paziente. Così Emanuel & Emanuel individuano il modello informativo (ove il medico si limita a dare le informazioni "tecniche" al paziente, lasciando quest'ultimo di decidere in toto), interpretativo (ove il medico aiuta il paziente a esternare i propri valori e ad agire secondo essi) e deliberativo (ove il medico partecipa alla discussione circa i valori relativi alla salute).

³² Questo modello è stato completamente recepito, in Italia, solamente nel 2017 con la l. n. 219 che ha introdotto "Norme in materia di consenso informato e disposizione anticipate di trattamento".

re quella di nutrire eccessiva fiducia nei confronti dei risultati della macchina e di limitarsi ad avallarli, anche per evitare di dover incorrere in oneri motivazionali gravosi qualora voglia discostarsene³³.

In questo modo, però, il medico non sarà in grado di garantire un'adeguata informazione al paziente, dal momento che è lui stesso, in primo luogo, a non aver compreso il modo in cui l'algoritmo è pervenuto alla decisione. Ciò compromette il diritto del paziente a esprimere il proprio consenso informato, visto che il dialogo con il medico serve anzitutto a colmare il suo *gap* informativo nell'ottica di effettuare una scelta. In questo modo il paziente rischia di trovarsi, come in passato, escluso dalle decisioni circa la propria salute. Si torna così a un modello impositivo, sebbene nella nuova veste del "paternalismo algoritmico".

Il fenomeno delle *black boxes* rende poi difficile individuare eventuali *bias* dei sistemi di A.I., favorendo la produzione di esiti alterati e, dunque, potenzialmente dannosi o discriminatori.

Tutti questi fattori fanno mettere a rischio un altro elemento essenziale nella relazione medico-paziente che – a dire il vero – caratterizzava, seppur con una declinazione differente, anche i modelli paternalistici: la fiducia³⁴.

Per evitare ciò, parte della letteratura suggerisce al medico di utilizzare l'A.I. semplicemente per completare la sua conoscenza, rimanendo il responsabile finale della decisione, lo *human-in-the-loop*³⁵.

All'atto pratico ciò non pare tuttavia di immediata realizzazione e solo in parte per i motivi già richiamati. Va infatti considerato lo scenario, reso sempre più verosimile dall'A.I. conversazionale, che per alcune decisioni sulla propria salute il paziente non si rivolga affatto al medico³⁶.

³³ L. SCAFFARDI, *La medicina alla prova dell'intelligenza artificiale*, in *DPCE online*, vol. I, 2021; C. CASONATO, S. PENASA, *op. cit.*

³⁴ H. VAN KOLFSCHOOTEN, *EU regulation of Artificial Intelligence: challenges for patients' rights*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, n. 1, 2022, 81-112.

³⁵ B. MITTELSTADT, *The impact of Artificial Intelligence on the doctor-patient relationship*, Council of Europe, 2021.

³⁶ Con questo non si vuole sostenere la visione di un futuro apocalittico in cui le macchine sostituiranno *in toto* i sanitari, ma semplicemente porre attenzione su un possibile esito della transizione digitale in medicina ove questa non venga accompagnata quanto meno da campagne di sensibilizzazione dei cittadini sul tema.

Ad ogni modo, parte della letteratura sostiene che l’A.I. possa incidere in modo positivo sulla relazione di cura, andando a renderla sempre più bilanciata e stretta. Così, per esempio, i LLM possono essere utilizzati dai medici per tarare il loro linguaggio alle esigenze del paziente al fine di ridurre le ipotesi di incomprensione o per rendere la loro comunicazione più empatica³⁷. Questi fattori sono inoltre suscettibili di aumentare il coinvolgimento e l’*empowerment* del paziente. Da ultimo, queste tecnologie possono consentire di dedicare più tempo agli aspetti maggiormente umani della relazione di cura, come vedremo a breve.

3.2. Una nuova idea di medicina

Gli esempi che abbiamo riportato nel secondo paragrafo fanno sperare in un futuro ove la medicina sarà più precisa, accessibile e inclusiva.

Infatti, abbiamo visto che, potendo usufruire di un’enorme mole di conoscenza medica nella forma di *big data*, i sistemi di A.I. stanno producendo performance accurate – a volte anche più di quelle dei professionisti sanitari – e in tempi rapidi. Ciò porta a evidenti benefici non solo per i pazienti e per le strutture sanitarie, ma anche per gli operatori della salute i quali, oltre a venire aiutati nel prendere decisioni, possono essere esonerati da alcune mansioni burocratiche o routinarie che causano loro noia e stress. In questo modo viene restituito loro il “regalo del tempo”³⁸, che possono dedicare ad altre attività, tra cui il dialogo con i pazienti. In questo modo, l’assistenza medica può diventare più umana ed empatica, attuando il principio secondo il quale «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»³⁹.

Tramite l’A.I. si vuole poi realizzare la “medicina delle 4P”, ossia una medicina che renda possibile individuare i fattori associati all’insorgenza di problematiche per la salute (predittiva) e anticiparle, anche

³⁷ Will ChatGPT transform healthcare?, in *Nature Medicine*, vol. 29, 2023, 505-506.

³⁸ E.J. TOPOL, *Deep Medicine Deep Medicine: How Artificial Intelligence Can Make Healthcare Human Again*, New York, 2019.

³⁹ Tale principio è espresso all’art. 1 comma 8 l. n. 219/2017.

migliorando lo stile di vita delle persone (preventiva). Una medicina che abbandoni l'approccio del *one-size-fits-all* e ritagli percorsi di cura sulle specificità del paziente (personalizzata) così anche da rendere quest'ultimo più consapevole e coinvolto nelle scelte relative alla propria salute (partecipata).

Se usata con queste finalità, l'A.I. potrebbe quindi contribuire in modo determinante alla transizione – già in atto da alcuni decenni – da un modello di medicina “patocentrico”, ossia incentrato sulla cura delle malattie a uno che sia invece “umanocentrico”. Tali modelli sottendono l'adesione a diverse idee di salute che coincidono, nel primo caso, con l'assenza di malattia, nel secondo con uno «stato di totale benessere fisico, mentale e sociale»⁴⁰ e con la qualità della vita.

È chiaro però che, al di là delle dichiarazioni di intenti, se nella prassi l'A.I. verrà usata con scopi diversi – come, per esempio, utilizzare il tempo riacquistato per visitare un maggior numero di pazienti senza però comunicarci, anche a causa dell'opacità – ciò su cui torna il focus è la malattia. Non solo: si passerà da una medicina “di qualità”, a una medicina della quantità, andando incontro a una progressiva deumanizzazione della pratica clinica.

Va poi aggiunto che l'A.I. rischia di aggiungere una quinta “P” alla medicina: quella di “privilegio”. Infatti, si teme che l'intelligenza artificiale vada a esacerbare discriminazioni che già esistono nel contesto della salute⁴¹; e ciò a causa di due principali ragioni.

La prima risiede nei *bias*, ossia gli errori e pregiudizi che possono inserirsi in vari momenti del processo algoritmico e distorcerlo con effetti nocivi per il singolo o per determinate categorie di individui⁴². Nel contesto sanitario questo fenomeno merita particolare considerazione,

⁴⁰ Questa la definizione dell'OMS.

⁴¹ D. SCHÖNBERGER, *Artificial Intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications*, in *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, 2019, 171-203.

⁴² R. XENIDIS, L. SENDEN, *EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination*, in U. BERNITZ et al. (a cura di), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn, 2020.

dal momento che può precludere a fasce della popolazione già di per sé considerate vulnerabili di godere dei benefici dell’A.I.⁴³.

In secondo luogo, il fenomeno del *digital divide* pone serie barriere d’accesso ai servizi digitali, soprattutto ai danni di anziani, persone con un reddito basso e coloro che vivono in luoghi più isolati. Per fare un esempio concreto, in Inghilterra è stato lanciato *Babylon GP at Hand*, un’applicazione che consente ai pazienti di accedere a servizi di televisita 24/7. Nonostante gli evidenti benefici in termini di flessibilità, gli utenti che fino ad ora ne hanno usufruito sono per la maggior parte giovani e benestanti⁴⁴.

Per far sì che la transizione della medicina la conduca verso una maggiore partecipazione, inclusività e umanità, bisogna quindi garantire che gli esseri umani rimangano costantemente al centro della riflessione.

4. Il ruolo del diritto durante la transizione: tenere l’umano al centro

Occorre a questo punto interrogarsi circa il ruolo del diritto durante una transizione.

Va premesso che, di fronte ai mutamenti tecnologici, il diritto si trova in una condizione di “fisiologico ritardo”⁴⁵. È infatti innegabile che,

⁴³ Ciò in parte è dovuto al fatto che alcune categorie di pazienti, essendo già sottorappresentate, possono essere discriminate dagli algoritmi quando questi siano stati addestrati con dataset che non abbiano sopperito a tale problema di rappresentazione. L’AI, infatti, ragiona in termini statistici a partire dal complesso di dati usati per il *training*. Tuttavia, sarebbe errato pensare che i *bias* siano dovuti solamente a lacune dei dataset, in quanto spesso si basano su stereotipi radicati negli stessi esseri umani. Sul tema si veda R. XENIDIS, L. SENDEN, *op. cit.*

⁴⁴ C. CASONATO, *Intelligenza Artificiale e Medicina: impatto sulla relazione di cura (cenni)*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart la persona e l’infosfera*, Pisa, 2022. L’autore fa anche notare come ciò possa portare a un *deskilling* del personale medico abituatosi a trattare solo una certa tipologia di pazienti.

⁴⁵ L’espressione viene originariamente utilizzata da Casonato in riferimento al diritto innanzi agli avanzamenti in ambito biomedico in *Introduzione al biodiritto* (Trento, 2006) per evidenziare il complesso rapporto tra scienza etica e diritto.

soprattutto nell'era dell'intelligenza artificiale, l'innovazione tecnologica proceda a una velocità di gran lunga superiore a quella della riflessione politica e democratica⁴⁶. Ciononostante, un'assenza totale di regole e principi rischia di cedere il passo a mutamenti potenzialmente dannosi, come si è visto anche nel paragrafo precedente con specifico riferimento al contesto medico.

Appare pertanto evidente che il diritto non può limitarsi a essere mero spettatore di una transizione dalla portata così dirompente, intervenendo solamente *ex post* per regolare il nuovo ordine costituitosi.

Quale dev'essere quindi il ruolo del diritto in questa fase? Si ritiene che esso sia chiamato ad assolvere una duplice funzione: protettiva e proattiva⁴⁷.

In primo luogo, infatti, serve a garantire che i diritti fondamentali dei cittadini vengano salvaguardati anche *in itinere*. Come abbiamo visto, infatti, la transizione corrisponde a un periodo in cui diversi valori entrano in conflitto e avvengono dei cambiamenti anche considerevoli. I fenomeni trasformativi non devono tuttavia mai travolgere i diritti delle persone. Per i giuristi è pertanto doveroso riflettere sul modo e gli strumenti per farli salvi anche durante questa fase "caotica" e di incertezza. Nello scenario fin qui analizzato, rappresenta una sfida importante tutelare i diritti dei pazienti quali il consenso informato, ma anche i più generali diritti dei cittadini di accedere all'assistenza sanitaria e di non subire discriminazioni.

In secondo luogo, è proprio mettendo al centro della discussione i diritti fondamentali delle persone che la transizione avviata dall'A.I. può essere indirizzata verso una loro migliore attuazione o ampliament-

⁴⁶ E. CHELI, *Verso la stazione del costituzionalismo digitale*, in A. SIMONCINI (a cura di), *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, Torino, 2023, 265 ss.

⁴⁷ Dello stesso segno, seppur con riferimento al diritto durante la transizione ecologica è B. BOSCHETTI che in *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, pubblicato su *DPCE online*, 2, 2022 sostiene che «il diritto di questo tempo ambivalente è, dunque, un diritto resiliente, a un tempo, preventivo/difensivo e proattivo/propulsivo, capace di re-agire in una dimensione spazio-temporale orizzontale e sincronica, ma, al tempo stesso, longitudinale e diacronica, perciò intergenerazionale».

to. Di conseguenza, il diritto deve parimenti assolvere una funzione proattiva, orientando la transizione verso un modello umano-centrico⁴⁸.

Per il giurista riflettere sui cambiamenti tecnologici e sociali diviene dunque essenziale per far sì che la crisi delle categorie attuali non divenga portatrice di effetti negativi, ma costituisca invece occasione di miglioramento.

5. Conclusioni

In conclusione, vogliamo ripercorrere brevemente le tappe essenziali di questa riflessione.

Per prima cosa, abbiamo sinteticamente definito la transizione come un fenomeno complesso caratterizzato da: (1) una rottura con il passato; (2) un'ideale tensione verso il benessere della collettività; ma (3) un'incertezza rispetto ai suoi approdi futuri, che potrebbero anche condurre a equilibri poco desiderabili.

Abbiamo poi notato che questi tre aspetti sono rilevanti anche quando si considera lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale. Infatti, questi sistemi intelligenti si presentano come estremamente promettenti e al tempo stesso più pervasivi rispetto alle altre tecnologie digitali.

Guardando allo specifico contesto sanitario, abbiamo descritto le grandi potenzialità che nascono dall'impiego degli algoritmi, evidenziando tuttavia come sorgano anche peculiari rischi.

Particolare attenzione è stata poi rivolta a considerare come l'A.I. abbia messo in discussione i paradigmi cardine della medicina moderna – rapporto medico paziente e la stessa idea di medicina – avviando una transizione socioculturale che potrà avere approdi radicalmente differenti, che ricomprendono scenari incredibilmente positivi e altri estremamente negativi.

⁴⁸ R. ROLLI, M. D'AMBROSIO, *La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0*, in *P.A. persona e amministrazione*, 1, 2021.

Più volte, nel corso della trattazione, è tornata l'idea che tale transizione sia idealmente rivolta a perseguire il benessere della collettività e che da ciò tragga una sorta di legittimazione.

È solo adottando una prospettiva umano-centrica che si può utilizzare l'A.I. per raggiungere tale obiettivo. Il compito di tenere l'umano al centro della discussione spetta anzitutto al diritto, chiamato sia a salvaguardare i diritti delle persone *in itinere*, sia a riflettere sui mutamenti in atto, sulle categorie che coinvolgono, sui principi che chiamano in gioco al fine di disegnare una nuova medicina più partecipata, inclusiva e umana.

LA DEEPPFAKE PORNOGRAPHY TRA CRIMINOLOGIA E DIRITTO

*Beatrice Rigon, Gabriele Baratto**

SOMMARIO: 1. *Introduzione: transizione digitale, intelligenza artificiale e criminalità.* 2. *Il deepfake e la deepfake pornography.* 2.1. *Il deepfake.* 2.2. *Transizione digitale e violenza di genere: la deepfake pornography.* 3. *Le risposte normative alla deepfake pornography.* 3.1. *L'esperienza italiana.* 3.2. *Il panorama giuridico sovranazionale e straniero.* 4. *Considerazioni e proposte di intervento.*

1. Introduzione: transizione digitale, intelligenza artificiale e criminalità

La transizione digitale ha fortemente plasmato ogni aspetto della società, tanto che dal punto di vista sociologico la diffusione di internet e delle nuove tecnologie può essere definita come «fatto umano totale»¹: queste, infatti, oggi toccano ogni aspetto dell'esistenza e si qualificano come fenomeni che permeano l'intera vita sociale (lavoro, relazioni, conoscenze, condivisioni, ecc.), trasformando profondamente il mondo in cui viviamo e il modo in cui lo viviamo. Questa «nuova» società digitale è sempre più pervasa dall'intelligenza artificiale (I.A. o, utilizzando la versione anglofona dell'acronimo, A.I.): le raccomandazioni per nuovi film o serie televisive, i suggerimenti sui prodotti da acquistare, gli assistenti virtuali, i sistemi di filtraggio delle mail spam o contenenti virus sono solo alcuni semplici esempi. Si tratta di una lunga serie

* Sebbene il contributo debba essere considerato frutto del lavoro condiviso e sinergico dei due autori, le sezioni possono essere così attribuite: Beatrice Rigon (Sezione 3 e Conclusioni), Gabriele Baratto (Introduzione e Sezione 2).

¹ A. DI NICOLA, *Criminalità e Criminologia nella Società Digitale*, Milano, 2021, 15-16; N. MARRES, *Digital Sociology. The reinvention of social research*, Cambridge, 2017, 13.

di utilizzi che, seppur esposti a possibili rischi e abusi (si pensi, per esempio, alle problematiche legate alla gestione dei dati personali da parte dei sistemi informativi, alle eventuali distorsioni di mercato o agli utilizzi speculativi) mantengono una natura benevola o quantomeno utile per la collettività.

Quando affermiamo che ogni aspetto della società ha attraversato e continua ad attraversare la transizione digitale, non possiamo tuttavia dimenticare che questo vale anche per una delle componenti ineludibili di ciascuna collettività, ovvero la devianza. Internet e le nuove tecnologie hanno generato profonde mutazioni nelle attività criminali (siano esse dipendenti, facilitate o abilitate dall'ICT), nelle caratteristiche degli attori coinvolti (autori, organizzazioni criminali, vittime) e nella reazione sociale (sia formale che informale). In questo contesto, la presenza permeante dell'I.A. nella vita quotidiana si riflette anche sui diversi ruoli che questa può svolgere nelle attività illecite², in un rapporto ormai consolidato e definito dai criminologi con il termine *A.I. Crime (AIC)*³. In generale, l'intelligenza artificiale può essere infatti strumento (*crimes with A.I.*), obiettivo (*crimes on A.I.*) o autore (*crimes by A.I.*) della condotta criminosa⁴. Tali modalità di impiego non sono necessariamente autoescludenti, anzi molto spesso si intersecano: è possibile, per esempio, che allo scopo di commettere un *crime on A.I.*, la stessa tecnologia debba essere utilizzata anche come vettore⁵.

Gli ambiti applicativi dell'intelligenza artificiale per scopi malevoli sono molteplici. Ne sono esempi alcune forme di criminalità economica, gli attacchi *phishing* «su misura» (c.d. *tailored phishing*), i ricatti informatici su larga scala, l'infezione e la distruzione di sistemi informativi, la creazione e la diffusione di *fake news* o l'*hackeraggio* dei

² M. BRUNDAGE et al., *The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention and Mitigation*, 2018; P. YEOH, *Artificial Intelligence: Accelerator or Panacea for Financial Crime?*, in *Journal of Financial Crime*, 26, 2, 2019, 634-646.

³ R. BROADHURST et al., *Artificial Intelligence and Crime*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019.

⁴ K.J. HAYWARD, M.M. MAAS, *Artificial Intelligence and Crime: A Primer for Criminologists*, in *Crime, Media, Culture*, 17, 2, 2021, 209-233.

⁵ *Ibidem*.

veicoli a guida autonoma per essere utilizzati come armi⁶. Più in generale, risulta di particolare interesse uno studio recentemente condotto dallo University College London⁷ nel quale è stato chiesto a un gruppo di esperti di esprimere il loro parere sulle principali minacce legate all'intelligenza artificiale che la società si troverà ad affrontare nei prossimi quindici anni. Agli esperti è stato chiesto di esprimere un giudizio riguardo una serie di utilizzi malevoli circa la capacità di saperli affrontare (prevenzione e contrasto) e i danni che questi possono generare. I risultati dello studio hanno chiaramente evidenziato come la minaccia ritenuta più preoccupante (perché molto difficile da sconfiggere e in grado di generare conseguenze molto significative) sia la c.d. *impersonificazione tramite audio e video*, categoria maggiormente conosciuta con il termine *deepfake*.

Le pagine che seguono si concentrano proprio su questa tecnica e, in particolare, sul suo principale utilizzo malevolo, ovvero la *deepfake (non-consensual) pornography*. Dopo averne delineato gli elementi fondamentali dal punto di vista fenomenologico e criminologico (Sezione 2) saranno passate in rassegna le attuali risposte normative (Sezione 3) anche al fine di analizzare le prospettive di intervento in chiave futura ed elaborare alcune proposte (Conclusioni).

2. Il deepfake e la deepfake pornography

2.1. Il deepfake

Il termine *deepfake* deriva dall'unione di due parole: *deep learning* (tecnica di apprendimento profondo appartenente al *machine learning*)⁸

⁶ P. YEOH, *op. cit.*; M. CALDWELL et al., *AI-Enabled Future Crime*, in *Crime Science*, 9, 14, 2020; T.C. KING et al., *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, 26, 1, 2020, 89-120.

⁷ M. CALDWELL et al., *op. cit.*

⁸ Per maggiori informazioni su cosa siano il *deep learning* e il *machine learning* si rimanda, tra gli altri, a D. JAKHAR, I. KAUR, *Artificial Intelligence, Machine Learning*

e *fake* (falso). Fa riferimento a quella categoria di contenuti multimediali (immagini, audio, video) contraddistinti dal fatto di avere un'origine interamente artificiale e viene descritto come l'insieme di file «iperrealistici manipolati digitalmente per raffigurare persone che dicono e fanno cose mai realmente verificatesi»⁹. Il Parlamento europeo usa il termine per indicare i

supporti audio o visivi manipolati o sintetici che sembrano autentici e che rappresentano una persona (o più persone) che sembra dire o fare qualcosa che non ha mai detto o fatto, prodotti utilizzando tecniche di intelligenza artificiale, tra cui *machine learning* e *deep learning*¹⁰.

In sintesi, con il termine *deepfake* ci si riferisce a un'immagine, un video o audio, creato da un algoritmo di intelligenza artificiale, in grado di rappresentare un evento o avvenimento mai concretamente realizzati, in modo talmente realistico da riuscire a ingannare l'occhio umano e, in alcune istanze, anche quello esperto dell'I.A.¹¹.

Le tecniche utilizzate sono riconducibili alla più ampia categoria della *AV manipulation*, che raggruppa tutti gli strumenti che rendono possibile l'alterazione di contenuti audio e video e il conseguente prodotto di queste attività. Accanto ai *deepfake*, si collocano in questo gruppo anche i c.d. *cheap fakes*, file ottenuti grazie all'utilizzo di software basici e facilmente reperibili. Rientrano in questa categoria particolari applicazioni mobili e per PC, il c.d. *photoshopping* o *face-swapping* (che permette, per esempio, di «incollare» il viso di una persona sul corpo di un'altra), il rallentamento o la velocizzazione di un video o tecniche che non prevedono l'utilizzo di tecnologie (come, per esempio, l'utilizzo di sosia). L'accessibilità e la facilità di utilizzo di

and Deep Learning: Definitions and Differences, in *Clinical and Experimental Dermatology*, 45, 1, 2020, 131-132.

⁹ M. WESTERLUND, *The Emergence of Deepfake Technology: A Review*, in *Technology Innovation Management Review*, 9, 11, 2019, 39-52.

¹⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Tackling Deepfakes in European Policy*, Lussemburgo, 2021.

¹¹ B. CHESNEY, D. CITRON, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy*, in *California Law Review*, 107, 6, 2019, 1753-1820.

questi strumenti porta però con sé uno svantaggio: la qualità del prodotto finale è solitamente scarsa, rendendone piuttosto semplice l'identificazione come falso¹².

Diversamente, la realizzazione di *deepfakes* prevede l'impiego di sofisticati algoritmi, programmati per analizzare, conoscere e classificare i dati in modo da riuscire a generare informazioni completamente nuove ma simili a quelle contenute nel dataset di partenza¹³. È dunque facile intuire come la realizzazione di un sistema generativo di *deepfake* richieda un elevato grado di competenze informatiche e di programmazione. Questa circostanza non deve tuttavia indurre nell'errore di ritenere che il medesimo grado di professionalità e conoscenza sia richiesta anche per generare i contenuti *deepfake*. A tale scopo sono infatti diffusi e disponibili per il grande pubblico software e applicazioni per PC e dispositivi mobili di facile utilizzo che permettono a chiunque di creare un *deepfake* in pochi minuti e, in alcuni casi, anche gratuitamente. Ciò non solo ha esteso la platea di utilizzatori della tecnologia, anche se privi di competenze in ambito informatico, ma ha anche permesso a programmatori ed esperti di sfruttare i software già disponibili come punto di partenza per lo sviluppo di sistemi ancora più sofisticati, complessi e accurati¹⁴.

Per poter funzionare, i sistemi generativi di *deepfake* devono basarsi su *dataset* contenenti video e foto autentici. In semplici parole, il sistema deve «studiare» un numero di video e foto di una determinata persona in modo da capirne le caratteristiche fondamentali (lineamenti del viso, postura, carnagione, movenze, ecc.) e, successivamente, generare

¹² B. PARIS, J. DONOVAN, *Deepfakes and Cheap Fakes – The Manipulation of Audio and Visual Evidence*.

¹³ Per maggiori informazioni, si rimanda a I.J. GOODFELLOW et al., *Generative Adversarial Networks*, reperibile all'indirizzo <https://arxiv.org/abs/1406.2661>, visitato in data 31.08.2023; R. SPIVAK, 'Deepfakes': *The Newest Way to Commit One of the Oldest Crimes*, in *Georgetown Law Technology Review*, 3, 2, 2019, 339-400.

¹⁴ R. WINTER, A. SALTER, *DeepFakes: Uncovering Hardcore Open Source on GitHub*, in *Porn Studies*, 7, 4, 2020, 382-397. Per esempio, il codice di programmazione elaborato da @deepfakes è stato pubblicato come fonte *open source* (disponibile gratuitamente a chiunque) su GitHub, piattaforma web per lo sviluppo di software in modalità condivisa.

contenuti multimediali nuovi (e finti) che ritraggono quella persona. Si tratta di un passaggio critico: se il sistema non acquisisce un sufficiente numero di informazioni non sarà in grado di produrre risultati soddisfacenti. Spivak osserva tuttavia come, ad oggi, il reperimento di questi dati sia a tutti gli effetti un «non-issue». Non si pone sicuramente alcun tipo di problema quando il *deepfake* sia finalizzato a rappresentare delle celebrità (siano queste della televisione, del cinema, della musica o della politica): in questi casi una semplice ricerca su Google è in grado di fornire una quantità di contenuti multimediali più che sufficienti alla creazione di un *deepfake* di qualità. La capillare diffusione dei social media e la tendenza delle persone a pubblicare video e fotografie che li ritraggono, unita alla maggior sofisticazione dei sistemi generativi, sta però riducendo il problema ai minimi termini anche per quanto riguarda le persone comuni, al punto da poter parlare anche in questo caso di «non-issue»¹⁵. Per usare le parole di Paris e Donovan, «anyone with a public social media profile is fair game to be faked»¹⁶.

Nonostante siano indubbiamente numerosi gli impieghi positivi dei *deepfakes* (basti su questo punto pensare al settore dell'intrattenimento), è innegabile come le applicazioni di questa tecnologia possano essere anche dannose e lesive. Per esempio, come si approfondirà meglio di seguito, è largamente utilizzata nella realizzazione e condivisione di filmati e immagini pornografiche non consensuali¹⁷. Un altro ambito di applicazione malevola è la realizzazione di frodi e truffe (anche molto complesse e sofisticate) che permettono ai criminali di assumere momentaneamente l'identità di altri¹⁸. Europol ha recentemente rilevato

¹⁵ R. SPIVAK, *op. cit.*

¹⁶ B. PARIS, J. DONOVAN, *op. cit.*; J. KIETZMANN et al., *Deepfakes: Trick or Treat?*, in *Business Horizons*, 63, 2, 2020, 135-146.

¹⁷ H. ADJER et al., *The State of Deepfakes: Landscape, Threats and Impacts*, 2019.

¹⁸ M. SOMERS, *Deepfakes, Explained*, in *MIT Sloan*, 21.07.2020, reperibile all'indirizzo <https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/deepfakes-explained>, visitato in data 31.08.2023. L'Aurice riporta l'esempio del CEO di un'azienda britannica che, ingannato da un audio *deepfake* di quello che appariva essere il suo capo, aveva provveduto su sua richiesta al trasferimento di una consistente somma di denaro in un conto straniero. Nel settore imprenditoriale, questa tecnica potrebbe favorire anche il c.d. *spionaggio industriale*.

come uno dei settori maggiormente «infiltrati» dall'utilizzo dei *deepfakes* sia proprio quello delle frodi documentali, che prevedono l'utilizzo della tecnologia per elaborare una fotografia nuova da apporre su un documento falso, partendo da una presente su un passaporto già legalmente emesso: queste foto riescono a rappresentare il titolare (ovvero il criminale) ma rimangono al contempo abbastanza simili a quella originale da riuscire a ingannare i controlli di sicurezza, trovando una corrispondenza (anche se a tutti gli effetti inesistente) nei *databases* delle forze dell'ordine che procedono alle verifiche¹⁹. Un altro rischio è quello collegato alla creazione di contenuti finalizzati a creare danni reputazionali alle vittime; la loro diffusione può comportare la perdita di un'opportunità o del posto di lavoro, di amicizie o il danneggiamento di rapporti interpersonali²⁰. Le possibili conseguenze negative dei *deepfakes* non si limitano a colpire un singolo o un gruppo di individui. A essere lesa o messa in pericolo può essere altresì la società complessivamente intesa; si parla in questo caso di *societal harms* o di *harms to society*. A questo proposito, la letteratura si concentra specialmente sui rischi che l'impiego di questa tecnologia comporta nell'ambito dell'informazione (o meglio, della disinformazione) e, conseguentemente, della politica. I *deepfakes* sono stati individuati come idonei a costituire una minaccia grave per la democrazia, la sicurezza nazionale e quella pubblica, l'informazione e la fiducia nelle istituzioni²¹.

¹⁹ EUROPOL, *Facing Reality? Law Enforcement and the Challenge of Deepfakes. An Observatory Report from the Europol Innovation Lab*, Lussemburgo, 2022; INTERPOL, UNICRI, *Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement*, 2019.

²⁰ B. CHESNEY, D. CITRON, *op. cit.*; K.R. HARRIS, *Video on Demand: What Deepfakes Do and How They Harm*, in *Synthese*, 199, 5-6, 2021, 13373-13391.

²¹ B. CHESNEY, D. CITRON, *op. cit.*; J. ICE, *Defamatory Political Deepfakes and the First Amendment*, in *Case Western Reserve Law Review*, 70, 2, 2019, 417-456; N.I. BROWN, *Deepfakes and the Weaponization of Disinformation*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 23, 1, 2020, 1-59; C. VACCARI, A. CHADWICK, *Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News*, in *Social Media + Society*, 6, 1, 2020.

2.2. *Transizione digitale e violenza di genere: la deepfake pornography*

Come già anticipato, la prevalente applicazione del *deepfake* a scopi malevoli è collegata alla c.d. *deepfake pornography*, ovvero alla realizzazione di video e immagini a contenuto pornografico in grado di ritrarre qualsiasi persona (o meglio, un suo sosia virtuale)²² della quale si abbiano a disposizione immagini in formato digitale²³. In altre parole, la pratica (alla quale ci si riferisce anche con il termine, più corretto e preciso, di *deepfake non-consensual pornography*) sottende la creazione di «immagini o video sessualmente espliciti che utilizzano l'intelligenza artificiale per scambiare il volto di una vittima su contenuti pornografici esistenti senza il suo consenso»²⁴.

Nonostante l'importanza e la centralità del problema così come delineato, ad oggi la letteratura criminologica che se ne occupa rimane estremamente scarsa. La difficoltà di reperimento di dati e informazioni affidabili, unita a una generale poca attenzione dei ricercatori su questi argomenti ha comportato un numero abbastanza esiguo di studi, prevalentemente di carattere qualitativo. Inoltre, solo raramente le analisi hanno ad oggetto in modo specifico la *deepfake pornography* e quasi sempre si concentrano su categorie di illeciti più generali che compren-

²² D. CITRON, *Sexual Privacy*, in *Yale Law Journal*, 128, 7, 2019, 1870-1960.

²³ A.P. GIESECKE, *The New Weapon of Choice: Law's Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography*, in *Vanderbilt Law Review*, 73, 5, 2020, 1479-1516. Rientra in tale insieme, seppure con alcune peculiarità, anche il c.d. *sexualised photoshopping*, tecnica che permette, attraverso applicazioni per smartphone o computer, di «spogliare» un'immagine caricata dall'utente (anche in questo caso, solitamente senza il consenso della persona ritratta), attingendo da un *database* composto da centinaia di fotografie reperibili sul web, appositamente selezionate per costruire il corpo che meglio si adatti al caso concreto. Sul punto si veda C. MCGLYNN, E. RACKLEY, R. HOUGHTON, *Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse*, in *Feminist Legal Studies*, 25, 1, 2017, 25-46.

²⁴ K. KOBRIGER et al., *Out of Our Depth with Deep Fakes: How The Law Fails Victims of Deep Fake Nonconsensual Pornography*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 28, 2, 2022, 204-253.

dono anche tale fattispecie, quali la *image-based sexual abuse (IBSA)*²⁵, la *non-consensual (private) sexual image (NCSI)*²⁶ o la *technology facilitated gender-based violence (TFGBV)*²⁷.

Nonostante le limitazioni che contraddistinguono l'attuale stato dell'arte, grazie alla letteratura criminologica esistente e ad alcuni casi studio evidenziati dai media è possibile delineare alcuni aspetti fondamentali del fenomeno. Innanzi tutto, la quasi totalità delle persone vittimizzate da questa forma di abuso e violenza è di sesso femminile²⁸. Questo fatto, confermato unanimemente dalla letteratura, è dimostrato (e allo stesso tempo anche causato) dal fatto che la quasi totalità dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per la creazione dei *deepfake* pornografici sono stati progettati e allenati per creare corpi femminili e non sono attualmente in grado di riprodurre quelli maschili con risultati soddisfacenti²⁹. Come anticipato, i bersagli di questa forma di violenza digitale sono state inizialmente le celebrità, specialmente a causa della necessità di avere a disposizione un numero considerevole di immagini digitali della vittima per poter allenare i sistemi di I.A. I dati più recenti dimostrano tuttavia che esiste un trend crescente di vittimizzazione di perso-

²⁵ C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 3, 2017, 534-561.

²⁶ C.A. HARPER, D. FIDO, D. PETRONZI, *Delineating Non-Consensual Sexual Image Offending: Towards an Empirical Approach*, in *Aggression and Violent Behavior*, 58, 2021.

²⁷ S. DUNN, *Technology-Facilitated Gender-Based Violence: An Overview*, Centre for International Governance Innovation. Supporting a Safer Internet Paper No. 1, 2020.

²⁸ H. ADJER et al., *op. cit.*; H. ADJER et al., *Automating Image Abuse – Deepfake Bots on Telegram*, 2020; B. CHESNEY, D. CITRON, *op. cit.*; B. PARIS, J. DONOVAN, *op. cit.*; M.A. FRANKS, A.E. WALDMAN, *Sex, Lies and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Solutions*, in *Maryland Law Review*, 78, 4, 892-898; A. FLYNN et al., *Deepfakes and Digitally Altered Imagery Abuse: A Cross-Country Exploration of an Emerging Form of Image-Based Sexual Abuse*, in *The British Journal of Criminology*, 20, 20, 2021, 1-18.

²⁹ J. COOK, *A Powerful New Deepfake Tool Has Digitally Undressed Thousands of Women*, in *HuffPost*, 10.08.2021, reperibile all'indirizzo https://www.huffpost.com/entry/deepfake-tool-nudify-women_n_6112d765e4b005ed49053822, visitato in data 31.08.2023.

ne comuni³⁰: questo è oggi reso possibile grazie all'evoluzione dei sistemi generativi di *deepfake* che consentono di raggiungere risultati soddisfacenti (se non ottimali) anche con limitati dati di addestramento³¹. Lo studio condotto da Flynn e colleghi ha dimostrato inoltre come esistano consistenti trend di multivittimizzazione³².

I danni che si verificano a seguito di un episodio di *deepfake pornography* sono molto gravi, di diversa natura e destinati a ripercuotersi per molto tempo. Innanzi tutto, la violazione della c.d. *sexual privacy* comporta significative sofferenze fisiche e psicologiche³³. Per esempio, una vittima ha definito il fatto come «un enorme incubo. [...] Una profonda violazione. [...] Ti colpisce emotivamente, fisiologicamente, professionalmente, negli appuntamenti e nelle relazioni, in ogni singolo fattore della tua vita»³⁴. Un'ulteriore conseguenza di questi attacchi è la possibile perdita di prospettive lavorative, il danneggiamento della reputazione della persona ritratta nel contenuto³⁵ e il c.d. *silencing ef-*

³⁰ H. ADJER, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats and Impacts*, cit. Dai risultati è emerso che il 70% degli intervistati è interessato ad avere accesso a immagini di soggetti privati (dove per privati si intende soggetti che non siano personaggi pubblici come modelle, influencers, attrici o cantanti), con un'allarmante maggioranza (63%) di individui orientati all'ottenimento dell'accesso a immagini rappresentanti «familiar girls, whom I know in real life». J. COOK, *op. cit.*, riporta le parole di Henry Adjer, esperto di *deepfakes*: «the vast majority of people using these tools want to target people they know»; D. FIDO, J. RAO, C.A. HARPER, *Celebrity Status, Sex, and Variation in Psychopathy Predicts Judgements of and Proclivity to Generate and Distribute Deepfake Pornography*, in *Computers in Human Behavior*, 129, 2022.

³¹ D. CITRON, *op. cit.*

³² A. FLYNN, *op. cit.*; J.D. FORD, *Polyvictimization*, in *Oxford Bibliographies*, 27.06.2017, reperibile all'indirizzo <https://oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396607/obo-9780195396607-0223.xml>, visitato in data 31.08.2023; D. FINKELHOR, R.K.K. ORMROD, H.A. TURNER, *Polyvictimization: A Neglected Component in Child Victimization*, in *Child Abuse & Neglect*, 31, 1, 2007, 7-26.

³³ D. CITRON, *op. cit.*

³⁴ A. FLYNN, *op. cit.*

³⁵ J. SHERMAN, *'Completely Horrifying, Dehumanizing, Degrading': One Woman's Fight Against Deepfake Porn*, in *CBS News*, 14.10.2021, reperibile all'indirizzo <https://www.cbsnews.com/news/deepfake-porn-woman-fights-online-abuse-cbsn-originals>, visitato in data 17.08.2023.

*fect*³⁶: con questo ultimo termine si intende l'atteggiamento delle vittime a limitare dopo l'episodio la propria presenza nei social e negli ambienti virtuali a causa del timore legato all'utilizzo degli strumenti digitali. Ultimo ma non ultimo, la creazione dei contenuti *deepfake* comporta anche lo sfruttamento non consensuale del lavoro delle attrici che vengono mostrate nei video poi manipolati³⁷.

Se per quanto riguarda le vittime è quindi possibile tracciare, seppur con diversi limiti, un profilo abbastanza chiaro, molte meno informazioni sono disponibili per quanto riguarda gli autori³⁸. I risultati della ricerca riportano che la maggior parte dei perpetratori è di sesso maschile, principalmente giovani (con un'età compresa tra i 16 e i 40 anni)³⁹.

Prima di procedere oltre, è però necessario chiarire cosa si intenda con il termine «autori». Il fenomeno della *deepfake pornography* comprende infatti, escludendo la fase di sviluppo dei software o sistemi attraverso i quali vengono generati i contenuti, almeno tre diverse condotte: la creazione dei file (*creation*), la minaccia di condivisione (*threat to distribute*) e la condivisione (*distribution*) degli stessi. La prima, quella della realizzazione del contenuto multimediale, è ovviamente sempre necessaria; le altre due sono invece solo eventuali. È possibile che una persona crei un *deepfake* pornografico a fini esclusivamente personali, senza inoltrare successivamente il materiale a terzi.

³⁶ R. AYYUB, *I Was The Victim of a Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me*, in *HuffPost*, 21.11.2018, reperibile all'indirizzo https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/deepfake-porn_uk_5bf2c126e4b0f32bd58ba316, visitato in data 14.08.2023.

³⁷ K. HARRISON, A. LEOPOLD, *The State of Deepfake Porn*; L. ALPTRAUM, *Deepfake Porn Harms Adult Performers, Too*, 25.01.2020, reperibile all'indirizzo <https://www.wired.com/story/deepfake-porn-harms-adult-performers-too/>, visitato in data 17.08.2023; M. BUXTON, *How The Spread of Deepfakes Affects Women*, in *Refinery29*, 07.02.2018, disponibile all'indirizzo <https://www.refinery29.com/en-us/2018/02/190051/deepfakes-ai-assisted-fake-porn>, visitato in data 31.08.2023.

³⁸ N. HENRY, A. FLYNN, *Image-Based Sexual Abuse: A Feminist Criminological Approach*, in T.J. HOLT, A.M. BOSSLER (a cura di), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, 2020, 1109-1130.

³⁹ A. POWELL et al., *Image-Based Sexual Abuse: An International Study of Victims and Perpetrators*, 2020; A.A. EATON, H. JACOBS, Y. RUVALCABA, *2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration*, 2017.

È altrettanto verosimile che il contenuto venga condiviso senza mai intimidire la persona ritratta. Ancora, il creatore del contenuto potrebbe minacciare la vittima della condivisione qualora non asseconi le sue richieste (per esempio il pagamento di una somma di denaro), senza che poi il contenuto venga realmente inviato ad altri. Gli autori delle diverse condotte possono inoltre non essere sempre gli stessi.

Le loro motivazioni variano caso per caso, tra tutte⁴⁰: la semplice curiosità, la ricerca del piacere sessuale, la volontà di esercitare potere e controllo sulle proprie vittime, l'ottenimento di somme di denaro attraverso la pratica della c.d. *sextortion*, la rivendita dei contenuti a terzi, la rabbia e il desiderio di vendetta nei confronti della vittima (e quindi la voglia di umiliarla o di affliggerle un danno reputazionale). In quest'ultimo caso spesso le vittime sono conosciute e legate alla sfera parentale o amicale dell'autore⁴¹; il *deepfake porn* consente di porre in essere condotte di c.d. *revenge porn* anche senza avere a propria disposizione materiale sessualmente esplicito reale⁴².

La comparazione tra il sesso prevalente nelle vittime e negli autori nonché l'analisi delle motivazioni che soggiacciono alla commissione di tali abusi fanno emergere come questo comportamento possa essere concepito come una nuova forma di violenza di genere nata dalla transizione digitale, tanto che Harper e colleghi hanno sostenuto che la *NCSI* (categoria nella quale rientra anche il *deep porn*) sia «a patriarchal striving to maintain power and control over women and girls, a male sense of entitlement, a socialised rape culture, a male privilege»⁴³.

⁴⁰ *Ibidem*; C.A. HARPER, D. FIDO, D. PETRONZI, *op. cit.*; N. HENRY, A. FLYNN, *op. cit.*

⁴¹ K.T. LUCAS, *Deepfakes and Domestic Violence: Perpetrating Intimate Partner Abuse Using Video Technology*, in *Victims & Offenders*, 17, 5, 2022, 647-659. Sul punto si veda anche A. DODGE, E. JOHNSTONE, *Using Fake Video Technology To Perpetuate Intimate Partner Abuse*, in *Domestic Violence Advisory*.

⁴² M.A. FRANKS, A.E. WALDMAN, *op. cit.*; J. COOK, *op. cit.*; K. MELVILLE, *The insidious rise of deepfake porn videos – and one woman who won't be silenced*, in *ABC Radio National*, 29.08.2019, reperibile all'indirizzo <https://www.abc.net.au/news/2019-08-30/deepfake-revenge-porn-noelle-martin-story-of-image-based-abuse/11437774>, visitato in data 15.06.2022.

⁴³ C.A. HARPER, D. FIDO, D. PETRONZI, *op. cit.*

Per questi motivi Henry e Flynn hanno proposto di superare i tradizionali approcci teorici privilegiando quello criminologico femminista. Secondo le autrici, infatti, lo studio degli abusi sessuali basati sulle immagini potrebbe trarre vantaggio da una simile lente, valorizzando la componente di genere che contraddistingue questi tipi di violenza⁴⁴. In quest'ottica risulterebbe particolarmente interessante la *Male Peer Support Theory (MPST)* elaborata da DeKeseredy e Schwartz. Questa teoria parte dal presupposto che l'appartenenza di un uomo a un determinato gruppo di individui, che condivida una «patriarchal rape-supportive culture» favorisca la creazione di legami anche profondi con altri uomini con le stesse idee e visioni, in modo da «feel normal and justified when committing violence against current and former intimate partners»⁴⁵. La teoria, originariamente elaborata per analizzare genericamente l'abuso e la violenza di genere, apparirebbe ancora più promettente nella comprensione delle manifestazioni digitali di tali fenomeni. In questo modo, sarebbe possibile indagare le motivazioni di questi comportamenti tenendo in considerazione anche elementi di carattere sociale e ambientale. Questa teoria, in relazione e collegamento con la *feminist criminological theory*, permette di analizzare «the individual and structural causes of gendered violence»⁴⁶.

Appare infine interessante osservare i risultati di una recente ricerca condotta da Fido e colleghi nella quale sono state effettuate delle interviste che indagano i giudizi delle persone circa le diverse potenziali modalità di utilizzo dei contenuti *deepfake*. I risultati sembrano potenzialmente porsi in contrasto con l'affermazione di un ideale patriarcale di superiorità maschile come prevalente ragione e fondamento dell'*image based sexual abuse* (specialmente della *deepfake pornography*). Gli uomini eterosessuali (e le donne omosessuali) sono risultati infatti essere molto critici nel valutare la condotta di condivisione dei contenuti manipolati. Gli autori hanno quindi ritenuto di poter trarre conferma del

⁴⁴ N. HENRY, A. FLYNN, *op. cit.*

⁴⁵ W.S. DEKESEREDY, M.D. SCHWARTZ, *Thinking Sociologically About Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory*, in *Sexualization, Media, & Society*, 2, 4, 2016.

⁴⁶ N. HENRY, A. FLYNN, *op. cit.*

fatto che in casi non isolati il motivo che spinge alla realizzazione di *deepfake pornography* non sia la volontà, il desiderio o la necessità da parte degli uomini di affermare il proprio potere o autorità sulle donne, quanto piuttosto un più primordiale desiderio di «personal sexual gratification»⁴⁷. La creazione di materiale *fake* pornografico non consensuale per usi privati è sicuramente meno (o addirittura per niente) lesivo per le vittime rispetto alla condivisione o alla minaccia di condivisione dello stesso: di converso, rappresenta comunque una manifestazione digitale di abuso, sintomo di quel substrato culturale su cui poggia ogni tipologia di oggettivazione sessuale dell'altro.

3. *Le risposte normative alla deepfake pornography*

La risposta legislativa al fenomeno appare piuttosto disomogenea. In alcuni casi, si è preferita l'introduzione di una disciplina *ad hoc* dei *deepfakes*, sia a livello generale che con specifico riferimento a quelli politici o pornografici, mentre in altri la normativa è completamente assente. Questa mancanza rende faticosa per l'interprete la qualificazione giuridica della condotta, rendendo necessaria in alcuni casi l'individuazione, tra quelle esistenti, di una norma generale e astratta alla quale ricondurre il fatto concreto. Nel caso della *deepfake pornography*, l'assenza di una specifica disciplina e la contestuale necessità di riconoscere una tutela efficace alle vittime ha portato la dottrina all'elaborazione di innovative soluzioni interpretative⁴⁸.

In questa sezione si analizzeranno le prospettive di intervento e disciplina del legislatore italiano ed europeo e, successivamente, di alcune esperienze giuridiche di *common law*.

⁴⁷ D. FIDO, J. RAO, C.A. HARPER, *op. cit.*

⁴⁸ D. HARRIS, *Deepfakes: False Pornography is Here and the Law Cannot Protect You*, in *Duke Law and Technology Review*, 17, 2018, 99-128.

3.1. L'esperienza italiana

Nell'ordinamento italiano manca ad oggi una previsione rivolta alla disciplina e al contrasto della *deepfake pornography* o, più in generale, dei *deepfakes*. Nell'estate del 2019 però, come noto, il Parlamento ha approvato un articolato progetto normativo orientato a garantire una maggiore, più rapida ed efficiente tutela per le vittime della violenza di genere e domestica, conosciuto come «Codice Rosso».

Il Codice Rosso ha introdotto anche l'articolo 612-ter c.p., che sanziona la «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti». In questo modo, il legislatore ha colmato un'importante lacuna che aveva reso il sistema giudiziario inidoneo ad affrontare il fenomeno e a fornire risposte certe e rimedi concreti alle vittime⁴⁹.

La nuova norma, che si compone di cinque commi, colpisce la distribuzione e la condivisione di «immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate» avendoli realizzati o sottratti (comma 1, c.d. *prima distribuzione*) ovvero ricevuti o comunque acquisiti (comma 2, c.d. *seconda distribuzione*). Nel primo caso, il creatore e il distributore del contenuto coincidono, mentre nel secondo la diffusione avviene ad opera di un soggetto terzo. In considerazione del diverso ruolo ricoperto dal secondo distributore, l'ipotesi di cui al comma 2 può configurarsi solo quando sussista la specifica intenzione di danneggiare la vittima⁵⁰. Al comma terzo è previsto poi un aumento di pena nel caso in cui il

⁴⁹ E. LO MONTE, *Il c.d. Revenge Porn nel Contesto Del 'Codice Rosso': I Limiti della Ricostruzione Come Subspecies della 'Violenza di Genere'*, in *Iura & Legal Systems*, 8, 1, 2021, 108-117.

⁵⁰ G.M. CALETTI, *Libertà e Riservatezza Sessuale All'epoca Di Internet. L'art. 612-Ter c.p. e l'Incriminatione Della Pornografia Non Consensuale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 62, 4, 2019, 2045-2090; N. AMORE, *La Tutela Penale Della Riservatezza Sessuale Nella Società Digitale. Contesto e Contenuto Del Nuovo Cybercrime Disciplinato Dall'art. 612-Ter c.p.*, in *La Legislazione Penale*, 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/01/N.-Amore-Approfondimenti-1.pdf>, visitato in data 31.08.2023. L'Autore segnala come la norma, seppur di ampia portata, non consideri diverse condotte, tra le quali l'estrazione di copia, giuridicamente differente dalla sottrazione.

fatto sia commesso «dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» ovvero attraverso l'impiego di strumenti informatici e telematici.

Affinché la condotta risulti penalmente rilevante e quindi sanzionabile devono realizzarsi due ulteriori requisiti. Deve mancare il consenso della persona ritratta alla condivisione, invio, cessione o diffusione dei contenuti⁵¹, che devono essere stati realizzati nell'ambito di una relazione sentimentale o intima, nella quale esiste un'aspettativa di riservatezza rispetto alle immagini⁵². La realizzazione di contenuti *deepfake*, normalmente orientata alla diffusione, appare dunque incompatibile con l'articolo 612-ter c.p.

La mancanza di un rimedio giuridico per le vittime di pornografia *fake* è anche dovuta al divieto di analogia ricavabile dal combinato disposto degli artt. 25 Cost., 14 preleggi e 1 c.p. Rimane da chiarire se l'estensione della portata della norma richieda un'interpretazione di tipo analogico ovvero possa rientrare nei limiti dell'interpretazione estensiva, ammessa anche per la legge penale.

Da ultimo, a luglio 2021 è stata depositata presso la Camera dei Deputati una proposta di legge per l'introduzione dell'articolo 612-*quater* c.p., volto a sanzionare l'invio, cessione, pubblicazione o diffusione di

immagini di persone reali, comunque identificabili, manipolate artificialmente mediante l'uso di strumenti tecnologici o sistemi di intelligenza artificiale allo scopo di ottenerne rappresentazioni nude idonee a trarre in inganno

che non ha però avuto seguito. Tuttavia, nel recente disegno di legge in materia di Intelligenza Artificiale, approvato dal Consiglio dei Ministri n. 78 del 23 aprile 2024, si propone l'introduzione dell'articolo 612-*quater* c.p., rubricato "Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente". La norma assume una formulazione molto più

⁵¹ G.M. CALETTI, *op. cit.*

⁵² G.M. CALETTI, *Can Affirmative Consent Save 'Revenge Porn' Laws? Lessons from the Italian Criminalization of Non-Consensual Pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 25, 3, 2021, 112-174.

ampia ed è volta a sanzionare la diffusione di immagini generate o manipolate mediante sistemi di intelligenza artificiale, ove ne seguiti un danno ingiusto in capo ad altri.

Anche in assenza di una normativa specifica, si rintracciano comunque nel nostro ordinamento delle previsioni idonee ad affrontare il fenomeno. Il Garante della Privacy ha definito i *deepfakes* come una «forma particolarmente grave di furto d'identità»⁵³. Nel nostro ordinamento, l'articolo 640-ter c.p. individua al comma 3 una circostanza aggravante, che si configura quando la frode informatica si realizzi con «furto o indebito utilizzo dell'identità digitale». Si potrebbe dunque ipotizzare di colmare la lacuna descritta estendendo la portata della norma. L'identità digitale, definita dal c.d. *Decreto SPID* come la «rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente e i suoi attributi identificativi», si riferisce alla dimensione virtuale dell'identità personale, diritto riconosciuto e tutelato dall'articolo 2 della Costituzione. Un utilizzo indebito o non consentito dell'immagine di un individuo, come accade nel caso dei *deepfakes*, potrebbe costituire una lesione dell'identità personale⁵⁴. Va però in ogni caso ricordato come il furto dell'identità digitale costituisca un'aggravante della frode informatica. Affinché la fattispecie di base possa configurarsi devono verificarsi due presupposti: l'alterazione di un sistema informatico o telematico e il conseguente ottenimento di un ingiusto profitto. Entrambi gli elementi appaiono difficilmente compatibili con la creazione e diffusione di *deepfakes* pornografici, precludendo pertanto l'applicazione dell'articolo 640-ter c.p.

In considerazione dei danni reputazionali anche gravi che la condisione dei contenuti può causare alle vittime è stato ipotizzato di estendere la portata dell'articolo 595 c.p. in tema di diffamazione per com-

⁵³ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Deepfake: Il Falso Che Ti "Ruba" La Faccia (e La Privacy)*, 12/2020, reperibile all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Deepfake+-+Vademecum.pdf/478612c7-475b-2719-417f-869e5e66604e?version=2.0>, visitato in data 31.08.2022.

⁵⁴ G. PINO, *Il Diritto all'Identità Personale Ieri e Oggi. Informazione, Mercato, Dati Personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera Circolazione e Protezione dei Dati Personali*, vol. 1, Milano, 2006, 257-321.

prendere questa condotta⁵⁵, strumento già impiegato da alcuni giudici prima del 2019 per sanzionare il c.d. *revenge porn*⁵⁶. La norma prevede che si realizzi un'offesa all'altrui reputazione, che può essere aggravata dall'utilizzo del mezzo della stampa o di altri mezzi di pubblicità. Anche in questo caso la compatibilità della fattispecie con l'ipotesi della pornografia *deepfake* è discussa. Lo strumento della diffamazione sarebbe infatti inidoneo a cogliere «l'elevato disvalore» che caratterizza la condotta, nella quale la lesione della reputazione è solo eventuale⁵⁷. Inoltre, il fatto che la condotta si svolga interamente online rende difficile l'identificazione del momento della consumazione del reato. Sarebbe infatti limitativo considerare come unico momento consumativo quello della condivisione dei contenuti in rete, in considerazione della loro prolungata permanenza online, una volta pubblicati⁵⁸.

Anche il GDPR (*General Data Protection Regulation*), la disciplina europea che si occupa della tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali, appare uno strumento valido e idoneo a contrastare il fenomeno dei *deepfakes*, colmando il vuoto normativo che riguarda la *deepfake pornography*⁵⁹. Secondo l'articolo 4, n. 1 GDPR, il dato personale è costituito da qualsiasi informazione che permette di individuare direttamente o indirettamente una persona, attraverso «un identificativo come il nome, [...] uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica [...]». La Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte EDU hanno ritenuto di poter ricomprendere entro la definizione di dato personale anche la rappresentazione video o fotografica del soggetto⁶⁰. Dello stesso parere anche la Corte di Cassazione, in considerazione del-

⁵⁵ N. ORDONSELLI, *Porno Deepfake: Profili Di Diritto Penale*, in *Cyberlaws*, 18.01.2021, reperibile all'indirizzo https://www.cyberlaws.it/2021/porno-deep-fake-pro-fili-penalistici-reato/#_ftn1, visitato in data 27.07.2022.

⁵⁶ G.M. CALETTI, *Revenge Porn e Tutela Penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2018, 63-100.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ B. PANATTONI, *I Riflessi Penali del Perdurare nel Tempo dei Contenuti Illeciti nel Cyberspace*, in *Sistema Penale*, 5, 2020, 303-324.

⁵⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *op. cit.*

⁶⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 dicembre 2014, C-212/13; CORTE EDU, *Case of Von Hannover v. Germany (No. 2)*, 7 febbraio 2012.

la possibilità di identificare immediatamente un individuo tramite la sua immagine⁶¹. Inoltre, il trattamento dei dati personali viene definito come l'insieme delle operazioni a essi applicate⁶², tra le quali rientra anche la modifica. Il GDPR assicura che questo avvenga in modo da garantire l'integrità, la riservatezza, «un'adeguata sicurezza [...], compresa la protezione, [...] da trattamenti non autorizzati o illeciti» dei dati⁶³. Alla luce di queste disposizioni, si può ipotizzare che la persona ritratta in modo riconoscibile in un *deepfake* possa cercare tutela invocando la violazione del GDPR, in considerazione del fatto che la realizzazione del contenuto prevede la manipolazione digitale di dati personali nella forma di immagini o video⁶⁴.

3.2. Il panorama giuridico sovranazionale e straniero

In questo ambito, emergono essenzialmente due filoni di intervento: l'elaborazione di norme *ad hoc* per fronteggiare la *deepfake pornography* si affiancano a interventi di più ampio respiro. Inoltre, si osserva contestualmente un crescente interesse nella disciplina del fenomeno dei *deepfakes* e dei sistemi di I.A.

Nonostante le lacune della normativa europea in tema di *deepfake pornography*⁶⁵, la recente approvazione dell'EU *Artificial Intelligence Act* (AIA) testimonia la consapevolezza delle istituzioni circa l'importanza di disciplinare l'uso dell'I.A. sul territorio dell'Unione. Il provvedimento si propone di uniformare la disciplina, garantendo la sicurezza e l'affidabilità dei sistemi⁶⁶. Questi vengono perciò suddivisi in diverse fasce di rischio: *unacceptable*, *high*, *limited* e *minimal*, alle quali corri-

⁶¹ Cass., sez. II, 02.09.2015, n. 17440; Cass., sez. II, 05.07.2016, n. 13663.

⁶² Articolo 4, n. 2 GDPR.

⁶³ Articolo 5, n. 1(f) GDPR.

⁶⁴ B. VAN DER SLOOT, Y. WAGENSVELD, *Deepfakes: Regulatory Challenges for the Synthetic Society*, in *Computer Law & Security Review*, 46, 2022.

⁶⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *op. cit.*

⁶⁶ M. KOP, *EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI*, in *Transatlantic Antitrust and IPR Developments*, 2, 2021.

spondono diversi obblighi e limitazioni⁶⁷. La realizzazione e condivisione dei *deepfakes* si colloca tra le attività a rischio *limited*: i realizzatori (c.d. *deployers*) dei sistemi che generano o manipolano immagini, audio o video hanno obblighi di *disclosure*, trasparenza e comunicazione⁶⁸. Questi non sono però chiaramente definiti dalla previsione, che non introduce alcuna sanzione in caso di violazione⁶⁹. Inoltre, è prevista una deroga quando l'uso dei sistemi sia autorizzato dalla legge per identificare, prevenire o perseguire reati⁷⁰. Da ultimo, la più recente versione del *Code of Practice on Disinformation*⁷¹ si propone collaborare con diversi *stakeholders* per realizzare un ambiente online più sicuro e contrastare «new manipulative behaviours», come la creazione di *deepfakes* per diffondere *fake news*⁷².

Con l'*Abusive Behaviour and Sexual Harm (Scotland) Act 2016* la Scozia ha introdotto, prima nel mondo, una legislazione specifica in tema di *deepfake pornography*. L'atto sanziona, tra le altre condotte, la distribuzione a terzi, o la sua minaccia, di un'immagine o video di carattere intimo «which shows, or appears to show, another person (“B”) in an intimate situation» con l'intento di arrecare «fear, alarm or distress». È irrilevante ai fini dell'applicabilità della norma l'alterazione artificiale dell'immagine, caratteristica dei *deepfakes*⁷³, che non riduce

⁶⁷ *Ibidem*. Il rischio *minimal* non è regolamentato dal nuovo *AI Act*.

⁶⁸ UNIONE EUROPEA, *Regulation of the European Parliament and of the Council 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)*, art. 50, para. 4.

⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *op. cit.*

⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *op. cit.*

⁷¹ COMMISSIONE EUROPEA, *The 2022 Code of Practice on Disinformation*, 04.07.2022, reperibile all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>, visitato in data 31.08.2023.

⁷² COMMISSIONE EUROPEA, *Questions and Answers: Strengthened Code of Practice on Disinformation*, 16.06.2022, reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commision/presscorner/detail/en/QANDA_22_3665, visitato in data 31.08.2023.

⁷³ *Abusive Behaviour and Sexual Harm (Scotland) Act 2016*, 1, ss. 2-3. Lo stesso atto altresì criminalizza la distribuzione di *nonconsensual pornography*.

o limita in alcun modo il danno causato dalla distribuzione⁷⁴. I dati su *convictions and charges* si riferiscono all'intero provvedimento e non, invece, alle singole previsioni⁷⁵; non sono pertanto reperibili informazioni circa l'efficacia della norma⁷⁶ e la sua idoneità a contrastare la diffusione dei *deepfakes* pornografici.

Prendendo spunto dall'esperienza scozzese, anche in Australia è stata introdotta una normativa *ad hoc*, a livello regionale e successivamente statale. Dopo mesi di discussione che hanno coinvolto esponenti della dottrina (specialmente quella di stampo femminista), giuristi e associazioni⁷⁷ è stato approvato dal Parlamento del New South Wales il *Crimes Amendment (Intimate Images) Bill 2017*⁷⁸, che introduce emendamenti a leggi già esistenti e in vigore nel territorio. Rileva ai fini della disciplina della *deepfake pornography* l'introduzione nella *Section 19* del *Crimes Act 1900 No 40*, dedicata alle definizioni, un'apposita sezione dedicata a «Recording and distributing intimate images». La nuova versione della voce 91N definisce l'immagine come una rappresentazione ferma o in movimento, «whether or not altered» e la «in-

⁷⁴ C. MCGLYNN, E. RACKLEY, *Abusive Behaviour and Sexual Harm (Scotland) Bill - Written Submission from Professor Clare McGlynn (Durham University) and Professor Erika Rackley (University of Birmingham)*, 2015, reperibile all'indirizzo https://archive2021.parliament.scot/S4_JusticeCommittee/Inquiries/ABSH3._McGlynn_and_Rackley.pdf, visitato in data 31.08.2023. In questo ambito, è stato proposto di abbandonare il termine *revenge porn(ography)* per favorire invece la locuzione *image-based sexual abuse*.

⁷⁵ M. LENNON, *Written Question Ref. S6W-00472*, 03.06.2021, reperibile all'indirizzo <https://www.parliament.scot/chamber-and-committees/written-questions-and-answers/question?ref=S6W-00472>, visitato in data 31.08.2023.

⁷⁶ S. STEVENSON-MCCABE, S. CHISALA-TEMPELHOFF, *Image-Based Sexual Abuse: A Comparative Analysis of Criminal Law Approaches in Scotland and Malawi*, in J. BAILEY, A. FLYNN, N. HENRY (eds.), *The Emerald International Handbook of Technology-Facilitated Violence and Abuse*, 2021, 513-532. Il contributo segnala inoltre le difficoltà che caratterizzano le attività di indagine e di identificazione del potenziale responsabile.

⁷⁷ K. MCLOUGHLIN, A. O'BRIEN, *Feminist Interventions in Law Reform: Criminalising Image-Based Sexual Abuse in New South Wales*, in *Laws*, 8, 4, 2019, 1-18.

⁷⁸ Il New South Wales è stata la prima giurisdizione australiana a introdurre una disciplina specifica sui *deepfakes* e sul c.d. *revenge porn*.

imate image» come «an image that has been altered to appear to show a person's private parts, or a person engaged in a private act, in circumstances in which a reasonable person would reasonably expect to be afforded privacy»⁷⁹.

Il riferimento all'alterazione permette di applicare la disposizione anche ai *deepfakes*⁸⁰. Il provvedimento del 2017 punisce altresì la registrazione e distribuzione senza consenso, o la sua minaccia, di immagini intime⁸¹. L'intervento, che comprende la totalità delle espressioni di *image-based sexual abuse*, è stato definito un «excellent model that can serve as an inspiration for other jurisdictions both in Australia and internationally»⁸². Negli anni successivi, altre giurisdizioni australiane si sono attivate criminalizzando la diffusione non consensuale di materiale pornografico, anche se realizzato usando la tecnologia *deepfake*⁸³. Da ultimo, con l'*Online Safety Act 2021* è stata introdotta a livello statale in Australia una normativa orientata anche al contrasto della *deepfake pornography*⁸⁴, qualificando come irrilevante ai fini della sanzione «whether the material has been altered»⁸⁵.

Oltreoceano, il quadro normativo in tema di *deepfakes* appare estremamente frammentato, in considerazione dell'organizzazione nei livelli federale e statale dell'ordinamento statunitense, che garantisce ampia libertà di scelta ai Governi statali nelle materie di competenza.

⁷⁹ *Crimes Act 1900 No 40*, division 15C, s.91N.

⁸⁰ SAFETY NET AUSTRALIA SERVICE, *Legal Guide to Image-Based Abuse Legislation in NSW*, reperibile all'indirizzo https://techsafety.org.au/blog/legal_articles/legal-guide-to-image-based-abuse-legislation-in-nsw/, visitato in data 31.08.2023.

⁸¹ *Crimes Act 1900 No 40*, division 15C, ss.91P, 91Q, 91R.

⁸² K. MCLOUGHLIN, A. O'BRIEN, *op. cit.*

⁸³ *Deepfakes Are Still the Scourge of Synthetic Media*, Gilbert+Tobin – Digital Hub Knowledge, 04.04.2023, reperibile all'indirizzo <https://www.gtlaw.com.au/knowledge/deepfakes-are-still-scourge-synthetic-media>, visitato in data 31.08.2023.

⁸⁴ *Online Safety Act 2021 No 76*, 1(3).

⁸⁵ *Online Safety Act 2021 No 76*, division 15, ss. 5-6.

Emblematiche sono le esperienze giuridiche di Virginia, California e Texas⁸⁶. In Virginia, il legislatore ha modificato la normativa in tema di distribuzione non consensuale di immagini a contenuto sessualmente esplicito, già operativa dal 2014⁸⁷. Estendendo il concetto di soggetto rappresentato⁸⁸, la disciplina trova applicazione anche nel contesto della *deepfake pornography*, tanto a soggetti privati quanto a personaggi pubblici⁸⁹. Diversamente, la normativa texana del 2019 è applicabile ai soli *deepfakes* politici⁹⁰. In entrambi gli Stati, le condotte sono sanzionate penalmente (c.d. *criminal liability*).

Il legislatore californiano ha scelto invece di riconoscere alle vittime di *deepfakes* politici e pornografici un *private right of action*⁹¹. L'*Assembly Bill (AB) No. 602* introduce la possibilità di agire in giudizio in sede civile contro chi realizza e volontariamente divulga materiale dal contenuto sessualmente esplicito sapendo (o dovendo ragionevolmente sapere) che la persona rappresentata non vi ha acconsentito⁹². L'azione è prerogativa del soggetto «who appears, as a result of digitization, to be giving a performance they did not actually perform or to be performing in an altered depiction»⁹³.

La portata della norma si limita ai *deepfakes* pornografici; pertanto, la *Election's Law* è stata modificata per colpire quelli di carattere poli-

⁸⁶ S.D. HODGE JR., *Don't Always Believe What You See: Shallowfake and Deepfake Media Has Altered the Perception of Reality*, in *Hofstra Law Review*, 50, 1, 2021, 51-80.

⁸⁷ A. O'HALLORAN, *The Technical, Legal, and Ethical Landscape of Deepfake Pornography*, 2021; BBC NEWS, *Virginia Bans 'Deepfakes' and 'Deepnudes' Pornography*, 02.07.2019, reperibile all'indirizzo <https://www.bbc.com/news/technology-48839758>, visitato in data 31.08.2023.

⁸⁸ *Code of Virginia, Title 18.2, Chapter 8, Article 5, § 18.2-386.2*.

⁸⁹ L. VAZQUEZ, *Recommendations for Regulation of Deepfakes in the U.S.: Deepfake Laws Should Protect Everyone Not Only Public Figures*, in *Reif Fellowship Essay Submission*, 2021. La precisazione permette di eliminare la disparità di trattamento resa possibile dalla *defamation claim*, che favorisce i personaggi pubblici.

⁹⁰ *Texas Election Code, Title 15, Chapter 255, sec. 255.004*.

⁹¹ E. KOCSIS, *Deepfakes, Shallowfakes, and the Need for a Private Right of Action*, in *Dickinson Law Review*, 126, 2, 2022, 621-650.

⁹² *Assembly Bill No. 602, (b)(1)(2)*.

⁹³ *Assembly Bill No. 602, (a)(2)*.

tico⁹⁴. È in costante crescita il numero di Stati che si stanno attivando per riconoscere alle vittime una tutela civile o penale in tema di *deepfakes* a contenuto sessualmente esplicito⁹⁵.

A livello federale, non è stato ancora approvato alcun intervento normativo volto a contrastare il fenomeno. Nonostante questo, si osserva una maggiore consapevolezza da parte del Congresso, al cui vaglio si trovano diversi atti in tema di disciplina dei *deepfakes*⁹⁶.

In Inghilterra, è stato di recente approvato un provvedimento volto a rendere più sicuro l'utilizzo di internet: l'*Online Safety Bill*. Di particolare interesse è il paragrafo 189 che propone emendare il *Sexual Offences Act 2003*, introducendo la criminalizzazione della condotta di «Sharing or threatening to share intimate photograph or film», che si configura quando «A intentionally shares a photograph or film which shows, or appears to show, another person (B) in an intimate state [...]»⁹⁷. Il paragrafo 190 prevede altresì l'abrogazione delle sezioni da 33 a 35 del *Criminal Justice and Courts Act 2015*, che sanzionano la condivisione di «sexual photographs and films with intent to cause distress» anche quando queste siano state «altered in any way». Tuttavia, non riconoscono come «private and sexual» i contenuti che sono stati manipolati, anche attraverso la combinazione di immagini o video tra di loro o con altro⁹⁸. La previsione, così formulata, sembrava infatti non essere applicabile ai *deepfakes*.

Nel luglio 2021, è stato proposto al Parlamento nordirlandese il *Justice (Sexual Offences and Trafficking Victims) Bill*, con oggetto diversi interventi normativi relativi a *sexual offences*. Allo scopo di tracciare un quadro di riferimento completo e dettagliato, il *NI Assembly*

⁹⁴ *Assembly Bill No. 730, s.4(e)*.

⁹⁵ R. KREPS, *I (Don't) Know It When I See It: The Dangers of Deepfakes*, in *Minnesota Law Review DeNovo Blog*, 05.04.2023, reperibile all'indirizzo https://minnesota.lawreview.org/2023/04/05/i-dont-know-it-when-i-see-it-the-dangers-of-deepfakes/#_edn1, visitato in data 31.08.2023.

⁹⁶ A titolo di esempio, si vedano: *Identifying Outputs of Generative Adversarial Networks ("IOGAN") Act*; *Deepfake Report Act 2019*; *H.R. 5586, DEEPFAKES Accountability Act*.

⁹⁷ *HL Bill 164 (as amended on Report)*, part. 10, § 189.

⁹⁸ *Criminal Justice Courts Act 2015*, ss.33, 34(5), 35(4)(5).

Research and Information Service è stato incaricato di redigere un *briefing paper* sulla normativa vigente in altre giurisdizioni in tema di *cyberflashing* e *deepfake pornography*⁹⁹. Nonostante il report evidenzi l'importanza di sanzionare entrambe le condotte al vaglio e come la disciplina in tema di *revenge pornography* (*Justice Act (Northern Ireland) 2016*) non si possa estendere alle immagini manipolate o alterate¹⁰⁰, la versione definitiva dell'atto sanziona il solo *cyberflashing*.

4. Considerazioni e proposte di intervento

Con questo contributo si è approfondito il fenomeno della pornografia *deepfake*, inquadrandolo dal punto di vista giuridico-criminologico come una delle nuove sfide poste dalla transizione digitale.

La panoramica ha permesso di evidenziare diverse problematiche: alla crescente accessibilità e diffusione dei sistemi generativi e dei loro prodotti si affianca una letteratura criminologica ancora piuttosto limitata. Inoltre, individuare gli autori e indagarne le motivazioni risulta oltremodo complesso. Anche dal punto di vista giuridico, il tentativo di alcuni Stati di colmare le lacune normative introducendo una disciplina *ad hoc* ovvero adattando rimedi preesistenti non è stato privo di ostacoli. Nessuna delle esperienze analizzate sembra avere definito chiaramente il fenomeno della *deepfake pornography*. Questa operazione, funzionale all'individuazione del bene giuridico da tutelare, ha però importanza centrale, soprattutto in un sistema come quello italiano. Non trascurabile è altresì il rischio di cristallizzazione della problematica nella norma, che potrebbe precluderne il rapido aggiornamento, indispensabile per rimanere al passo con le inevitabili evoluzioni della tecnologia. Da ultimo, i problemi nell'individuazione dell'autore impediscono l'attivazione di qualunque rimedio previsto.

A fronte delle difficoltà riscontrate, appare indispensabile l'elaborazione di proposte di intervento alternative. In primo luogo, la formula-

⁹⁹ NI *Research Information Service, Cyberflashing and Deepfake Pornography*, 2022.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

zione di una regolamentazione per quanto riguarda l'utilizzo e la diffusione dei sistemi di I.A., sullo stampo dell'EU AIA, permetterebbe di disciplinare e limitare l'accesso a e l'impiego di queste tecnologie. Secondariamente, in considerazione delle problematiche esposte e della gravità e irreparabilità dei danni che il fenomeno produce, appare auspicabile l'elaborazione di interventi preventivi, idonei a impedire che la condotta venga in essere. Soccorrono in questo caso le misure di prevenzione situazionale riferite al potenziale reo: la collaborazione con gli *stakeholders*, specialmente i social networks, permetterebbe di eliminare, o per lo meno ridurre la possibilità di operare online protetti dallo schermo dell'anonimato. Inoltre, l'educazione e la sensibilizzazione dell'intera cittadinanza circa l'esistenza, i possibili impieghi e i rischi di queste nuove tecnologie svolgono un ruolo essenziale. I programmi e i progetti dovrebbero essere rivolti non solo ai giovani, maggiori utilizzatori dei social e di internet e, proprio per questo, più consapevoli, ma anche e soprattutto agli adulti, che possono avere maggiori difficoltà a realizzare le implicazioni di un semplice *click*. Da ultimo sarebbe auspicabile che il legislatore, prima di intervenire, provvedesse a commissionare a università e istituti di ricerca, chiedendo anche la collaborazione delle istituzioni del controllo sociale formale, lo svolgimento di ricerche, studi, approfondimenti, indagini di vittimizzazione e di auto-denuncia, raccolte dati. Solo in questo modo è infatti possibile comprendere a fondo il fenomeno e, partendo da queste basi, elaborare una risposta normativa (non necessariamente penale) che sia effettivamente in grado di affrontare efficacemente il problema, prendendo concretamente in considerazione gli elementi che costituiscono e caratterizzano la *deepfake pornography*.

LA CITTÀ NELLA TRANSIZIONE DIGITALE.
A.I. LOCALISM PER UNA GOVERNANCE
DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE
A MISURA URBANA

Marianna Merler

SOMMARIO: 1. *La transizione digitale. La nuova «rivoluzione».* 2. *Le città: la vera spia del cambiamento.* 3. *L'intelligenza Artificiale entra nelle città.* 4. *L'approccio locale all'intelligenza Artificiale: il c.d. A.I. Localism.* 5. *Brevi riflessioni conclusive.*

1. La transizione digitale. La nuova «rivoluzione»

Da qualche anno a questa parte la società si trova a essere spettatrice di un'importante transizione, quella digitale, determinata dall'ingresso degli strumenti digitali nei processi organizzativi, gestionali e decisionali, tanto nel settore privato quanto nel settore pubblico. La diffusione delle tecnologie ha determinato importanti mutamenti, sociali, antropologici, giuridici, politici e culturali e ha portato all'affermarsi di un nuovo modo di pensare e di essere delle persone, delle imprese, delle Amministrazioni pubbliche e della società nel suo complesso¹.

Il processo di transizione cui oggi si assiste assume caratteri talmente estesi e profondi da potersi definire una «Quarta Rivoluzione»², una nuova era di transizione in cui il digitale da «mezzo» è diventato «eco-

¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Shaping Europe's Digital Future*, Luxembourg, febbraio 2020, 1. Nella Comunicazione si parla di una «transformation as fundamental as that caused by the industrial revolution».

² L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

sistema»³ e di cui l'intelligenza Artificiale, i *Big Data*, l'*Internet of Things* e le infrastrutture digitali sono i principali protagonisti. Come ogni rivoluzione, anche quella digitale porta con sé effetti positivi e negativi. Se è vero, infatti, che le tecnologie digitali presentano interessanti opportunità, è anche vero che «benefits arising from digital technologies do not come without risks and costs»⁴. Per sfruttarne appieno i vantaggi è quindi necessario che la transizione digitale sia orientata verso la creazione di uno spazio sicuro e inclusivo in cui i diritti fondamentali degli individui detengano sempre un posto centrale e prioritario⁵.

³ Il concetto di «ecosistema» è stato utilizzato da Pasquale Stanzone, Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, durante il Convegno *Valorizzazione, sicurezza dei dati e tutela della privacy negli ecosistemi digitali urbani* tenutosi a Milano il 17 febbraio 2023. Secondo Maria Zanichelli il concetto di «ecosistema», che attiene al mondo naturale e biologico, si addice perfettamente al mondo digitale. Esso indica «le interazioni, i flussi e l'equilibrio dinamico che si crea tra gli elementi costitutivi di un sistema digitale, la cui efficacia dipende appunto dall'interconnessione e dall'interoperabilità delle diverse componenti (risorse informatiche, dispositivi, servizi, dati, ma anche gli utenti stessi)». Così in M. ZANICHELLI, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza Artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 73.

⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Shaping Europe's Digital Future*, cit., 2.

⁵ In questa direzione si pone la Strategia digitale dell'Unione europea volta a favorire trasformazioni che rafforzino i valori europei nel tentativo di creare una società aperta, democratica e sostenibile. Un interessante contributo in merito è F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, 2022, 277-326. L'attenzione posta dalle Istituzioni europee alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea attraverso la *Strategia dell'UE per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali* ha ulteriormente irrobustito «il binomio tra il digitale e i valori dell'Unione». Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Strategy to strengthen the application of the Charter of Fundamental Rights in the EU*, Bruxelles, 2 dicembre 2020, COM(2020)711 final.

2. *Le città: la vera spia del cambiamento*

La transizione di cui la società è tanto spettatrice quanto protagonista non può che coinvolgere e travolgere i luoghi in cui le persone vivono, lavorano ed esplicano la propria personalità, sia nella loro dimensione individuale sia in quella collettiva: le città.

Enrico Carloni e Manuel Vaquero Piñeiro scrivono che «le città, a prescindere dalla loro forma, dimensione o cultura di riferimento sono una creazione materiale dell'uomo, un prodotto della storia»⁶, il risultato della trasformazione sociale, politica ed economica di una comunità. Se la società cambia, se cambiano le esigenze delle persone, anche la città inevitabilmente si trasforma. Da sempre, invero, un tratto che accomuna questi organismi sociali complessi è la loro capacità di evolvere, di trasformarsi gradualmente e continuamente e di diventare in ogni tempo il polo principale della crescita e dell'innovazione. La concentrazione nelle città di gran parte della popolazione mondiale e delle attività produttive e consumistiche è il fattore che incentiva lo scambio di idee e di risorse, nonché la creazione di reti sociali e professionali, essenziali per il progresso.

Le città rappresentano, perciò, il palcoscenico ideale per la manifestazione di tutte le potenzialità offerte dalla transizione digitale. Le tecnologie digitali, infatti, sono entrate capillarmente nei contesti urbani, ne hanno modellato l'ambiente e trasformato per sempre il modo di essere e di funzionare. Tuttavia, le città rappresentano non solo i luoghi ove l'innovazione ha potuto espandersi maggiormente, ma sono anche i veri e propri *drivers* dell'innovazione. Il World Cities Report 2022, presentato dallo UN-Habitat, riporta che «[c]ities are not mere bystanders in these technological transformations, but rather are both the setting for and protagonists in how these processes are played out»⁷. Infatti, l'incremento della popolazione urbana e il conseguente accrescersi dei problemi, come la gestione dei rifiuti, la gestione del traffico, l'uti-

⁶ E. CARLONI, M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4, 2015, 865.

⁷ UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME, *World Cities Report 2022. Envisaging the Future of Cities*, Nairobi, Kenya, 2022.

lizzo dell'energia, la prevenzione del crimine e la pianificazione ambientale, hanno richiesto alle città di assumere un atteggiamento propositivo e proattivo nel rispondere alle esigenze dei loro abitanti. Da subito, l'utilizzo delle tecnologie digitali ha dimostrato la propria utilità nell'affrontare efficacemente i richiamati problemi e, più in generale, tutte le esigenze connesse all'urbanizzazione⁸.

L'uso dell'ICT in ambito cittadino è stato generalmente associato al concetto di «città digitale» e, successivamente, a quello di «città intelligente»⁹. A partire dalla metà degli anni 2000, infatti, la *smart city* ha rappresentato un importante paradigma politico e un modello virtuoso per l'innovazione e lo sviluppo urbano guidati dalla tecnologia¹⁰. Numerose iniziative, tra loro anche molto diverse, sono state intraprese nei vari Paesi europei ed extra-europei, portando a una vera e propria transizione del modello di città, da «ordinario» a «intelligente»¹¹. Si è cer-

⁸ L'opportunità offerta dalle tecnologie digitali nel rispondere alle esigenze dell'urbanizzazione è riconosciuta in diversi contributi. Tra i molti, cfr. Z. ULLAH, F. AL-TURJIMAN, L. MOSTARDA, R. GAGLIARDI, *Applications of Artificial Intelligence and Machine learning in smart cities*, in *Computer Communications*, 154, 2020, 313; EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Digital technologies will deliver more efficient waste management in Europe*, 2021. Accessibile all'indirizzo <https://www.eea.europa.eu/themes/waste/waste-management/digital-technologies-will-deliver-more> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁹ J. MONTES, *A Historical View of Smart Cities: Definitions, Features and Tipping Points*, in *SSRN*, 1° giugno 2020. Accessibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3637617> [ultima consultazione: 29.08.2023].

¹⁰ Piani digitali per le città sono stati attuati fin dagli anni Novanta. È il caso della città di Amsterdam (*De Digital Stad*) nel 1994, ma il processo di digitalizzazione ha subito una forte accelerazione nel nuovo millennio quando IBM (*Smarter Planet*) e Cisco (*Smart and Connected Communities*) si sono uniti agli sforzi governativi per migliorare la qualità della vita nei centri urbani lanciando le loro iniziative. Successivamente, l'Unione europea ha intrapreso importanti passi in questa direzione, istituendo il Partenariato europeo per l'innovazione delle città e delle comunità intelligenti (EIP-SCC) e introducendo appositi strumenti di finanziamento.

¹¹ Solo per fare alcuni esempi, hanno implementato iniziative «smart» le città di Barcellona, Amsterdam, Copenaghen e Helsinki. Cfr. M. RYAN, A. GREGORY, *Ethics of Using Smart City AI and Big Data: The Case of Four Large European Cities*, in *The ORBIT Journal*, 2 (2), 2019, 1-36; T. BAKICI, E. ALMIRALL, J. WAREHAM, *A Smart City Initiative: the Case of Barcelona*, in *Journal of the Knowledge Economy*, 4, 2013, 135-

cato, in particolare, di costruire città dotate di piattaforme tecnologiche, di una rete Wi-fi efficiente e accessibile ovunque, di oggetti in grado di produrre e scambiare tra loro grandi quantità di dati e di informazioni, insomma città interconnesse e immerse in un flusso informativo costante.

Ciò che rende «intelligente» una città non è però solo il suo essere digitalizzata, che pur ne rappresenta una preconditione, ma è la sua capacità di sfruttare la grande mole di dati quotidianamente prodotta dalla vita cittadina per intercettare i bisogni dei residenti e rispondere a essi in maniera efficace ed efficiente, inclusiva e sostenibile¹². Nello specifico, le tecnologie digitali in una città *smart* consentono alle Amministrazioni locali di analizzare le necessità delle diverse zone urbane, individuare i rimedi appropriati e implementare soluzioni ottimali per migliorare la gestione amministrativa del territorio. È quindi l'utilizzo virtuoso delle tecnologie digitali negli ambienti urbani e diretto al miglioramento della qualità della vita di tutti i *city users* a favorire il pieno raggiungimento del «modello *smart city*».

Le Amministrazioni cittadine hanno via via rafforzato la loro consapevolezza circa il fondamentale ruolo da esse svolto nell'elaborazione

148. La letteratura sulle *smart cities* è particolarmente ampia, come dimostra il contributo di H. CHOURABI, T. NAM, S. WALKER, J.R. GIL-GARCIA, S. MELLOULI, K.T. A. PARDO, H.J. SCHOLL, *Understanding Smart Cities: An Integrative Framework*, 2012 45th Hawaii International Conference on System Sciences, in *IEEE*, 2012, 2289-2297; cfr. anche Z. ALLAM, P. NEWMAN, *Redefining the Smart City: Culture, Metabolism and Governance*, in *Smart Cities*, 1 (1), 2018, 4-25; S. PAONE, *Great Expectations: note critiche sulla smart city*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 4, 2020.

¹² La Commissione europea ha definito la *smart city* come «a place where traditional networks and services are made more efficient with the use of digital solutions for the benefit of its inhabitants and business. A smart city goes beyond the use of digital technologies for better resource use and less emissions. It means smarter urban transport networks, upgraded water supply and waste disposal facilities and more efficient ways to light and heat buildings. It also means a more interactive and responsive city administration, safer public spaces and meeting the needs of an ageing population». Accessibile all'indirizzo https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/city-initiatives/smart-cities_it [ultima consultazione: 29.08.2023].

di politiche pubbliche ispirate alla tutela dei diritti fondamentali, alla protezione dei dati e alla sicurezza dei sistemi digitali. Invero, mentre la «prima generazione» di *smart city* era guidata da un approccio prevalentemente tecnocratico, in cui erano le grandi aziende tecnologiche «a creare i problemi e individuarne le soluzioni»¹³, in seguito il punto di vista è mutato. Non solo i governatori locali hanno ripreso le redini nella designazione e nel perseguimento degli obiettivi della *smart city*, ma anche i cittadini hanno assunto un ruolo centrale nel manifestare le proprie esigenze e nel trovare soluzioni pratiche e affidabili per affrontare le sfide sociali, ambientali e di governo delle città¹⁴. L'importanza assunta dalla dimensione umana della città, che si è aggiunta alla sua dimensione urbanistico-territoriale, ha portato financo alla nascita di un nuovo concetto, quello di *human smart city*¹⁵, per indicare il passaggio verso «a more human and community-based notion of smart cities that ensure no one is left behind»¹⁶.

¹³ Sono diversi i contributi che sottolineano come l'approccio originariamente seguito nell'ambito delle *smart cities* fosse pressoché tecnocratico. Tra i molti, si veda H. JIANG, S. GEERTMAN, P. WITTE, *Smart urban governance: an alternative to technocratic "smartness"*, in *GeoJournal*, 87, 2022, 1639-1655.

¹⁴ Cfr. P. SINGH, F. LYNCH, M. HELFERT, *Role of Citizens in the Development of Smart Cities: Benefit of Citizen's Feedback for Improving Quality of Service*, in *Proceedings of the 10th International Conference on Smart Cities and Green ICT Systems (SMARTGREENS 2021)*, 35-44.

¹⁵ «The Human Smart City concept appears as an improvement of the Smart City evolving to value further the provision of a smart environment for smart living of people, with smart governance and economies, favoring innovation and the exploitation of all human capital available». Così in Á. OLIVEIRA, M. CAMPOLARGO, *From Smart Cities to Human Smart Cities. 2015 48th Hawaii International Conference on System Sciences in Kauai, HI, USA*, in *IEEE*, 2015, 2336-2344.

¹⁶ PANEL FOR THE FUTURE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (STOA), *Social approach to the transition to smart cities*, Bruxelles, febbraio 2023, 56.

3. *L'intelligenza Artificiale entra nelle città*

La Commissione europea nella comunicazione del 2018 dal titolo «L'intelligenza artificiale per l'Europa» ha espressamente qualificato l'A.I. (dall'inglese *Artificial Intelligence*) come una delle tecnologie più strategiche dell'Ventunesimo Secolo¹⁷. I recenti progressi che hanno coinvolto l'A.I. hanno inevitabilmente interessato anche i governatori cittadini, desiderosi di sfruttare appieno le sue potenzialità nel contesto urbano e, in particolare, nell'erogazione dei servizi pubblici locali¹⁸. L'A.I. si presenta indubbiamente come una tecnologia in grado di generare importanti trasformazioni nelle città e, infatti, è un dato riconosciuto che «the more revolutionary and disruptive a smart technology is, the greater is likely to be the transformation of the city that integrates it»¹⁹.

L'integrazione dell'intelligenza Artificiale nelle città si presenta, tuttavia, come un fenomeno assai complesso. Da un lato, questa tecnologia è in grado di raccogliere, elaborare e analizzare in tempi molto rapidi la grande mole di dati prodotti dalla normale vita cittadina. Si tratta dei dati sui flussi di traffico, sull'inquinamento dell'aria, sul trasporto pubblico, sulla produzione energetica e molti altri. Dall'analisi di questi dati, i governatori locali possono estrapolare informazioni da utilizzare a supporto dei processi decisionali, della pianificazione delle politiche e del miglioramento nell'erogazione dei servizi pubblici²⁰, nel tentativo di creare città più efficienti, sostenibili, competitive, produttive, aperte e trasparenti²¹. A tal proposito, un'interessante ricerca condotta su richiesta della Commissione per lo Sviluppo Regionale, volta a esplorare

¹⁷ Commissione europea, *Comunicazione - L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018)237 final, 2.

¹⁸ Per una mappatura degli usi dell'AI nell'ambito dei servizi pubblici cfr. JOINT RESEARCH CENTRE, *AI Watch Artificial Intelligence in public services. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Luxembourg, 2020.

¹⁹ F. CUGURULLO, *Urban Artificial Intelligence: From Automation to Autonomy in the Smart City*, in *Frontiers in Sustainable Cities*, 2, 2020, p. 2.

²⁰ OECD, *Enhancing the contribution of Digitalisation to the smart cities of the future*, 2019.

²¹ R. KITCHIN, *The real-time city? Big data and smart urbanism*, in *GeoJournal*, 79 1, 2014, 1.

i possibili utilizzi dell’A.I. nel contesto urbano e i possibili impatti di questa sulla coesione socio-economica e territoriale, ha evidenziato come questa tecnologia sia in grado di portare alla «piena realizzazione del modello di città intelligente»²².

Dall’altro lato, l’accademia, la società civile e le organizzazioni non governative hanno ampiamente sottolineato i rischi connessi all’utilizzo dell’intelligenza Artificiale. Tra gli altri, si evidenziano il delicato problema della tutela dei dati, i possibili errori in cui gli algoritmi di A.I. possono incorrere o a cui possono essere indotti, i *bias* che possono incorporare, la mancanza di trasparenza che li caratterizza tanto da renderli delle vere e proprie *black-box*, nonché la possibile mancanza di accuratezza degli *output* forniti. I possibili risvolti negativi sui diritti delle persone e le implicazioni in termini sociali che possono derivarne hanno, pertanto, acceso un campanello di allarme sull’utilizzo dell’intelligenza Artificiale da parte delle Amministrazioni per finalità pubbliche²³. Ciò, soprattutto, se si considera che le Amministrazioni sono tenute al rispetto di principi che guidano l’agire amministrativo, come il principio di trasparenza, di motivazione, di ragionevolezza, di eguaglianza e non discriminazione, che potrebbero essere compromessi dal ricorso all’A.I.²⁴.

²² J. PELLEGRIN, L. COLNOT, L. DELPONTE, *Research for REGI Committee – Artificial Intelligence and Urban Development*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, luglio 2021, 64.

²³ Si veda P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all’intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, 1, 2022, 164-166. Una visione piuttosto pessimistica della città del futuro emerge dal contributo di E. KASSENS-NOOR, A. HINTZE, *Cities of the Future*, in *AI*, 1(2), 2020, pp. 192-197. In S. MARCUCCI, U. KALKAR, S. VERHULST, *AI Localism in practice. Examining how cities govern AI*, in *SSRN*, novembre 2022, 11 si legge che «chasing after ‘smart’ and ‘innovative’ technologies can be reductive, increasing technological lock-ins and promoting tech-solutionism that centres city governance around the tools at play rather than the people impacted by them». Accessibile all’indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4284013 [ultima consultazione: 20.09.2023].

²⁴ Si pensi al caso di un sistema di Intelligenza Artificiale utilizzato dall’Amministrazione pubblica che fornisce risultati *biased*, discriminando determinati individui o gruppi di individui. Tra i molti, cfr. AI NOW INSTITUTE AT NYU, NYU CENTER FOR DISABILITY STUDIES, MICROSOFT, *Disability, Bias, and AI – Report*, novembre 2019.

Eppure, sono oramai numerose le città che hanno sperimentato l'applicazione di questa tecnologia nei contesti urbani²⁵. Dalla lettura dei contributi in materia tra gli utilizzi più frequenti emergono l'impiego dell'A.I. per una migliore gestione della mobilità urbana²⁶; l'utilizzo nel contesto sanitario²⁷, nei settori della sicurezza pubblica, dell'educazione, dell'energia e tanti altri²⁸. In una visione particolarmente positiva, gli autori di uno studio pubblicato su *Sensors* vedono nell'A.I. financo un'occasione per portare le città intelligenti un passo più avanti. Gli autori visionano una «Artificially Intelligent City»²⁹, una città dove l'intelligenza Artificiale sarebbe in grado di dimostrare tutto il suo potenziale nell'affrontare le sfide complesse e sfruttare appieno le opportunità offerte dagli ambienti urbani.

Le inferenze negative evidenziate dai tanti contributi e documenti in materia, tuttavia, impongono di affrontare adeguatamente le molteplici

Accessibile all'indirizzo <https://disabilitystudies.nyu.edu/disability-bias-and-ai-report/> [ultima consultazione 20.09.2023].

²⁵ Tra i molti contributi, Z. ALLAMA, Z.A. DHUNNY, *On big data, artificial intelligence and smart cities*, in *Cities*, 89, 2019, 80-91; Z. ULLAH et al., *op. cit.*; G.D. HAGER, A. DROBNIS, F. FANG, R. GHANI, A. GREENWALD, T. LYONS, D.C. PARKES, J. SCHULTZ, S. SARIA, S.F. SMITH, M. TAMBE, *Artificial Intelligence for Social Good*, marzo 2017. Più in generale, nell'ambito dei servizi pubblici cfr. JRC, *op. cit.*

²⁶ M. AQIB, R. MEHMOOD, A. ALZHRANI, I. KATIB, A. ALBESHRI, S.M. ALTOWAIRI, *Smarter traffic prediction using big data, in-memory computing, deep learning and GPUs*, in *Sensors*, 19 (2206), 2019.

²⁷ S. ALOTAIBI, R. MEHMOOD, I. KATIB, O. RANA, A. ALBESHRI, *Sehaa: A big data analytics tool for healthcare symptoms and diseases detection using Twitter, Apache Spark, and Machine Learning*, in *Applied Sciences*, 10 (1398), 2020.

²⁸ J.P. BELLO, C. SILVA, O. NOV, R.L. DUBOIS, A. ARORA, J. SALAMON, C. MYDLARZ, H. DORAISWAMY, *Sonyc: A system for monitoring, analyzing, and mitigating urban noise pollution*, in *Communications of the ACM*, 62 (2), 2019, 68-77. Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *Shaping the Future of Small and Medium-Sized Cities: A Framework for Digital Transformation*, maggio 2022 per le otto aree individuate in cui l'AI integrata nelle città può diventare un *game changer*.

²⁹ T. YIGITCANLAR, L. BUTLER, E. WINDLE, K.C. DESOUZA, R. MEHMOOD, J.M. CORCHADO, *Can Building "Artificially Intelligent Cities" Safeguard Humanity from Natural Disasters, Pandemics, and Other Catastrophes? An Urban Scholar's Perspective*, in *Sensors*, 20 (2988), 2020.

sfide, tecniche, sociali, giuridiche ed etiche, che l'utilizzo di questa tecnologia porta con sé. Solo in questo modo, infatti, è possibile evitare – o quantomeno limitare – quelle che Luciano Floridi e altri definiscono le «unnecessary failures and missed opportunities» dell'A.I. per il bene sociale, evitando tanto episodi di «good-A.I.-gone-bad» quanto di «accidental successes»³⁰, successi episodici a fronte di numerose altre opportunità mancate.

4. *L'approccio locale all'intelligenza Artificiale: il c.d. A.I. Localism*

A partire dal 2018 l'Unione europea ha intrapreso la strada verso una Strategia per la realizzazione di un'Intelligenza Artificiale «Made in Europe» volta allo sviluppo e all'utilizzo di un'A.I. etica e meritevole di fiducia³¹. La regolamentazione dell'intelligenza Artificiale ha rappresentato – e rappresenta tutt'ora – una delle sfide giuridiche più avvincenti e più complesse degli ultimi anni. Numerose ragioni di natura giuridica, politica, economica, tecnologica e ambientale hanno fatto sì che solo nel marzo 2024, quasi tre anni dopo la proposta della Commissione europea, si giungesse a un regolamento definitivo³². Nei suoi tratti principali, l'approccio europeo all'intelligenza Artificiale risulta così delineato: una regolamentazione *risk-based* con requisiti e obblighi diversi a seconda dello specifico utilizzo e dei differenti livelli di rischio

³⁰ Il contributo cui si sta facendo riferimento è L. FLORIDI, J. COWLS, T.C. KING, M. TADDEO, *How to Design AI for Social Good: Seven Essential Factors*, in *Science and Engineering Ethics*, 26, 2020, 1771-1796.

³¹ Negli ultimi anni anche gli Stati membri si sono attivati per approvare le proprie Strategie nazionali sull'AI. Quanto all'Italia, nel novembre 2021 è stato adottato con il passaggio al Consiglio dei Ministri il «Programma Strategico per l'intelligenza Artificiale (I.A.) 2022-2024».

³² Si ricorda che la proposta della Commissione europea per un regolamento sull'intelligenza Artificiale risale al 21 aprile 2021. Il Parlamento europeo ha adottato la sua posizione sull'AI Act il 14 giugno 2023 e il Consiglio europeo ha adottato la sua posizione il 6 dicembre 2023. Il 9 dicembre 2023 il Parlamento europeo e il Consiglio europeo hanno raggiunto un accordo provvisorio e il 21 maggio 2024 il Consiglio europeo ha adottato formalmente il Regolamento.

che esso determina; un divieto per i sistemi «a rischio inaccettabile» e requisiti di trasparenza, qualità e *governance* dei dati, controllo umano e sicurezza per i sistemi di A.I. considerati «ad alto rischio»; un meccanismo di valutazione della conformità (prima che il sistema di A.I. sia messo in servizio o immesso sul mercato) e un meccanismo di monitoraggio *post market*; infine, una struttura di *governance* a più livelli, europeo e nazionale. In breve, si è pensato a una struttura che permettesse di contemperare due interessi contrapposti: da un lato, favorire l'innovazione attraverso la crescita degli investimenti e la ricerca nel campo dell'A.I.; dall'altro, tutelare i diritti fondamentali e sostenere uno sviluppo di questi sistemi conforme ai valori europei.

Nonostante i numerosi profili toccati dalla regolamentazione europea dell'A.I., però, la stessa sembra prestare ben poca – se non per nulla – attenzione alla dimensione territoriale in cui queste tecnologie vengono implementate³³. Un approccio normativo-regolatorio di livello sovranazionale è quantomai necessario, nonché il più opportuno per garantire uniformità tra gli Stati nell'affrontare le sfide lanciate dalla tecnologia di A.I., garantire certezza del diritto e tutela adeguata per gli individui. Tuttavia, le difficoltà di coordinare i diversi interessi degli Stati, delle imprese e dei cittadini, nonché la diversità delle macchine nazionali che saranno chiamate a garantire l'*enforcement* del Regolamento, rischiano di rendere la regolamentazione sovranazionale ancora troppo lontana³⁴. Nel frattempo, il pericolo è quello di lasciare le comu-

³³ Nello studio *Artificial Intelligence and Urban Development*, cit., per il REGI Committee, la Tabella 3 individua i riferimenti «to territorial and/or urban aspects in the main EU strategic documents dedicated to AI» rilevando come solo pochissimi documenti accennino alla dimensione territoriale. Tanto viene confermato anche in un'opinione rilasciata dal Comitato europeo per le Regioni, dove si afferma che «the stated measures do not cover the public sector at the local and regional level and [the Committee] believes that these two levels of governance and administration should not be overlooked». Cfr. COMMITTEE OF THE REGIONS, *Opinion Factsheet - Artificial Intelligence for Europe*, 2019. Accessibile all'indirizzo <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/OpinionTimeline.aspx?opId=CDR-3953-2018> [ultima consultazione: 30.08.2023].

³⁴ Si ricorda che il Regolamento si trova attualmente in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Decorsi venti giorni dalla sua pubblicazione, l'AI Act entrerà in vigore. A partire da questa data, sei mesi dopo si applicheranno il

nità «a sé stesse, catturate dai fornitori di servizi tecnologici più forti economicamente e tecnicamente»³⁵.

Un approccio anche «locale» all'intelligenza Artificiale applicata nei contesti urbani appare, pertanto, particolarmente appropriato, sia nell'attesa di una chiara regolazione europea sia in un momento successivo. In quest'ultimo caso, è evidente che le Strategie locali non potranno derogare alle regole sovranazionali: l'A.I. Act è un regolamento, come tale sarà obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri e le disposizioni in esso contenute rappresenteranno un vincolo imprescindibile anche per le Amministrazioni locali³⁶. Sembra, tuttavia, possibile ipotizzare un ruolo non indifferente per i regolatori locali anche nel prossimo futuro: nella Relazione illustrativa all'A.I. Act, infatti, si afferma che le disposizioni del Regolamento lasciano spazio a diversi livelli di azione da parte degli Stati membri, seppur «in relazione ad aspetti che non pregiudicano il conseguimento degli obiettivi dell'iniziativa»³⁷.

Peraltro, diversi fattori sembrano propendere in questa direzione³⁸. Anzitutto, gli obiettivi perseguiti e le condizioni per attuare una trasformazione digitale «di successo» variano da una città all'altra³⁹. Un

Capitolo I e il Capitolo II; dodici mesi dopo si applicheranno il Capitolo III, Sezione IV, il Capitolo V, il Capitolo VII, il Capitolo XII e l'Articolo 78, escluso l'Articolo 101; ventiquattro mesi dopo si applicherà la restante parte dell'AI Act e solo trentasei mesi dopo troveranno applicazione l'Articolo 6(1) e i corrispondenti obblighi.

³⁵ R. CALVARA, *La sfida giuridica all'intelligenza artificiale: l'approccio locale di Barcellona e Amsterdam*, in *IRPA - Osservatorio sullo Stato digitale*, 12 aprile 2023.

³⁶ AI Act, par. 2.1 e 2.2.

³⁷ AI Act, Relazione illustrativa, par. 2.4.

³⁸ S. MARCUCCI, U. KALKAR, S. VERHULST, *op. cit.*, 9 sottolineano che un approccio locale all'AI nei contesti urbani non necessariamente si traduce in una «good governance of AI at the local level».

³⁹ Gli obiettivi cambiano a seconda della dimensione della città, ma anche in base alla localizzazione e al livello di digitalizzazione di partenza. A tal proposito, si veda WEF, *op. cit.* Restando nel territorio italiano, lo *Human Smart City Index 2022* ha evidenziato un'importante differenza («smart human divide») tra le città del Nord Italia e le città del Centro-Sud. Cfr. ERNST&YOUNG, *Human Smart City Index 2022*, giugno 2022. Ma la differenza sussiste anche tra città italiane e altre città europee ed extra-europee. Cfr. IMD,

approccio locale all'A.I. permetterebbe ai governatori locali di individuare le specificità del contesto geografico e, conseguentemente, di progettare iniziative e modelli di *governance* che abbiano maggiori probabilità di ottenere riscontri positivi da parte della collettività. Quello locale si presenta come il livello ottimale per incrementare l'*accountability* dell'Amministrazione e aumentare la trasparenza di questa nei confronti dei cittadini. Ancora, a livello locale i cittadini percepiscono maggiormente gli impatti dell'A.I. sulle loro vite e sono nella condizione, per la prossimità con il livello istituzionale, di esprimere le proprie esigenze e sollevare le proprie preoccupazioni. A questo livello è anche più facile incentivare i cittadini a partecipare attivamente, in collaborazione con le istituzioni pubbliche, nella definizione delle strategie e delle iniziative in materia di A.I. che siano realmente orientate al benessere collettivo⁴⁰. Una volta entrato in vigore il Regolamento, peraltro, i governatori cittadini saranno chiamati a calare le disposizioni sovranazionali nel contesto locale al fine di darne concreta attuazione.

Negli ultimi anni, invero, le città hanno cercato di rispondere all'ingresso dell'intelligenza Artificiale nei contesti urbani elaborando politiche, pratiche e iniziative volte a promuovere un utilizzo etico e responsabile di questa tecnologia. Le città di Amsterdam e di Helsinki, per esempio, al fine di rispondere alle richieste di una maggiore trasparenza sull'uso dell'A.I. nei contesti urbani, hanno creato degli «A.I. Registers». Questi registri informativi, volti a costruire coscienza pubblica con riguardo all'uso da parte delle Amministrazioni locali di algoritmi di A.I. nell'erogazione dei servizi pubblici, contengono rilevanti informazioni sui sistemi di A.I. impiegati nel contesto urbano. In particolare, informazioni relative ai dati utilizzati per addestrare i modelli e

Smart City Index 2023, aprile 2023. Accessibile all'indirizzo <https://imd.cld.bz/IMD-Smart-City-Index-Report-20231> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁴⁰ K.C. DESOZA, *Governing in the Age of the Artificially Intelligent City*. Articolo pubblicato in *Governing the Future of States and Localities* il 6 dicembre 2017. Si legge «These technologies are rolling out at every level of government, but it is in cities where their impact on citizens and services will be felt most directly». Accessibile all'indirizzo <https://www.governing.com/archive/col-governing-age-artificially-intelligent-city.html> [ultima consultazione: 30.08.2023].

al processamento di questi dati, alle finalità perseguite, alla supervisione umana, alle potenziali distorsioni o ai rischi associati al loro impiego, nonché alla gestione di questi rischi. I registri contengono, inoltre, le informazioni di contatto dei soggetti responsabili ed è prevista la possibilità per i residenti di fornire un *feedback* sull'uso degli algoritmi da parte delle Amministrazioni locali⁴¹. Queste iniziative, lungi dal porsi in contrasto con il Regolamento, sembrano rappresentare la concreta applicazione degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa sovranazionale.

Nel tentativo di promuovere una maggiore responsabilizzazione delle Amministrazioni locali, inoltre, le città hanno elaborato Carte, Dichiarazioni, Manifesti o Codici etici⁴² che fissano principi etici e giuridici adattati alle specifiche esigenze e alle preoccupazioni locali per lo sviluppo di un'«A.I. cittadina». Tra le iniziative in questo senso assumono particolare interesse la «Montréal Declaration for a responsible development of Artificial Intelligence»⁴³ e la «Barcelona's A.I. Strategy»⁴⁴. Quest'ultima, in particolare, viene presentata come un *internal*

⁴¹ Gli *AI Registers* di Amsterdam e Helsinki sono accessibili rispettivamente agli indirizzi: <https://algoritmeregister.amsterdam.nl/> e <https://ai.hel.fi/en/ai-register/> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁴² La necessità di un codice etico della tecnologia è stata sottolineata anche dagli stessi tecnologi, consapevoli dei potenziali danni che potrebbero essere cagionati nel caso di un utilizzo scorretto della tecnologia. Cfr. F. MENEGHETTI, *Rapporto 3/2022 – SMART cities e intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2022, 254.

⁴³ Accessibile all'indirizzo <https://declarationmontreal-iaresponsable.com/la-declaration/> [ultima consultazione: 30.08.2023]. La *Montréal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence* promuove dieci principi, così riassumibili: benessere; privacy; rispetto dell'autonomia umana; responsabilità umana; partecipazione democratica; equità; solidarietà; diversità e inclusione; prudenza e sviluppo sostenibile. Un altro esempio è rappresentato dalla *Charte métropolitaine de la donnée* che affronta, tra il resto, il tema dell'intelligenza Artificiale. Accessibile all'indirizzo [Charte-donnee.pdf \(nantes.fr\)](https://charte-donnee.pdf(nantes.fr)) [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁴⁴ BARCELONA CITY COUNCIL, *Government measure for a municipal algorithms and data strategy for an ethical promotion of artificial intelligence*, aprile 2021. Accessibile all'indirizzo https://ajuntament.barcelona.cat/digital/sites/default/files/mesura_de_govern_intel_ligencia_artificial_eng.pdf [ultima consultazione: 30.08.2023]. An-

tool per l'Amministrazione locale cui la stessa si impegna a fare riferimento nell'adozione e nell'utilizzo dell'A.I. rispettoso dei «digital rights of the city's residents»⁴⁵. La Strategia individua una serie di principi e diverse azioni che devono essere implementate e perseguite in ogni progetto locale che coinvolge l'A.I. Fissando «nero su bianco» i criteri e i principi che devono guidare l'utilizzo dell'A.I. nell'erogazione dei servizi pubblici, ci si attende che le Amministrazioni locali si impegnino nel loro rispetto così incrementando la loro responsabilizzazione nei confronti di tutti coloro che vivono nella città. I principi etici, quindi, pur non rappresentando generalmente uno strumento vincolante, assumono un ruolo fondamentale nella costruzione di un clima di fiducia attorno all'intelligenza Artificiale, ma anche (e soprattutto) alle Amministrazioni che utilizzano questa tecnologia, facilitandone l'accettazione da parte dei cittadini. Queste ultime iniziative, peraltro, sembrano allontanare da un approccio esclusivamente tecnocentrico e sembrano considerare maggiormente alcuni aspetti che nella normativa sovranazionale hanno assunto minore rilievo. La strategia sovranazionale in materia di A.I., a ben vedere, adotta un approccio più «industriale» che *right-based*, maggiormente concentrato sull'acquisizione e sul mantenimento di un vantaggio competitivo, in cui l'essere umano con i suoi diritti sembra rimanere relegato in secondo piano⁴⁶. L'incorporazione di principi etici e giuridici all'interno di Car-

che la Strategia di Barcellona prevede un registro pubblico nel quale sono indicati tutti gli algoritmi utilizzati nel contesto cittadino. Cfr. *Barcelona's AI Strategy*, Action n. 3, 19.

⁴⁵ *Barcelona's AI Strategy*, 4. La Strategia individua sette principi che devono essere implementati in ogni progetto locale che coinvolge l'AI: azione umana e supervisione; robustezza tecnica e sicurezza; privacy e governance dei dati; trasparenza e informazione; diversità, inclusione e correttezza; impegno sociale e ambientale; responsabilità, *accountability* e controllo democratico. Cfr. *Barcelona's AI Strategy*, par. 4.2.

⁴⁶ In questo senso si è espresso il Professore ed esperto scientifico dell'*Ad hoc Committee on Artificial Intelligence* del Consiglio d'Europa Alessandro Mantelero in A. MANTELERO, *Sulle regole AI l'Europa sceglie approccio "industriale": luci e ombre*. Articolo pubblicato in *Agenda Digitale* il 27 aprile 2021. Accessibile all'indirizzo <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/sulle-regole-ai-leuropa-sceglie-approccio-industriale-luci-e-ombre/> [ultima consultazione: 31.08.2023]. Ciò non deve sorprendere considerando che la base giuridica dell'AI Act è l'art. 114 TFUE.

te, Dichiarazioni o Manifesti sembrerebbe, quindi, riportare l'attenzione su un utilizzo dell'A.I. che sia realmente antropocentrico.

Tra le altre iniziative che si dimostrano utili strumenti per incoraggiare l'effettiva applicazione delle disposizioni sovranazionali si ricordano i *contractual terms* sviluppati dalla città di Amsterdam ed elaborati per l'acquisto da parte delle Amministrazioni locali di algoritmi di A.I. da fornitori terzi⁴⁷. Infatti, non possedendo tutte le Amministrazioni locali l'*expertise*, le risorse e i mezzi per auto-produrre i sistemi di A.I. da utilizzare nell'erogazione dei servizi pubblici, le stesse sono costrette a rivolgersi a soggetti privati per la loro fornitura, individuando il contraente sulla base di una apposita selezione pubblica⁴⁸. La tecnologia di A.I. costruita per uso pubblico, tuttavia, oltre a dover rispettare le disposizioni contenute nell'A.I. Act, deve essere in grado di rispondere alle esigenze di tutti i cittadini indiscriminatamente e deve rispettare pienamente i principi che governano l'azione pubblica, aspetti che rischiano di essere compromessi dal ricorso al mercato⁴⁹. Le condizioni contrattuali sono state elaborate per la prima volta nel 2020 e poi modificate nel 2021 per adeguarle alle disposizioni contenute nell'A.I. Act e perseguono l'obiettivo di stimolare l'acquisto di sistemi di A.I. etici, sicuri e inclusivi, concentrandosi su aspetti quali: la qualità dei dati e la loro *governance*; i diritti delle parti contraenti sui dati; la qualità dell'algoritmo; la trasparenza (tecnica e procedurale) e la spiegabilità; l'identificazione di una strategia di gestione del rischio, nonché la revisione e il controllo umano. In pratica, si tratta di condizioni contrattuali che promuovono l'adozione da parte delle Amministrazioni locali di sistemi «che siano affidabili allo stato dell'arte e che rispondano alle

⁴⁷ GEMEENTE AMSTERDAM, *Standard Clauses for Procurement of Trustworthy Algorithmic Systems*. Accessibile all'indirizzo <https://www.amsterdam.nl/innovation/digitalisation-technology/algorithms-ai/contractual-terms-for-algorithms/> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁴⁸ È quanto avvenuto, per esempio, a Venezia. Si veda, a tal proposito, quanto riferito da F. MENEGHETTI, *op. cit.*

⁴⁹ M. SLOANE, R. CHOWDHURY, J.C. HAVENS, T. LAZOVICH, L.C. RINCON ALBA, *AI and Procurement*, Estate 2021.

esigenze dell'amministrazione e dei destinatari dell'azione amministrativa»⁵⁰.

Oltreoceano, sono stati diversi i tentativi da parte dei governatori cittadini di fare leva sul *procurement* dell'A.I. per affrontare e prevenire alcuni degli impatti dannosi che l'uso di questa tecnologia può avere sui residenti. Solo per citarne alcuni, ne è un esempio l'ordinanza adottata dal *Baltimore City Council* (Maryland) che ha vietato l'acquisto da parte delle Amministrazioni pubbliche e dei cittadini in Baltimore City di acquistare, ottenere o in alcun modo utilizzare determinati tipi di *face surveillance technology*⁵¹. Analogamente, il *Berkeley City Council* (California) ha approvato un'ordinanza volta a imporre alla polizia di Berkeley e agli altri dipartimenti cittadini che intendono acquisire nuove tecnologie per la sorveglianza di rivelare pubblicamente le apparecchiature o i *software* che intendono acquistare, nonché di giustificare l'acquisto al fine di ottenere l'approvazione dal *City Council*⁵². Anche il *Detroit City Council* (Michigan), similmente, ha approvato un'ordinanza diretta a promuovere trasparenza con riguardo a tutti gli acquisiti relativi a tecnologie di sorveglianza a livello locale⁵³.

Alcune città, invece, hanno intrapreso iniziative dirette al coinvolgimento dei cittadini, degli esperti e degli *stakeholders* nell'elaborazione e nell'implementazione delle iniziative *A.I.-based* nei contesti urbani. L'*engagement* del pubblico, secondo alcuni governatori, permetterebbe alle città di creare una «base democratica» per l'adozione di un sistema di A.I. e ciò, a sua volta, incrementerebbe il livello di fiducia verso questi sistemi e un maggiore convincimento che la tecnologia sia effettivamente utilizzata per il bene pubblico e non, invece, a suo detrimento. Un esempio è rappresentato da «Urban A.I.», un *think tank* con base a

⁵⁰ R. CALVARA, *op. cit.*

⁵¹ BALTIMORE CITY COUNCIL, *Council Bill 21-0001*, 14 giugno 2021.

⁵² BERKELEY CITY COUNCIL, *Ordinance no. 7,676-n.s. amending Berkeley Municipal Code chapter 2.99 to prohibit city use of face recognition technology*. Accessibile all'indirizzo <https://berkeley.municipal.codes/BMC/2.99.030> [ultima consultazione: 20.09.2023].

⁵³ DETROIT CITY COUNCIL, *Ordinance no. 2021-17 amending Chapter 17 of the 2019 Detroit City Code*.

Parigi dedicato all'emergente settore della «Urban Artificial Intelligence». Il *think tank* ha lanciato una chiamata globale per completare il modello di *smart city* visionato e per sostenere una tecnologia urbana che sia aperta, accessibile, decentralizzata, significativa e sostenibile⁵⁴. Più di cento personalità hanno aderito alla chiamata. Un altro esempio è rappresentato dall'istituzione da parte della *Society of the Arts* nel Regno Unito di una *citizens' jury* con il compito di deliberare sull'uso «etico» dell'A.I. impiegata in ambito decisionale⁵⁵. Alla base vi è l'idea che la voce dei cittadini, portatrice dei valori della popolazione, sia essenziale per la creazione di un'A.I. responsabile e per orientarne la *governance* dell'A.I. nell'interesse della società. Anche la città di Kowloon East, a Hong Kong, ha recentemente stimolato la partecipazione pubblica, sollecitando il *feedback* dei residenti nell'implementazione del progetto «Kowloon East-città intelligente» nel tentativo di migliorare le infrastrutture urbane, le pedonalità, la gestione delle risorse e le infrastrutture di comunicazione⁵⁶.

A livello locale, inoltre, è più facile promuovere la c.d. *literacy digitale*, ovvero la conoscenza del digitale da parte del vasto pubblico, al fine di permettere una piena partecipazione dei residenti alla vita di una città sempre più digitalizzata. A livello cittadino, per esempio, possono essere organizzati eventi, incontri, corsi o, più in generale, momenti di confronto diretti a stimolare la conoscenza dell'intelligenza Artificiale e delle nuove tecnologie, nonché del modo in cui queste vengono utilizzate nella vita quotidiana, quali sono i vantaggi nel loro utilizzo da parte delle Amministrazioni locali e i potenziali risvolti negativi. L'alfabetizzazione digitale e, nello specifico, l'alfabetizzazione all'A.I. è fon-

⁵⁴ URBAN AI. Accessibile all'indirizzo <https://urbanai.fr/call/> [ultima consultazione: 20.09.2023].

⁵⁵ ROYAL SOCIETY FOR THE ENCOURAGEMENT OF ARTS, MANUFACTURES AND COMMERCE, *Report – Artificial Intelligence: real public engagement*, maggio 2018. Accessibile all'indirizzo <https://www.thersa.org/reports/artificial-intelligence-real-public-engagement> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁵⁶ ENERGIZING KOWLOON EAST OFFICE, DEVELOPMENT BUREAU, *Agreement No. CE68/2015(CE) on Developing Kowloon East into a Smart City District - Feasibility Study*, marzo 2021. Accessibile all'indirizzo ekeo.gov.hk [ultima consultazione: 20.09.2023].

damentale affinché la popolazione possa esaminare gli utilizzi dell’A.I. nell’erogazione di servizi pubblici e possa sostenere ovvero contestare detti utilizzi da parte dell’Amministrazione locale in maniera consapevole, informata e proattiva.

Questi esempi di iniziative e politiche intraprese da varie città per «governare» le tecnologie di A.I. a livello urbano e per promuovere un loro utilizzo etico, responsabile e sostenibile sono state ricomprese da Stefaan Verhulst e Mona Sloane nel concetto di «A.I. Localism»⁵⁷. Con questo termine gli autori hanno inteso indicare «the actions taken by local decision-makers to address the governance of A.I. within a city or community»⁵⁸. Le predette azioni, territorialmente circoscritte, possono attuare le politiche «at a quicker, more direct, and more impactful level than their national counterparts»⁵⁹ proprio perché sfruttano l’immediatezza e la prossimità degli interventi alle specificità dei contesti urbani e alle esigenze e preoccupazioni degli individui che vi abitano. Questi esempi, inoltre, dimostrano come i centri urbani abbiano assunto su di sé l’onere di affrontare le questioni legate a tecnologie *disruptive*, soprattutto (ma non solo) nell’attesa di un quadro regolatorio in materia, ricoprendo il ruolo di centri di innovazione attenti ai diritti dei loro cittadini e di tutti i *city users*.

5. Brevi riflessioni conclusive

«Not even the brightest picture of an age in which man is the master, and in which we all have an excess of mechanical services will make up

⁵⁷ Lo studio S. MARCUCCI et al., *AI Localism in practice*, cit. ha fornito un’interessante panoramica delle azioni intraprese dai decisori locali per affrontare l’uso dell’AI all’interno delle loro città. Il sito è consultabile al seguente indirizzo: <https://ailocalism.org/#home> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁵⁸ S. VERHULST, M. SLOANE, *Realizing the Potential of AI Localism*. Articolo pubblicato in *Project Syndicate* il 7 febbraio 2020. Accessibile all’indirizzo <https://www.project-syndicate.org/commentary/local-regulation-of-artificial-intelligence-uses-by-stefaan-g-verhulst-1-and-mona-sloane-2020-02> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁵⁹ S. MARCUCCI et al., *AI Localism in practice*, cit., 7.

for the pains of transition, if we are not both human and intelligent»⁶⁰. Così scriveva Norbert Wiener nel 1949. Queste parole, a più di settant'anni di distanza, hanno un significato che può ritenersi ancora attuale. Il monito sembra essere chiaro: solo una transizione in cui l'uomo rimane al centro è in grado di massimizzare i benefici della rivoluzione digitale e di limitare i suoi potenziali danni.

Se questo ammonimento vale per tutte le tecnologie, a maggior ragione deve valere per gli sviluppi nel campo dell'intelligenza Artificiale, progressi che portano la transizione digitale un passo più avanti. A livello sovranazionale, erano da tempo pressanti le richieste per l'elaborazione di un quadro regolatorio che imbrigliasse le applicazioni di A.I. senza ostacolarne i progressi e, al momento in cui si scrive, l'A.I. Act è stato definitivamente approvato ed è in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Nel mentre, le città hanno risposto all'ingresso dell'A.I. nei contesti urbani elaborando politiche e iniziative per un suo utilizzo «based on human rights and committed to a democratic digital society»⁶¹. Alla base vi è la consapevolezza che le Amministrazioni locali, oltre a essere *users* delle tecnologie di A.I. nell'erogazione dei servizi pubblici, debbano essere anche attenti governatori, preparati ad affrontare i cambiamenti sociali portati dalla tecnologia e pronti a rispondere adeguatamente ai rischi percepiti dagli abitanti delle loro città.

La conoscenza delle politiche intraprese in altri contesti urbani può fungere da interessante stimolo anche per il capoluogo trentino, chiamato a interrogarsi sul modo migliore per promuovere uno sviluppo e un utilizzo inclusivo, sostenibile e resiliente dell'intelligenza Artificiale. Nonostante le sue medie dimensioni, la città di Trento è infatti considerata a tutti gli effetti un «laboratorio di eccellenza per la ricerca e lo sviluppo di tecnologie innovative»⁶², anche grazie alla collaborazione

⁶⁰ N. WIENER, *The Machine Age*, Version 3, 1949, 7. Accessibile all'indirizzo https://cdn.libraries.mit.edu/dissemination/diponline/MC0022/MC0022_MachineAgeV3_1949.pdf [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁶¹ *Barcelona's AI Strategy*, cit., 5.

⁶² Così definito alla conferenza stampa per la presentazione del progetto Sanità digitale e Intelligenza Artificiale – strumenti per avvicinare il Servizio sanitario ai cittadi-

che la stessa può vantare con gli Enti di Ricerca⁶³ e con l'Università. Il Comune di Trento è partner in Progetti che prevedono l'impiego dell'A.I. nella pianificazione e nella gestione urbana⁶⁴ e progetti pilota sono stati avviati con riferimento alla sicurezza urbana⁶⁵ e alla mobilità sostenibile⁶⁶. La Provincia di Trento, invece, sta sperimentando l'applicazione dell'A.I. in ambito sanitario⁶⁷. Eppure, è solo incrementando la conoscenza della popolazione urbana sulle applicazioni di A.I. implementate, migliorando la trasparenza dei processi decisionali e aumentando il coinvolgimento del vasto pubblico nella definizione e nell'implementazione delle *A.I.-initiatives*, che è possibile fare di questa città una vera «human artificially intelligent city».

L'approccio locale all'intelligenza Artificiale potrebbe certamente non essere il migliore, ma sembra essere fondamentale per riportare l'essere umano al centro delle politiche sull'A.I., per favorire uno sviluppo della tecnologia realmente inclusivo, sostenibile, resiliente e una transizione digitale cittadina che sia realmente umano-centrica.

ni e per lo sviluppo del sistema provinciale. Accessibile all'indirizzo <https://www.ufficiostampa.provincia.tn.it/Comunicati/Sanita-digitale-e-Intelligenza-Artificiale-la-scom-messa-del-Trentino> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁶³ Tra gli Enti di ricerca si ricorda la Fondazione Bruno Kessler con la quale il Comune di Trento ha un protocollo d'intesa per la realizzazione di progetti di innovazione.

⁶⁴ Nel *Human Smart City Index 2022*, cit. la città di Trento è posizionata al quarto posto nel ranking nazionale dei 109 capoluoghi di Provincia, dopo Milano, Bologna e Torino.

⁶⁵ Comune di Trento, *L'intelligenza Artificiale per la sicurezza urbana*. Accessibile all'indirizzo <https://www.comune.trento.it/Comunicazione/Il-Comune-informa/Ufficio-stampa/Comunicati-stampa/L-intelligenza-artificiale-a-servizio-della-sicurezza-urbana> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁶⁶ *Trento: smart mobility e IoT per una città sostenibile e intelligente*. Accessibile all'indirizzo <https://www.lumi4innovation.it/trento-smart-mobility-e-iot-per-una-citta-sostenibile-e-intelligente/> [ultima consultazione: 30.08.2023].

⁶⁷ *Sanità digitale e Intelligenza Artificiale*, cit.

A.I. E SICUREZZA URBANA: UNA QUESTIONE DI METODO

Angelo Schillizzi

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Osservare per prevenire.* 3. *L'emersione del problema.* 4. *Sicurezza predittiva e facial recognition. Il funzionamento.* 5. *Quis custodiet ipsos custodes?* 5.1. *Novità d'Oltremania.* 5.2. *Tra Karlsruhe e Lussemburgo la chiusura da parte dei giudici.* 5.3. *L'approccio italiano. La voce del Garante e l'intervento del legislatore.* 6. *La bozza di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (A.I. Act).* 7. *Le specifiche previsioni per l'impiego dell'A.I. per funzioni di law enforcement.* 8. *Considerazioni finali.*

1. Introduzione

La transizione digitale sta investendo in maniera trasversale tutte le sfere di intervento della Pubblica Amministrazione¹. L'adozione di

¹ Per tutti si veda B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 75 ss.; Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023; W. D'AVANZO, *E-Government e società del controllo: il lato oscuro del mondo digitale*, Soveria Mannelli, 2023; E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 490; J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 619 ss.; N. RANGONE, *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020.

Insieme alla c.d. *transizione ecologica*, la transizione digitale è uno degli obiettivi del PNRR e, più ampiamente, del piano *Next Generation UE*. Il primo dei due ha al suo interno una specifica missione finalizzata «all'innovazione del Paese in chiave digitale, grazie alla quale innescare un vero e proprio cambiamento strutturale». In particolare, una delle componenti progettuali è denominata, appunto, *digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA*, attorno a questa prendono e prenderanno vita i diversi

nuove tecnologie e la loro integrazione nelle attività della p.a. stanno determinando un cambiamento nell'organizzazione, nei procedimenti, nella *governance* e nel modo di esercizio delle funzioni pubbliche.

Tale processo, che da una parte coinvolge l'azione amministrativa, inevitabilmente, dall'altra parte, è destinato a riflettersi sui cittadini.

Nella consapevolezza che non è solo la previsione di un potere pubblico che incide sui diritti dei singoli, ma anche la sua concreta modalità di esercizio, risulta evidente come l'utilizzo delle nuove tecnologie digitali e, in particolare, dell'intelligenza artificiale (A.I.), sia destinato a incidere sui cittadini in proporzione all'impiego che di questi strumenti faranno le amministrazioni pubbliche.

Quanto detto emerge in maniera significativa nell'ambito della sicurezza delle città. In tale contesto, l'A.I. si sta affermando come potente strumento per ottimizzare il monitoraggio degli spazi urbani, rilevare situazioni di emergenza e prevenire attività criminose, perché atta a garantire efficienza e reattività.

Tuttavia, in considerazione dell'inevitabile compressione dei diritti individuali che ne consegue, l'impiego dell'A.I. per attività di *law enforcement* solleva complessi interrogativi giuridici, che impongono un approccio equilibrato e ponderato.

interventi: digitalizzazione della PA, modernizzazione della PA e innovazione organizzativa della giustizia.

La digitalizzazione, nell'ambito del Piano, assume la duplice veste di obiettivo della transizione e di strumento della buona amministrazione, perché tesa a implementare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa. Per il raggiungimento di tale obiettivo, si prevedono tre riforme e sette grandi investimenti, per i quali sono destinate cospicue risorse. Lo stesso è a dirsi quanto al *Next Generation UE*, in cui circa un quinto delle risorse sono destinate al processo di digitalizzazione. Inoltre, vale la pena ricordare, il ruolo cardine attribuito dalla Commissione europea alla digitalizzazione e all'intelligenza artificiale all'interno della Comunicazione COM(2021)118 *final*, 2030 *Digital Compass: the European way for the Digital Decade* del 9 marzo 2021.

Si comprende così la portata del tema e la sua pervasività, a fronte della quale si è intrapresa, a tutti i livelli, un'importante attività di regolazione e di coordinamento e pianificazione.

Di recente, il Parlamento europeo, in seguito all'accordo raggiunto con gli Stati membri nel dicembre 2023, ha approvato il c.d. *A.I. Act*, giungendo così alla fase conclusiva la procedura legislativa che dovrebbe portare alla sua entrata in vigore. L'*A.I. Act* costituisce il primo concreto tentativo regolatorio del fenomeno, con esso il *rulemakers* europeo ha raccolto l'ardua sfida di disciplinare l'A.I. nell'ottica di un bilanciamento tra efficienza e competitività da una parte e garanzia e rischio dall'altra. In definitiva, l'obiettivo principale è stato quello di tutelare i diritti fondamentali, la democrazia, lo Stato di diritto e la sostenibilità ambientale dai sistemi di Ai ad alto rischio, senza tuttavia ostacolare completamente l'innovazione tecnologica².

In questo quadro, l'impiego dell'A.I. per finalità securitarie diventa una questione di metodo sotto molteplici punti di vista. In primo luogo, perché l'A.I. è lo strumento, quindi il metodo, con cui si mira a garantire la sicurezza. In secondo luogo, perché, a fronte delle criticità che emergono, l'approccio regolatorio diventa anch'esso una questione di metodo. In terzo luogo, perché l'applicazione concreta dell'A.I., sia sotto il profilo dell'efficienza, sia per ciò che riguarda le garanzie, può realizzarsi solo per mezzo di un approccio integrato e partecipato.

L'obiettivo dell'indagine condotta è duplice. Primariamente, si intende approfondire il rapporto che intercorre tra la sicurezza nei contesti urbanizzati e l'impiego dell'intelligenza artificiale. Così da poter, poi, verificare, da un punto di vista metodologico, se si possa implementare la sicurezza urbana con l'utilizzo dell'A.I. in maniera rispettosa dei diritti dei singoli.

A tale fine lo studio si articolerà in tre parti: una prima, relativa all'inquadramento di questo nuovo modello di sicurezza e al suo utilizzo; una seconda parte, che inerisce il rapporto tra impiego dell'intelligenza artificiale e tutela dei diritti; un'ultima parte, avente ad oggetto l'approccio europeo al fenomeno. Le diverse criticità che emergono saran-

² V. Comunicato stampa del Parlamento europeo "Il Parlamento europeo approva la legge sull'intelligenza artificiale" del 13 marzo 2024 (<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale>).

no affrontate con un approccio di ordine empirico, dando conto anche di qualche dato comparatistico.

2. Osservare per prevenire

La sicurezza urbana, ormai da anni, è al centro delle politiche pubbliche³.

L'utilizzo di sistemi di videosorveglianza, quali strumenti di prevenzione situazionale (o secondo una definizione più precisa: sorveglianza formale)⁴ capaci di incidere più sull'effettiva commissione dei reati piuttosto che sulle cause del delinquere⁵, ha acquisito nel tempo un favor sempre crescente sia da parte del legislatore nazionale⁶, che del legislatore regionale⁷ nonché degli attori istituzionali coinvolti⁸.

³ Cfr. F. BATTISTELLI, L.F. LUCIANETTI, *La sicurezza urbana tra politics e policy*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Roma, 2010, 46; Cfr. R. SELMINI, S. ARSANI, *Presentazione*, in *Dei delitti e delle pene*, vol. 1-2-3/2002, 11; M. PAVARINI, *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*, ivi, 329 ss.; R. SELMINI, *I nuovi strumenti delle politiche urbane*, ivi, 177 ss.; S. ROCHÈ, *La sicurezza pubblica: una questione locale e privata? Governare la sicurezza: attori, politiche e istituzioni in Europa*, ivi, 51 ss. G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, 2 ss.; E. CHITI, B.G. MATARELLA, *La sicurezza europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, vol. 2, 2008, 305 ss.

⁴ R.V. CLARKE, *Situational Crime Prevention, Successful Case Studies*, 2nd ed., Guilderland (NY), 1997, 18.

⁵ C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Lavis, 2012, 121; A. LA SPINA, *Sicurezza*, in M. ALMAGISTI, D. PIANA (a cura di), *Le parole chiave della politica italiana*, Roma, 2011, 168 ss.; J. CURBET, *Insicurezza. Giustizia e ordine pubblico tra paure e pericoli*, Roma, 2008, 47.

⁶ La spinta data dal legislatore nazionale (o forse la presa d'atto di una prassi già consolidata a livello locale, cfr. S. STEFANIZZI, *La città di quarzo. La videosorveglianza nelle politiche locali per la sicurezza urbana*, in F. PIZZOLATO, P. COSTA (a cura di), *Sicurezza e tecnologia*, Milano, 2017, 253), affinché «Per la tutela della sicurezza urbana, i comuni possono utilizzare sistemi di videosorveglianza in luoghi pubblici o aperti al pubblico», ha avuto abbrivio con la previsione di cui all'art. 6, co. 7, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile 2009, n. 38. Non va trascurato però che già pochi mesi prima, anticipando il cita-

to intervento normativo, lo stesso legislatore, con l'approvazione della l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha concesso a norma dell'art. 1, co. 228, il riconoscimento da parte dell'Agenzia delle entrate di un credito di imposta a favore di determinati soggetti, individuati dalla norma, che si erano dotati di sistemi di videosorveglianza. Se la provenienza dell'ultimo degli interventi legislativi citati è riconducibile alla stessa compagine parlamentare da cui è provenuta la l. 27 dicembre 2002, n. 289, il cui art. 74 si muove su una linea direttrice parallela a quella appena enunciata, ciò non evidenzia nessuna paternità politica all'utilizzo della videosorveglianza nei contesti urbani, perché la sicurezza situazionale è una metodologia apprezzata trasversalmente dalle diverse forze politiche presenti in Parlamento. In questo senso, venendo alle cose recenti, vale la pena segnalare come il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48 (da qui innanzi anche decreto Minniti), muova nella stessa direzione. Infatti, con l'art. 5, co. 2, lett. a), è stato previsto che l'installazione di sistemi di videosorveglianza è strumentale al raggiungimento dell'obiettivo della prevenzione e contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria. Ciò, peraltro, è oggetto dei c.d. *patti per la sicurezza*, prevedendosi a tal fine un'autorizzazione di spesa, che ai sensi del co. 2-ter della stessa norma è pari a 7 milioni di euro per l'anno 2017 e a 15 milioni di euro per ciascuno degli anni 2018 e 2019. L'autorizzazione di spesa in parola, ai sensi dell'art. 35-quinquies del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132 (c.d. *Decreto Sicurezza*), ha trovato per i quattro anni successivi un incremento progressivo.

⁷ In data 24 gennaio 2018, con accordo sancito in sede di Conferenza Unificata le Regioni hanno aderito all'indirizzo dettato dal decreto Minniti. Inoltre, si veda come in alcuni contesti regionali l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza per finalità di sicurezza urbana sia stato già dapprima oggetto di specifiche previsioni normative, per esempio: l. reg. Lombardia 1° aprile del 2015, n. 6; l. reg. Friuli-Venezia Giulia 14 agosto 2008, n. 9; l. reg. Veneto 27 febbraio 2008, n. 1; l. reg. Valle D'Aosta 19 maggio 2005; l. reg. Abruzzo 12 novembre 2004, n. 40 e l. reg. Emilia-Romagna 4 dicembre 2003, n. 24.

⁸ Ad oggi, tutti i patti per la sicurezza stipulati a norma dell'art. 5 del decreto Minniti contengono, in ossequio alle c.d. *Linee guida per l'attuazione della sicurezza urbana* siglate in sede di Conferenza Stato-Città, previsioni relative all'utilizzo di sistemi di videosorveglianza. La spesa per l'installazione di detti sistemi è coperta dai Comuni e, nei casi in cui non si prevede l'installazione di nuovi dispositivi, comunque i Comuni hanno consentito l'accesso e l'utilizzo alle FF.OO., diverse da quelle a ordinamento locale, ai propri preesistenti sistemi di videocontrollo, così generando, in ottica integrata, l'interoperatività tra sistemi di sorveglianza. Parimenti è a dirsi quanto ai dati raccolti e da raccogliere.

Il sistema in parola è ascrivibile alla c.d. *teoria delle attività routinarie*, messa a punto da Marcus Felson e Lawrence Cohen⁹ sul finire degli anni Settanta. Si tratta della naturale evoluzione, in parallelo con il progresso tecnologico, della sorveglianza del territorio, in particolare di piazze e vie pubbliche dei grandi centri abitati nonché di infrastrutture e giardini pubblici¹⁰, posta in essere da parte degli operatori di polizia.

È proprio in questo filone evolutivo che si è collocata, prima, l'archiviazione (o *storage* che dir si voglia) dei dati acquisiti per mezzo della videosorveglianza¹¹ e, successivamente, i sistemi di videocontrollo che si servono dell'intelligenza artificiale per processare dati comportamentali e biometrici, elaborando predizioni situazionali¹².

Il modello di sicurezza realizzato per mezzo dell'osservazione, secondo una terminologia ormai invalsa anche nel dibattito giuridico nazionale, si definisce dinamico-preventivo. Esso è alternativo al sistema offerto dalla giustizia penale¹³ e trova tendenzialmente impulso nell'iniziativa dell'autorità politica locale¹⁴, la quale intende rispondere alle

⁹ L. COHEN, M. FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends. A Routine Activity Approach*, in *American Sociological Review*, 44, n. 4, 1979, 588 ss.

¹⁰ G.G. NOBILI, *La videosorveglianza e l'esperienza emiliano-romagnola*, in *Quaderni di Città sicure*, n. 31, 2005, 202; V. FERRARIS, M. SORRENTINO, *Indagine sui sistemi di videosorveglianza in Piemonte*, in *Regione Piemonte. Terzo Rapporto sulla sicurezza integrata nella Regione Piemonte 2012/2013*, Torino, 65.

¹¹ J.B.L. CHAN, *Police and new technologies*, in T. NEWBURN, *Handbook of Policing*, Devon, 2003, 655 ss.

¹² Si apprende dal testo dall'interrogazione proposta al Ministro dell'interno dagli onorevoli Senatori Sensi *et alii*, depositata presso il Senato della Repubblica e pubblicata sub "atto n. 3-00499" nella seduta n. 76 del 13.06.2023, che si stia concedendo alle Questure l'utilizzo di «un nuovo sistema di elaborazione e analisi automatizzata per l'ausilio delle attività di polizia denominato "Giove"», il sistema in parola avrebbe «capacità di previsione di una serie di reati in base allo sviluppo di un algoritmo di intelligenza artificiale» e sarebbe ascrivibile ai c.d. *sistemi di polizia predittiva*.

¹³ P. ROBERT, *Les politiques de prévention de la délinquance à l'aune de la recherche*, Paris, 2003, 14; M. PAVARINI, *Bisogni di sicurezza e questione criminale*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 4, 1994, 449.

¹⁴ A. BARATTA, *I nuovi orizzonti della prevenzione*, in *Sicurezza e territorio*, n. 2, 1993, 10.

istanze di sicurezza dei cittadini residenti nei contesti urbanizzati¹⁵, generando un maggior controllo del territorio. Ciò in quanto l'osservazione è, in sé, una forma di prevenzione capace di interrompere il nesso eziologico tra condizioni di insicurezza – dovute all'invisibilità – ed evento criminoso. È, appunto, in questa interruzione che si colloca la prevenzione¹⁶.

3. *L'emersione del problema*

Il modello securitario descritto, come accennato all'inizio, determina una forte incidenza sui diritti delle persone¹⁷: all'aumento generale di sicurezza corrisponde un inevitabile sacrificio della *privacy* e della riservatezza per i singoli e, più ampiamente, della loro qualità di vita¹⁸. Il tratto peculiare della sicurezza perseguita per mezzo dell'osservazio-

¹⁵ La domanda di sicurezza che i cittadini rivolgono ai rappresentanti politici locali muove dalla presenza nel contesto urbano di fattori di microdelinquenza e criminalità predatoria, con riferimento soprattutto alla prima vi è da osservare come spesso si tratta di fatti che hanno una bassissima rilevanza penale e che sono spesso più correttamente ascrivibili al fenomeno del c.d. *degrado urbano*, traducendosi a volte in una semplice richiesta di rispetto delle convenzionali regole di civiltà. Sul punto si vedano W.G. SKOGAN, *Disorder and Decline. Crime and the Spiral of Decay in American Cities*, Berkeley (CA), 1990; R.J. SAMPSON, S.W. RAUDENBUSH, *Systematic Social Observation of Public Spaces. A New Look at Disorder in Urban Neighborhoods*, in *American Journal of Sociology*, 105, n. 3, 1999, 603 ss.; M. BARBAGLI, *L'insicurezza nelle città italiane*, in ID. (a cura di), *Egregio signor sindaco. Lettere dei cittadini e risposta dell'istituzione sui problemi della sicurezza*, Bologna, 1999, 9 ss.

¹⁶ K. PEASE, *Crime Prevention*, in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 2nd ed., 1998, 963.

¹⁷ F. PIZZETTI, *Privacy, videosorveglianza e sicurezza urbana. Abstract della Relazione*, in M. MANETTI, R. BORRELLO (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 83, secondo cui: «non va mai dimenticato infatti che comunque la videosorveglianza e il videocontrollo comprimono di fatto la nostra libertà e il diritto delle persone di vivere senza essere sempre e in ogni occasione dentro l'occhio vigile di un obiettivo che è oggi l'occhio elettronico di una società che rischia di essere ogni giorno più oppressiva e più invasiva della vita di tutti».

¹⁸ C. MOSCA, *op. cit.*, 232.

ne sta nel fatto che la compressione dei diritti individuali prescinde dalla condotta posta in essere: il controllo coinvolge tutti, indipendentemente dall'effettiva *pericolosità*, o, per meglio dire, dalla condotta generalmente tenuta e già accertata dall'autorità giudiziaria o dall'attitudine a violare le regole. In tal guisa, la funzione di «ordine pubblico e sicurezza», declinata nel contesto urbano, transiterebbe dall'essere esercitata attivamente per mezzo del controllo del territorio, all'essere esercitata passivamente, tenendo il territorio sotto controllo.

Quanto detto risulta essere ancora più incisivo, se si pensa a quanto l'impiego dell'intelligenza artificiale possa rendere più efficace il controllo del territorio, tanto da giungere a forme di polizia predittiva¹⁹, quale *species* del più ampio *genus* della sorveglianza dinamico-preventiva. L'utilizzo di *device*, che per mezzo di A.I., *big data*²⁰ e IoT²¹ sono

¹⁹ A. PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, Torino, 2017, 19, il quale comunque ne evidenzia i limiti; si veda nota n. 10.

²⁰ La Commissione europea [COM(2014)442 *final*] ha definito i Big data come «una grande quantità di tipi diversi di dati prodotti con un'alta velocità da un grande numero di fonti di diverso tipo. La gestione di tali aggregati di dati richiede oggi nuovi strumenti e metodi, come processori potenti, software e algoritmi». I big data sono caratterizzati da cinque componenti fondamentali c.d. 5V. Il «volume», in relazione alla mole di dati; la «velocità», in relazione al processo di elaborazione degli stessi; la «varietà», in considerazione della diversità di fonti da cui provengono; la «veridicità», che va stabilita e ne indica la debolezza; la «variabilità», tipica dei dati caratterizzati da formati diversi così come diversa può essere la loro provenienza. Si veda G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018, 178 ss.; L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecnoetica: nuove sfide del diritto*, Torino, 2017, 362; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1689.

²¹ La paternità della locuzione è da attribuirsi a K. ASHTON, *That "Internet of Things" Thing*, in *RFID Journal*, 2009, 97 ss., mentre per una definizione si veda: Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati personali, parere n. 8 del 2014 *Sui recenti sviluppi nel campo dell'Internet degli oggetti*, secondo cui: «Il concetto di Internet degli oggetti (IoT) si riferisce a un'infrastruttura nella quale miliardi di sensori incorporati in dispositivi comuni di uso quotidiano ("oggetti" a sé stanti oppure oggetti connessi ad altri oggetti o persone) sono progettati per registrare, trattare, conservare e trasferire dati e, essendo associati a identificativi univoci, interagiscono con altri dispositivi o sistemi che sfruttano le capacità di collegamento in rete».

in grado di operare il tracciamento e il riconoscimento facciale delle persone che transitano in un determinato luogo, leggendone i dati biometrici²², è ormai una realtà.

È una realtà dove a investire e a elaborare tecnologie sono principalmente aziende private. Dove si sta operando un tentativo di regolazione che vede però sullo sfondo la tensione competitiva tra gli Stati, che impone di ricercare un equilibrio tra tutela dei diritti e sostenibilità²³. Dove, con riferimento al nostro contesto nazionale, sono gli enti locali che reagiscono sempre più positivamente all'offerta del mercato, dotando il territorio urbano di sistemi di videocontrollo interconnessi e intelligenti.

Attualmente, nel Comune di Trento²⁴, o nel recente passato, in città come Como, Torino, Udine, Milano e Napoli²⁵, si sono avuti casi di

Per un primo approccio a carattere non giuridico alla tematica dell'Internet delle Cose, v. N. CLIMER, *Il cloud e l'Internet delle cose*, in J. AL-KHALILI (a cura di), *Il futuro che verrà*, Torino, 2018, 133 ss.

²² Per un primo approccio sulla molteplicità dei contesti in cui la lettura dei dati biometrici viene utilizzata si veda G. BELLOMO, *Biometria e digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. IV, Firenze, 2016, 59 ss.

²³ B. MARCHETTI, L. PARONA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *DPCE online*, vol. 1, 2022.

²⁴ Di recente il Comune di Trento si è dotato di alcuni sistemi di intelligenza artificiale interconnessi, allo scopo garantire la sicurezza della città per mezzo dell'audio e videocontrollo. Invero, già poco più di tre anni fa sullo stesso territorio urbano è stato sperimentato il progetto denominato Protector a cui prendevano parte anche le FF.OO. di altri stati europei (quali Svezia, Belgio, Germania e Irlanda) e che era volto ad assicurare la sicurezza nei luoghi di culto, in particolare prevenendo i c.d. *crimini d'odio*. Oggi, il Comune è servito dall'impianto di due nuove reti. La prima, denominata Marvel, è finanziata dall'UE e vede la partecipazione di 18 soggetti pubblici e privati. Questa è volta ad assicurare la sicurezza urbana comprendendo i tipici interventi di cui all'art. 5 del d.l. 14 del 2017, non operando però alcun riconoscimento facciale e vocale (a differenza degli altri), dunque trattando i dati in maniera anonimizzata. Il secondo, denominato Precrisis, impiega l'intelligenza artificiale al fine di riconoscere eventuali vulnerabilità nello spazio cittadino ed elaborare modelli situazionali di scenari possibili a seguito di delitti a finalità terroristica. Il secondo dei due progetti coinvolge nove

ricorso da parte dell'amministrazione comunale a strumenti di video-sorveglianza, talvolta anche capaci di operare la lettura biometrica dei cittadini osservati²⁶. Non mancano, sul versante privato, imprese che stanno facendo grandi investimenti in questo settore.

Le legittime perplessità dei cittadini sono state oggetto dapprima di alcune decisioni del Garante della privacy e, attualmente, sembrano trovare risposta nel c.d. *A.I. Act*.

È evidente, quindi, che la realtà finora descritta va sottoposta a un'attenta riflessione, onde evitare per un verso l'affermarsi di letture panottiche²⁷ e per altro l'emersione di atteggiamenti tecnofobici, poco

attori di sette paesi differenti. In data 11 gennaio 2024, il GPDP ha adottato un provvedimento sanzionatorio (Prov. n. 5 del 2024) nei confronti del Comune di Trento in relazione all'utilizzo in via sperimentale dei sistemi Marvel e Protector (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9977020>). In particolare, il Garante ha contestato al Comune di Trento non aver dimostrato la sussistenza di un quadro giuridico idoneo a giustificare i trattamenti dei dati personali effettuati, violando così illegittimamente i diritti e le libertà fondamentali delle persone, anche a causa della condivisione di tali dati con gli altri *partners* coinvolti. Inoltre, il Garante ha rilevato l'insufficienza delle tecniche di anonimizzazione dei dati in relazione al rischio di re-identificazione degli interessati. Infine, sono emerse ulteriori criticità metodologiche riguardanti sia la trasparenza, poiché il Comune non ha descritto adeguatamente i trattamenti nelle informative di primo e secondo livello, sia la mancata valutazione d'impatto prima dell'inizio del trattamento.

²⁵ Così viene riportato, quanto alle città di Napoli e Milano, in L. ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 6, 723.

²⁶ Tanto si apprende con riferimento ai comuni di Como, Torino e Udine dall'interrogazione proposta al Ministro dell'interno dagli onorevoli Senatori Sensi *et alii*, depositata presso il Senato della Repubblica e pubblicata *sub* "atto n. 4-00425" nella seduta n. 64 del 3 maggio 2023.

²⁷ Cfr. J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, M. FOUCAULT, M. PERROT (a cura di), Venezia, 2002. A chi scrive, peraltro, non sembra poter essere inopportuno un richiamo alle brillanti osservazioni di Foucault sull'evolversi della c.d. *ortopedia sociale* e alla c.d. *trappola della visibilità* in M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1977, 218; Cfr. G. PELLEGRINO, *Il potere di Foucault in Bentham. Frammenti di un confronto*, in *Lo Sguardo*, 2013, n. 13, 231 ss.; S. TULUMELLO, *Panopticon sud-europeo: (video)sorveglianza, spazio pubblico e politiche urbane*, in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, 107, 2013, 30 ss.; G. FIORIGLIO, *Controllo e sorveglianza nella società dell'informazione*, in *Studi sulla questione cri-*

conciliabili con le ineluttabili esigenze di sostenibilità ed efficienza della società contemporanea. L'amministrazione pubblica però non può ignorare, d'altro canto, i timori dei cittadini.

4. Sicurezza predittiva e facial recognition. Il funzionamento

L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nella lotta al crimine interessa non solo la funzione preventiva *ante delictum*, tipica della sicurezza pubblica, ma anche, con uno sguardo al contesto di altri ordinamenti, l'esercizio del podestà punitiva con l'impiego di sistemi di *criminal profiling* e *sentencing*²⁸.

Certamente il più noto algoritmo predittivo, reso celebre dallo scallore generato più che dall'efficienza dimostrata, è il sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), strumento atto alla formulazione della prognosi di pericolosità sociale degli individui in fase di *sentencing* (momento di commisurazione del trattamento sanzionatorio proprio del sistema penale statunitense), fondata sulle risposte a 137 quesiti (precedenti penali, dipendenze, condizione economica, livello di istruzione e altri). Nei confronti dell'algoritmo in parola sono state mosse una serie di censure, tra le quali l'opacità sul funzionamento dello stesso e i rischi di risultati discriminatori, in particolare verso determinate minoranze etniche²⁹.

Le stesse criticità possono essere mosse all'impiego di sistemi di A.I. in chiave di prevenzione situazionale³⁰, cioè utilizzati per identifi-

minale, 2-3, 2015, 7 ss.; P. RUDAN, *Jeremy Bentham, la trasparenza e la disciplina sociale della costituzione*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2016, 31 ss.

²⁸ F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 2019.

²⁹ *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 5 aprile-13 luglio 2016*. Cfr. S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 4.

³⁰ Si veda sul punto il rapporto pubblicato dal *Government Accountability Office* americano (GAO), *Facial Recognition Technology: Federal Law Enforcement Agencies Should Better Assess Privacy and Other Risks*. Cfr. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Pri-*

care persone sospette o per rilevare situazioni o comportamenti di pericolo, così da consentire una risposta più immediata ed efficace da parte delle forze di polizia e, specularmente, riducendo l'opportunità di delinquere per via della maggiore possibilità che giunga l'intervento di quest'ultime. In questo caso, però, emergono ulteriori problematiche con riguardo alla possibilità che nell'utilizzo dei sistemi in parola per finalità di *law enforcement* il soggetto identificato non è nemmeno sottoposto a indagini preliminari o a procedimento penale (dunque, in assoluta assenza delle tipiche garanzie procedurali) e che i *database* utilizzati sono di proprietà privata³¹ (come anche i *software*) e potrebbero quindi essere sottoposti a segreto industriale, con conseguenti implicazioni sulla trasparenza.

Il riconoscimento e l'identificazione dei soggetti avviene in due fasi: per mezzo della lettura dei loro dati biometrici, cioè a dirsi delle grandezze biofisiche dei tratti somatici, si realizza l'*enrolment*, il cui risultato è l'elaborazione di un *template*; successivamente, quest'ultimo viene comparato con i *template* già a sistema e, in caso di riscontro positivo, avviene il c.d. *matching*³².

In maniera più approfondita, seguendo uno studio del U.S. Government Accountability Office (GAO)³³, il procedimento preordinato a operare il riconoscimento facciale, inizia con l'acquisizione dell'immagine di un luogo e delle persone che ivi si trovano. Il volto di un soggetto, isolato dall'A.I., viene acquisito in un formato digitale idoneo alla lettura da parte del *software*. L'immagine non è di per sé leggibile,

me osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 416.

³¹ *Ibid.*

³² Cfr. E. SACCHETTO, 'Face to face': il complesso rapporto tra 'automated facial recognition technology' e processo penale, in *Legislazione penale*, n. 10/2020, dove l'autore analizza il funzionamento degli algoritmi di riconoscimento facciale, con particolare riferimento al *software S.A.R.I. Enterprise* (Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini) in dotazione alla Polizia di Stato; si veda anche EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, in *FRA – European Union Agency for fundamental right*, 2019.

³³ Rapporto GAO, cit.

lo diventa perché, dopo un procedimento di *normalizzazione* volto a purificare l'immagine dai fattori di contesto come l'esposizione alla luce, viene incasellata in un sistema di assi che evidenzia le grandezze biometriche uniche di ogni soggetto, evidenziando i c.d. *landmarks*, gli elementi tipici di un volto come naso, bocca e occhi. Arriva così il momento di elaborazione del *template* biometrico, questo è un'immagine *vettoriale* chiamata modello biometrico di riferimento. Sarà quest'ultimo a essere comparato poi con gli altri *template* e che, come dato lavorato e non più grezzo, sarà riutilizzato nelle successive analisi, entrando nell'archivio del sistema. È la fase di identificazione e verifica che darà il risultato positivo o negativo, cioè il *match*.

L'avanzamento dei sistemi in parola, oggi, giunge finanche a operare il riconoscimento vocale e comportamentale: laddove una determinata condotta risulti essere ascrivibile a una potenziale situazione di pericolo, si avrà un *matching* positivo e quindi un *alert* alle forze di polizia, onde innescare l'avvio dell'intervento umano. In questo contesto – per avvalorare così la tesi della trasversale pervasività delle tecnologie di *facial recognition* – non si può trascurare come il ricorso alla biometria sia implementato anche nell'ambito del funzionamento di *app* per *smartphone*, dove dalla lettura tattile delle impronte digitali si è approdati al c.d. *scanner facciale*. Inoltre, non è mancata l'applicazione di sistemi di lettura biometrica nei luoghi di lavoro (con la doppia lettura del *badge* e del volto) e negli aeroporti (*faceboarding*). Mentre emblematico risulta essere il caso dell'impiego della biometria per la lettura emozionale dei volti per finalità di *marketing*, aprendo le porte al c.d. *neuromarketing comportamentale*.

Da un punto di vista temporale, l'operabilità dei sistemi di *facial recognition* può essere distinta in due categorie: *real time*, caratterizzata dalla sincronicità tra la fase di ripresa e la fase di analisi, o differita (detta anche post-evento o retrospettiva), connotata dall'asincronicità tra le due fasi. Il procedimento esposto, ovviamente, è preceduto da una fase di programmazione, che consta anche dell'inserimento dei dati e dell'addestramento dell'algoritmo. I sistemi più avanzati, inoltre, sono dotati di capacità di *machine learning* e *deep learning*, cosicché eventuali *bias* cognitivi possono diventare sistemici, con il rischio di perpetuazione e implementazione delle discriminazioni a detrimento di alcu-

ne minoranze o categorie ormai fatte proprie dal sistema. Le criticità non si esauriscono in questo rischio: emergono profili problematici anche con riguardo all'impossibilità di *guardare dentro* il processo di funzionamento dell'algoritmo (c.d. *black box*)³⁴ e, quindi, alla loro intellibilità (c.d. *lack of explainability*).

5. Quis custodiet ipsos custodes?

È stato osservato come «Nell'identificazione biometrica, potrebbe quasi dirsi, si confondono habeas data e una nozione letterale di habeas corpus, dato che il corpo diviene – egli stesso – dato, aprendo le porte del foro individuale interno»³⁵. Con l'identificazione specifica di un soggetto per mezzo del rilievo dei suoi dati biometrici³⁶, si sta operando un trattamento dei dati personali³⁷. Sulla base di questo rilievo, il dibattito giuridico è alimentato da alcune recenti decisioni che tengono conto degli effetti dell'impiego di sistemi di lettura biometrica nei contesti urbani, contrapposti al diritto alla *privacy*³⁸ e alla riservatezza.

³⁴ Per un'analisi generale sul punto si veda G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *federalismi.it*, 30.06.2021.

³⁵ E.C. RAFFIOTTA, MASSIMILIANO BARONI, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 1, 2022, 178.

³⁶ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano, 2017, 89; S. AMATO, F. CRISTOFARI, S. RACITI, *Biometria. I codici a barre del corpo*, Torino, 2013, 33; J. DELLA TORRE, *Novità dal Regno Unito: il riconoscimento facciale supera il vaglio della High Court of Justice*, in *Sistema Penale*, 1/2020; G. GULOTTA, E.M. TUOSTO, *Il volto nell'investigazione e nel processo. Nuova fisiognomica forense*, Milano, 2017, 114 ss.; R. LOPEZ, *La rappresentazione facciale tramite software*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, 239.

³⁷ Ai sensi dell'art. 4, lett. b) del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 s.m.i. è definito dato personale «qualunque informazione relativa a una persona fisica identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

³⁸ Cfr. S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta online*, 2021/II, 491 ss.

5.1. *Novità d'Oltremarica*

Risale a pochi anni fa la prima decisione giurisdizionale sul tema. Nel 2019, un'Alta Corte di giustizia del Regno Unito ha statuito sulla liceità dell'uso in luoghi pubblici della tecnologia di riconoscimento facciale automatico (AFR – *Automated Facial Recognition*) da parte della Polizia del Galles³⁹. La vicenda processuale trovava origine nell'azione proposta da un gruppo di attivisti, i quali lamentavano la violazione di alcune disposizioni del Data Protection Act, dell'Equality Act e della CEDU. Con riferimento a quest'ultima si prospettava la violazione dell'art. 8 che tutela la vita privata, mancando i requisiti di «foreseeability, predictability, and hence of legality» del trattamento. Inoltre, si lamentava che i *software* usati potrebbero dar luogo a *match* errati in ragione della presenza di *bias* cognitivi e di errori di programmazione. Tale ultimo aspetto è messo in evidenza, con riferimento ai sistemi installati nel nostro contesto nazionale, nell'interrogazione parlamentare proposta al Ministro dell'interno di cui si è già fatto cenno. I giudici del Regno Unito, con riferimento all'art. 8 della CEDU, hanno evidenziato come l'uso della tecnologia in questione superi il c.d. *Bank Mellat test*. Sulla base di quest'ultimo, un'interferenza con i diritti tutelati dalla norma può essere giustificata solo se siano soddisfatti cumulativamente tutti i seguenti requisiti: a) nel bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e il sacrificio al diritto soggettivo imposto prevalga il primo; b) c'è un collegamento razionale tra la misura adottata e l'obiettivo da raggiungere; c) non vi era una misura meno invasiva adottabile, comunque soddisfattiva verso l'obiettivo; d) si sia raggiunto un giusto equilibrio tra i diritti dell'individuo e gli interessi della comunità. Per il giudice, infatti, la tecnologia AFR è finalizzata alla prevenzione dei reati e l'uso che ne è stato fatto in concreto «ha raggiunto un giusto equilibrio e non è stato sproporzionato».

Le conclusioni della Corte, però, non hanno superato il vaglio del Giudice d'Appello britannico. Adita, infatti, sulla base di cinque censu-

³⁹ High Court Of Justice - Queen's Bench Division - Divisional Court Sitting at Cardiff Civil Justice Centre, 04.09.2019, Case No: CO/4085/2018.

re mosse alla decisione di prime cure, la Corte d'Appello si è pronunciata⁴⁰, ritenendo, in primo luogo, che l'utilizzo di sistemi di riconoscimento facciale per attività di *law enforcement* può considerarsi una ragionevole interferenza nei diritti individuali in gioco, solo a condizione che vi sia una base regolamentare e nel rispetto del principio di proporzionalità. Altresì, nella sua declaratoria, la Corte ha rilevato, per un verso, che l'autorità di sicurezza pubblica non aveva operato preventivamente alcuna valutazione circa l'impatto che l'uso della tecnologia in questione generava sui dati personali, per altro verso che risultava del tutto assente ogni valutazione relativa ai *bias* razziali e sessuali del *software*.

Questa pronuncia risulta di fondamentale importanza nell'approccio al fenomeno in questione, che lo stesso Giudice in sede di Appello ha definito essere «novel and controversial». La decisione indirizza il Regno Unito lungo la linea di cautela seguita dai decisori politici e giudiziari europei, sebbene non sia totalmente sovrapponibile a essa per via del fatto che secondo la Corte

all police forces that intend to use it in the future would wish to satisfy themselves that everything reasonable which could be done had been done in order to make sure that the software used does not have a racial or gender bias.

In questo modo si rimette alla stessa autorità pubblica che decide di usare il sistema ogni valutazione sulla sua congruità. Soluzione, quest'ultima, che non appare – almeno a chi scrive – la più adeguata in un'ottica di garanzia dei diritti, essendo preferibile, invece, che la valutazione sull'impatto e sulla proporzionalità sia rimessa a un'autorità pubblica terza e dovendosi escludere la possibilità di imputare la valutazione al produttore⁴¹.

⁴⁰ High Court Of Justice - Queen's Bench Division - Divisional Court Sitting at Cardiff Civil Justice Centre, 11.08.2020, Case No: C1/2019/2670.

⁴¹ Garante Privacy, *Videosorveglianza: stop del Garante privacy a riconoscimento facciale e occhiali smart*, Comunicato del 14 novembre 2022.

5.2. Tra Karlsruhe e Lussemburgo la chiusura da parte dei giudici

Il ricorso alla biometria nella prevenzione criminale è questione che ha interessato anche altri ordinamenti statuali europei.

Nel contesto tedesco, per via delle criticità esposte, la Corte costituzionale è intervenuta sulla legge dell'Assia sulla Sicurezza e l'Ordine Pubblico (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung - HSOG*) e sulla legge di Amburgo sul Trattamento dei Dati di polizia (*Hamburgisches Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei - HmbPolDVG*). Entrambi questi atti contenevano previsioni volte a concedere l'utilizzo alle forze dell'ordine di sistemi automatici di analisi (in Assia)⁴² e di valutazione (ad Amburgo) di dati biometrici per finalità di sicurezza predittiva (sebbene a differenza della polizia assiana, quella di Amburgo non ha mai utilizzato il sistema).

Il *Bundesverfassungsgericht*, riunendo i ricorsi⁴³, ha pronunciato la declaratoria di incostituzionalità⁴⁴ delle due previsioni normative, ritenendole non rispettose del principio di proporzionalità, nel loro determinare interferenze nella sfera dei diritti della persona.

In particolare, a differenza della decisione del Giudice d'appello inglese, ciò che evidenzia il Giudice delle leggi non è l'assenza di legalità determinata dalla mancanza di regolazione, ma il fatto che il trattamento automatizzato di dati raccolti per altre finalità comporta nuove ulteriori conoscenze all'amministrazione, non rispettando così il principio di limitazione delle finalità e di autodeterminazione informativa (v. par. 55 ss. della decisione e art. 5 GDPR). Con riferimento a quest'ultimo principio, la Corte, comunque, precisa che possono consentirsi interferenze profonde solo laddove vi sia un *pericolo concreto (konkretisierte*

⁴² Il sistema in uso in Assia è stato elaborato dalla Società statunitense Palantir ed è denominato *HessenDATA*.

⁴³ Ricorso 1 BvR 1547/19 e 1 BvR 2634/20.

⁴⁴ *Bundesverfassungsgericht*, I Senato (Presidente Stephan Harbarth), 16 febbraio 2023 - 1 BvR 1547/ 19, 1 BvR 2634/20; per un primo commento si veda M. MERLER, *La Corte costituzionale tedesca si pronuncia sul trattamento automatizzato dei dati in contesti di polizia*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 5, 685.

Gefahr) per beni giuridici di grande rilievo, quali per esempio la vita, l'incolumità pubblica e la libertà personale.

Sulla stessa scia si assesta la Corte di giustizia dell'Unione europea, adita su rinvio pregiudiziale del Giudice penale bulgaro.

I giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi in relazione alla raccolta sistemica di dati biometrici, che nel caso di specie veniva effettuata su soggetti già sottoposti a procedimento penale.

Nella pronuncia che ha concluso il giudizio⁴⁵, la CGUE ha evidenziato che ai sensi dell'art. 10, lettera a), della direttiva (UE) 2016/680 il trattamento di dati biometrici da parte delle autorità di polizia, a fini di lotta contro la criminalità e di tutela dell'ordine pubblico, è consentito se il diritto dello Stato membro contiene una base giuridica sufficientemente chiara e precisa per autorizzare detto trattamento.

Risulta chiaro così come, oltre che nell'ambito di un procedimento penale (come nel caso del giudizio innanzi al giudice *a quo*), per la CGUE l'utilizzo dei dati biometrici per finalità di *law enforcement* è concesso solo nel rispetto del principio di legalità e dei principi legati al trattamento dei dati in generale, che dovranno essere oggetto di bilanciamento già in sede di regolazione, dove vanno indicate in modo tassativo le ipotesi che possono dar luogo a interferenze con la protezione dei dati personali.

5.3. *L'approccio italiano. La voce del Garante e l'intervento del legislatore*

Sul versante dell'ordinamento interno, anche il Garante per la protezione dei dati personali ha avuto modo di intervenire più volte sulla questione.

Al di là di quanto segnalato pocanzi circa l'utilizzo in alcune città italiane di *software* di *facial recognition*, emblematico risulta essere il caso relativo al *software* di analisi dati in tempo reale denominato *S.A.R.I. Real Time* (diverso dal sistema *S.A.R.I. Enterprise* di cui già si

⁴⁵ CGUE, 26 gennaio 2023, C-205/21.

è fatta menzione)⁴⁶. Su di esso è caduta la censura del Garante della privacy⁴⁷, in quanto il trattamento automatizzato di dati su larga scala si estenderebbe anche a soggetti non inclusi nella *watch-list* della Polizia, determinando così il passaggio «dalla sorveglianza mirata di alcuni individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare alcuni individui».

Il Garante risulta essere molto sensibile al tema. Non di rado, infatti, sono state aperte istruttorie relative a Comuni che si sono dotati di impianti di videosorveglianza collegati a sistemi di intelligenza artificiale (da ultimi Torino, Lecce e Como). In questi casi il Garante ha assunto una posizione di chiusura verso i *software* capaci di identificare le persone in maniera univoca per mezzo dei loro dati biometrici, sebbene segnali al contempo che

il trattamento di dati personali realizzato da soggetti pubblici, mediante dispositivi video, è generalmente ammesso se necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri⁴⁸.

In particolare, l'Autorità preposta alla tutela della riservatezza sottolinea che i Comuni «possono utilizzare impianti di videosorveglianza, solo a condizione che venga stipulato il cosiddetto “patto per la sicurezza urbana tra Sindaco e Prefettura”»⁴⁹. Di recente, poi, il Garante della privacy ha condiviso le conclusioni in tema di *facial recognition* per

⁴⁶ Si deve segnalare che la Polizia di Stato ha avuto in dotazione anche altri *software*. In particolare, è stato usato un algoritmo a capacità euristiche denominato *XLAW* e un sistema più propriamente di polizia predittiva denominato *Giove*.

⁴⁷ GPDP, Parere sul sistema Sari Real Time, Registro dei provvedimenti n. 127 del 25 marzo 2021.

⁴⁸ GPDP, Comunicato del 14 novembre 2022, *Videosorveglianza: stop del Garante privacy a riconoscimento facciale e occhiali smart. L'Autorità apre istruttorie nei confronti di due Comuni*.

⁴⁹ *Ibid.*

funzioni di *law enforcement* proprie del Comitato europeo per la protezione dei dati (CEPD)⁵⁰ e trasfuse nelle linee guida 5/2022.

Dal canto suo, anche il legislatore nazionale si è mostrato sensibile verso la questione, prorogando i termini per la sospensione dell'installazione e dell'utilizzazione di impianti di *facial recognition* in luoghi aperti al pubblico⁵¹, ritenendo preminente l'esigenza di una disciplina legislativa della materia che fissi i requisiti di

ammissibilità, le condizioni e le garanzie relativi all'impiego di sistemi di riconoscimento facciale, nel rispetto del principio di proporzionalità previsto dall'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Oggi, sulla scorta del dato normativo appena enunciato, è da ritenere vietato per espressa volontà legislativa l'impiego di *software* idonei a operare la lettura dei dati biometrici per finalità securitarie. Tuttavia, come già è stato evidenziato, non si può tacere il ricorso che alcune amministrazioni comunali hanno fatto a tali sistemi.

6. La bozza di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (A.I. Act)

In una precedente edizione del Convegno che ci ha ospitati è stato osservato come «il gioco delle definizioni non è un gioco a somma zero»⁵². Se per *big data* e *IoT* è stato più facile fornire una definizione, lo

⁵⁰ GPDP, *Relazione annuale 2022*, § *Linee guida sul riconoscimento facciale nel settore delle attività di polizia e giudiziarie*, 187-188.

⁵¹ Infatti, con la previsione di cui all'art. 8-ter del decreto-legge 10 maggio 2023, n. 51, convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 87, ha prorogato fino al 31 dicembre 2025 i termini legislativi di cui all'art. 9, comma 9, del d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito con modificazioni dalla l. 3 dicembre 2021, n. 205.

⁵² M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016, 11, secondo cui: «le definizioni sono elemento in grado di determinare il diritto nello spazio, nel tempo, nella sua connotazione sociale, culturale e politica e, questione ancora più delicata, di condizionare pro-

stesso non può dirsi per il concetto di intelligenza artificiale: anzi, si può dire che fino all'approvazione della bozza di Regolamento sull'intelligenza artificiale, mancasse una definizione minima del fenomeno⁵³. L'assenza assoluta di una definizione si riscontra anche con riferimento al termine videosorveglianza, perché il legislatore nazionale chiarisce semplicemente che l'attività di rilevazione di immagini e suoni costituisce «trattamento di dati personali»⁵⁴. Altresì, la bozza di regolamento europeo, sempre all'art. 3 rubricato «definizioni», qualifica i dati biometrici come «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici»⁵⁵.

A livello mondiale, il *rulemakers* europeo, con la recente approvazione da parte del Parlamento dell'*A.I. Act*, sta giocando un ruolo di primo piano, essendo questo il primo concreto tentativo di regolare l'intelligenza artificiale. Sulla base giuridica dell'art. 114 TFUE l'*A.I. Act* uniformerà tutti i paesi membri nell'approccio al fenomeno in analisi, fissando una disciplina stabile e tendenzialmente univoca, grazie anche alla scelta dello strumento del regolamento in luogo della direttiva.

Il regolamento ha come ambito applicativo la circolazione e l'impiego dei sistemi di A.I., così i suoi effetti si dispiegheranno finanche verso produttori, fornitori e *deployer* extraeuropei che mirino ad allocare i

fondamente il fondamentale passaggio dal diritto, legislativo o giurisprudenziale, ai diritti. La tutela di questi passa anche per l'impiego che della definizione si faccia poiché [...] da essa dipende, in molti casi, la capacità del diritto di plasmarsi alle forme del mondo».

⁵³ R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid*, Rassegna - n. 271 (numero 14/2017). L'art. 3 della bozza di Regolamento da una definizione di "sistema di intelligenza artificiale", tale definizione resta nell'art. 3, par. 1, del testo definitivo.

⁵⁴ Art. 4, d.lgs. 30 giugno 2003, 196.

⁵⁵ La nozione di dati biometrici utilizzata all'art. 3, par. 34, del regolamento è in linea con la nozione di dati biometrici di cui all'art. 4, punto 14), del reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, all'art. 3, punto 18), del reg. (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio e all'articolo 3, punto 13), della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio.

loro prodotti o servizi (anche qualora dovessero giungere solo gli *output*) sul mercato interno. In altre parole, qualunque sistema di intelligenza artificiale si vorrà impiegare nello spazio europeo, dovrà conformarsi al regolamento⁵⁶.

Il regolamento in parola è giunto alla fase conclusiva della procedura legislativa, dopo un crescente interessamento da parte dell'Unione verso la materia. Questo provvedimento appare una risposta soddisfacente ed equilibrata al problema, perché risponde a un'impostazione antropocentrica, coerente con il sistema assiologico-valoriale dell'Unione e capace, per via degli strumenti di flessibilità previsti, di potersi adattare al progressivo mutare delle fattispecie concrete. Alle medesime conclusioni si può giungere anche con riferimento all'impiego dell'A.I. per finalità di *law enforcement*, che è oggetto di specifiche previsioni.

7. Le specifiche previsioni per l'impiego dell'A.I. per funzioni di law enforcement

Il regolamento, con riferimento alle diverse tipologie di sistemi di A.I. esistenti, adotta un approccio categorizzante basato sul rischio. In particolare, la possibilità di impiego di sistemi di A.I. viene graduato sulla base del rischio che esso è in grado di generare (*risk approach*).

Con particolare riferimento all'uso dei dati biometrici, si distinguono cinque tipologie di sistemi⁵⁷: «sistema di riconoscimento delle emozioni», «sistema di categorizzazione biometrica», «sistema di identificazione biometrica remota», «sistema di identificazione biometrica remota in tempo reale» e «sistema di identificazione biometrica remota a posteriori». Intendendosi, con il primo, un sistema di A.I. volto a indentificare emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici; con il secondo, definito «sistema di categorizzazione biometrica», un sistema di I.A. che utilizza i dati biometrici di persone fisiche al fine di assegnarle a categorie specifiche, quali quelle basate sul sesso,

⁵⁶ Cfr. art. 2 *AI Act*.

⁵⁷ Cfr. art. 3, parr. 39-43, *AI Act*.

l'età, il colore dei capelli, il colore degli occhi, i tatuaggi, l'origine etnica o l'orientamento sessuale o politico; con il terzo sistema, definito «di identificazione biometrica remota», un sistema di I.A. finalizzato all'identificazione a distanza (senza, quindi, il coinvolgimento attivo) di una persona fisica mediante il confronto dei suoi dati biometrici con quelli contenuti in una banca dati di riferimento – e senza che l'utente del sistema di I.A., cioè l'agente di pubblica sicurezza, sappia in anticipo se la persona sarà presente e può essere identificata; con il quarto, un sistema di identificazione biometrica remota in cui il rilevamento dei dati biometrici, il confronto e l'identificazione avvengono senza ritardi significativi, includendo non solo le identificazioni istantanee, ma anche quelle che avvengono con brevi ritardi limitati, al fine di evitare l'elusione della normativa; infine, con l'ultimo, ci si riferisce in maniera residuale a sistemi di identificazione biometrica remota diversi da quelli «in tempo reale».

Come anticipato, il regolamento annovera tra quelle che sono ritenute essere «pratiche di intelligenza artificiale vietate», a norma dell'art. 5, par. 1, lett. h), «l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale» in spazi accessibili al pubblico per finalità di *law enforcement*.

Tali sistemi sono sempre vietati, fatta eccezione per il caso in cui l'impiego di questi non risulti necessario «per confermare l'identità della persona specificatamente interessata» in tre ipotesi tassativamente previste dal regolamento: a) la ricerca mirata di specifiche vittime dei reati di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché la ricerca di persone scomparse; b) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico; c) la localizzazione o l'identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un'indagine penale per i reati di cui all'Allegato II del regolamento⁵⁸ e solo qualora per lo stesso reato, nello Stato

⁵⁸ Tali reati sono: terrorismo; tratta di esseri umani; sfruttamento sessuale di minori e pornografia minorile; traffico illecito di stupefacenti o sostanze psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; omicidio volontario o lesioni gravi; traffico

in cui si installa il sistema, la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà abbia durata massima di almeno quattro anni.

Inoltre, tranne che in situazioni di urgenza debitamente giustificate⁵⁹, ai fini dell'impiego del sistema di A.I. a riconoscimento biometrico, è prescritta la preventiva autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente competente dello Stato membro su richiesta motivata dell'autorità che intende impiegare il sistema di riconoscimento e in conformità alle regole dettagliate del diritto nazionale, che a tale scopo dovranno essere previste dagli Stati membri.

Inoltre, al par. 2 dell'art. 5 si prevede che l'autorità di contrasto, ai fini dell'utilizzo di sistemi di identificazione biometrica in tempo reale, debba operare dapprima una prognosi relativa alla gravità e probabilità del pericolo nonché alla possibile entità del danno causato dal non uso del sistema, bilanciando ciò con le conseguenze che l'utilizzo del sistema comporterebbe sui diritti e le libertà dei singoli, provvedendo anche a completare una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali a norma dell'art. 27 e a registrare il sistema nella banca dati UE conformemente all'art. 49.

Il par. 3 dell'art. 5, infine, prevede che la decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente in ordine al rilascio dell'autorizzazione è vincolante per l'autorità di contrasto e va adottata solo previa istruttoria, volta ad accertare se l'utilizzo del sistema è necessario e proporzionato al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 5, par. 1, lett. h) nonché limitato nel tempo e nell'ambito geografico e personale.

Il regolamento, quindi, non vieta in assoluto l'utilizzo di sistemi biometrici per fini securitari, semmai ne vieta l'utilizzo sproporzionato,

illecito di organi e tessuti umani; traffico illecito di materie nucleari e radiative; sequestro, detenzione illegale e presa di ostaggi; reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale; illecita cattura di aeromobile o nave; violenza sessuale; reato ambientale; rapina organizzata o a mano armata; sabotaggio; partecipazione a un'organizzazione criminale coinvolta in uno o più dei reati elencati.

Questa elencazione tassativa contenuta nella versione definitiva dell'AI Act ha fatto venire meno le più ampie possibilità a cui si apriva con la bozza di regolamento, che rimandava ai reati di cui all'art. 2, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, cioè a dirsi quelli per i quali è possibile spiccare il mandato d'arresto europeo.

⁵⁹ Art. 5, par. 3, *AI Act*.

cioè in tutti quei casi in cui il sacrificio in termini di lesione dei diritti e compressione della libertà per i singoli risulta superiore rispetto all'effettivo interesse generale che si vuole tutelare o perseguire. In altre parole, nel normare il fenomeno se ne consente un uso teleologicamente orientato, funzionalizzato: da una parte, si segnano i limiti dell'attività, dall'altra, se ne direziona l'uso verso quei settori in cui maggiori sono le ricadute positive.

8. Considerazioni finali

La vicenda fin qui descritta, anche con riguardo alle prospettive che si intravedono sull'orizzonte dell'entrata in vigore dell'*A.I. Act*, fa sperare che la risposta che giunge da Bruxelles possa essere di grande aiuto dal punto di vista metodologico. L'utilizzo dello strumento del regolamento in luogo della direttiva, certamente, è frutto di una scelta ben precisa, idonea a generare una maggiore coerenza. Inoltre, non si può trascurare il fatto che, da un punto di vista applicativo, gli effetti del regolamento sono destinati a prodursi anche fuori del contesto europeo. Ciò risulta particolarmente vero, secondariamente, anche per via del c.d. *Brussels effect*⁶⁰, la capacità dell'Unione europea di condizionare unilateralmente i mercati mondiali, regolando il mercato interno. Ciò in quanto le multinazionali tendono a preferire l'uniformità nella produzione e, per fare ciò, si adeguano alle regole del mercato europeo, che tra l'altro è anche lo spazio di elezione per l'allogamento dei propri prodotti. Non è un caso che Cina e Stati Uniti⁶¹, con riferimento all'uso

⁶⁰ ANU BRADFORD, *Effetto Bruxelles: come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

⁶¹ Si veda il recente *executive order* assunto dal presidente Biden, che prevede un'articolata serie di misure volte a scongiurare i rischi derivanti dall'uso di algoritmi sofisticati e basati sulla tecnica del *machine learning*.

V. *Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* firmato dal Presidente Joe Biden – 30 ottobre 2023, in *Astrid - online*: <https://www.astrid-online.it/rassegna/2023/09-11-2023-n-381.html#:~:text=Executive%20Order%20on,30%20ottobre%202023>.

dell’A.I., si stiano muovendo in anticipo, proprio per non subire passivamente la colonizzazione dei valori europei, come già accaduto con riferimento alla protezione dei dati personali (GDPR).

Si deve rilevare, inoltre, che il *rulemaker* europeo sembra essere riuscito nell’arduo compito di bilanciare efficienza e garanzia, competitività e tutela dei diritti, ma anche, con particolare riferimento all’uso della biometria per finalità di *law enforcement*, tutela dell’ordine pubblico materiale e rispetto dei diritti.

Ovviamente, la stessa questione di bilanciamento si pone nei singoli contesti nazionali, ognuno caratterizzato da una propria organizzazione statutale che inevitabilmente implica differenziazioni e asimmetrie applicative.

L’esercizio della funzione securitaria, nel contesto italiano, è caratterizzato da una *governance* integrata che coinvolge più attori istituzionali, chiamati a interagire per il perseguimento dell’interesse pubblico primario, in un’ottica di sinergica collaborazione. Non si tratta di dimettere in comune funzioni e competenze, ma di creare collaborazione e coordinamento.

A questo fine il decreto Minniti fornisce uno strumento giuridico idoneo al raggiungimento dello scopo. Si tratta dei c.d. *patti per la sicurezza*, che, come peraltro già osservato dal Garante per la protezione dei dati personali, sono lo strumento giuridico idoneo all’implementazione di sistemi di videosorveglianza nei contesti urbani.

Il ricorso a tale strumento genererebbe varie ricadute positive. In particolare, il coinvolgimento dell’autorità politica locale conferirebbe maggiore democraticità alle scelte amministrative. Inoltre, le esigenze di coordinamento amministrativo che vengono in rilievo inducono a far ritenere che le scelte relative all’utilizzo di sistemi di A.I. per finalità di *law enforcement* debbano essere oggetto di attenta ponderazione e di raccordo (entrambe attività che a livello locale si realizzano nella sede del Comitato Provinciale per l’Ordine e la Sicurezza Pubblica) e che a livello nazionale passano, per come peraltro previsto dallo stesso decreto Minniti, dalle due Conferenze permanenti.

Inoltre, l’utilizzo dello strumento pattizio conferirebbe, in virtù della sua natura di accordo tra pubbliche amministrazioni, stabilità alla colla-

borazione tra i diversi livelli di governo coinvolti e maggiore trasparenza alle scelte assunte.

Va tenuto presente, almeno a parere di chi scrive, che il facile ricorso alle nuove tecnologie non deve divenire un pretesto affinché chi ha responsabilità politiche e amministrative abdichi alle stesse, deputando l'esercizio delle proprie funzioni a decisori algoritmici. Le criticità che sono state enunciate, parimenti, devono condurre a un utilizzo di questi strumenti che tenga conto non solo della sicurezza materiale, ma anche dei diritti personali. Trovare il giusto equilibrio è una questione di metodo, di accorta ponderazione. Questo concetto dev'essere tenuto presente anche in sede di adeguamento della normativa interna, prevenendo procedure rigorose e trasparenti, stringenti sistemi di controllo, un adeguato bilanciamento tra la prospettiva garantista e quella personalistica.

LE RICADUTE DEL *NEXT GENERATION EU* SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO DIGITALE E IL PROBLEMATICO USO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELL'ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Laura Sancilio

SOMMARIO: 1. *La transizione digitale, una novità per l'ordinamento italiano?* 2. *Il mutamento del concetto di transizione digitale: dalla mera dematerializzazione dei documenti amministrativi alla dematerializzazione dell'attività pubblica.* 3. *Punti di forza e di debolezza della decisione automatizzata.* 3.1. *Segue: il caso dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale semplici per l'emanazione di provvedimenti di natura vincolata.* 3.2. *Segue: il caso dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento per l'emanazione di provvedimenti di natura discrezionale.* 4. *I principi di diritto amministrativo nel procedimento amministrativo automatizzato e il loro difficile rispetto da parte di sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento.* 5. *Conclusioni. La «discrezionalità automatizzata»: una via percorribile?*

1. La transizione digitale, una novità per l'ordinamento italiano?

La “transizione digitale”, intesa come l'utilizzo delle *Information and Communication Technologies* (ICTs)¹, accompagnato dall'acquisizione di nuove competenze e dall'effettuazione di modifiche organizzative all'interno della Pubblica amministrazione², non è un fenomeno esploso con la crisi pandemica del 2020, ma è un processo iniziato negli

¹ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in IID. (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 7.

² Questa è la definizione che dà la Commissione europea del concetto di *e-Government*, con la Comunicazione del 26 settembre 2003: *Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa*. Cfr. A. SAPORITO, *Verso una “nuova” amministrazione digitale*, in *Rivista Giuridica Ambienteditto.it*, 2, 2023, 12.

anni Settanta³ del secolo scorso e ha trovato la sua prima forma di disciplina legislativa negli anni Novanta, con il d.lgs. n. 39/1993 (rubricato “Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell’art. 2, comma 1, lettera mm), della legge 23 ottobre 1992, n. 421”). La digitalizzazione è un fenomeno che ha subito una certa rapida evoluzione nel tempo, estendendosi a tutti i settori all’interno dei quali poteva apportare benefici maggiori. Tra questi settori vi è, sicuramente, quello del diritto amministrativo, dovendo l’*agere* della Pubblica amministrazione rispondere ai ben noti principi di efficacia, efficienza, trasparenza, economicità e molti altri ancora⁴.

Una pietra miliare del processo di transizione digitale della p.a. è costituita dal Codice dell’amministrazione digitale, che risale appena al 2005⁵. Può facilmente notarsi come, in questo settore, i tempi di disciplina legislativa difficilmente trovino perfetta coincidenza con i tempi della rapida evoluzione tecnologia e, probabilmente, questa asimmetria è dovuta all’intrinseca natura della tecnologia, che la spinge a evolversi continuamente senza considerare le ricadute etiche e giuridiche che tale evoluzione provoca sulla generalità dei consociati.

Quando la tecnologia si evolve al punto tale da generare il rischio di ledere i diritti e gli interessi del cittadino, allora interviene il diritto,

³ Le prime e importanti riflessioni in materia di decisione amministrativa digitale risalgono infatti a quegli anni. Si veda, per esempio, M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979; nonché A. MASUCCI, *L’atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1989; nonché G. DUNI, *Dall’informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1992.

⁴ Lo stesso art. 12 del Codice dell’Amministrazione Digitale, rubricato “Norme generali per l’uso delle tecnologie dell’informazione e delle comunicazioni nell’azione amministrativa” recita: «Le pubbliche amministrazioni nell’organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell’informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione [...]».

⁵ D.lgs. n. 82 del 2005.

come strumento di garanzia del corretto utilizzo dello strumento tecnologico.

Negli ultimi anni, una forte spinta alla regolamentazione del settore digitale è stata impressa dal diritto dell'Unione europea, il quale detta regole ampie e generalissime sull'uso di tale strumento, lasciando la regolamentazione più specifica ai singoli Stati membri. Molti degli interventi legislativi nazionali in questa materia derivano infatti dal recepimento di direttive o dal rispetto di principi nati in primo luogo nel contesto europeo. Si pensi all'enorme apporto offerto dal *General Data Protection Regulation* (GDPR), del 2016⁶, in termini di tutela del diritto alla riservatezza del singolo anche in relazione ai dati personali processati virtualmente, o alla più recente *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* (del 23 gennaio 2023) e alle proposte di *Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale* (del 28 settembre 2022) e di *Regolamento sull'intelligenza artificiale – Artificial Intelligence Act* (del 21 aprile 2021)⁷.

Una fortissima accelerazione al processo di digitalizzazione è stata impressa, poi, dalla crisi pandemica del 2020 che ha visto, per esempio, un aumento esponenziale dell'attivazione dell'identità digitale (S.P.I.D.)⁸ e

⁶ Prima del GDPR esisteva l'*European Data Protection Directive*, risalente al 1995. Si noti, però, che già nel 2000 la maggioranza degli istituti bancari, per esempio, iniziò a offrire i servizi di "private online banking" o che nel 2006 Facebook fece la sua apparizione per la prima volta, con tutte le conseguenze che ne derivarono per gli utenti iscritti, i quali, anche inconsapevolmente, rendevano accessibili a un grande pubblico di altri utenti (amici e non) contenuti e informazioni personali, dunque la necessità di aggiornare l'*European Data Protection Directive* si fece strada nella sensibilità collettiva già poco dopo il 2000, ma trovò risposta solo nel 2016 con il GDPR, che sostituì, perciò, la precedente *European Data Protection Directive*.

⁷ Tutti documenti consultabili all'indirizzo web <https://eur-lex.europa.eu/>. In data 8 dicembre 2023, il Parlamento e il Consiglio europeo si sono accordati sul testo definitivo dell'AI ACT. Il Regolamento divide i sistemi di intelligenza artificiale in quattro categorie, in base al loro livello di pericolosità per i soggetti che ne fanno uso: i sistemi di intelligenza artificiale possono avere un livello di rischio inaccettabile, alto, limitato o minimo.

⁸ Lo S.P.I.D. non è uno strumento sorto con la Pandemia, ha origini più lontane. È stato ideato dal deputato Stefano Quintarelli nel 2012 e poi da lui proposto alle Camere nel marzo del 2013. Con il decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 24

del ricorso al lavoro agile⁹. Si è dunque assistito a un forte investimento pubblico nel settore digitale, forzato dalle condizioni di *lockdown* alle quali l'intera collettività è stata costretta e dal distanziamento sociale a esse affiancato. Il primo forte segnale in tal senso è stato dato dalla modifica della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, effettuata a cura del d.l. n. 76/2020. La modifica ha investito diversi articoli, tuttavia, in questa sede, ci si vuole soffermare, in particolare, sull'art. 3-*bis* della legge n. 241/90, il quale oggi prevede che «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

L'articolo, nella sua precedente formulazione, recitava invece: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le pubbliche amministrazioni incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

La differenza tra le due disposizioni non è di poco conto. Alle Pubbliche amministrazioni viene ormai richiesto che agiscano di *default* per mezzo di strumenti informatici e telematici, non dovendo più queste semplicemente limitarsi a incentivarne l'uso. Tuttavia, la norma tace in punto di modalità di attuazione di tale transizione digitale, essendo essa, più che altro, una norma di principio. Per tale motivo, questo primo passo non poteva essere completo senza la previsione di norme di attuazione e fondi sufficienti a realizzarne le finalità.

Infatti, a seguito della Pandemia, il dissesto economico-finanziario in cui si è ritrovata la quasi totalità dell'Europa ha imposto agli Stati membri di investire anche i vari fondi di ripresa stanziati dall'UE attraverso il *Next Generation EU* (NGEU) in settori divenuti nell'ultimo

ottobre 2014, lo S.P.I.D. viene definito in tutte le sue articolazioni come “Sistema Pubblico di Identità Digitale”. Sulla storia della digitalizzazione della p.a. e, nello specifico, sulla nascita di S.P.I.D. si suggerisce la lettura di A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2022, p. 95 ss.

⁹ Per approfondimenti si rimanda a F. DI MASCIO, S. ANGELETTI, A. NATALINI, *Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni centrali ai tempi del COVID-19*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1, 2021, 95 ss.

periodo storico di estrema rilevanza, quali la transizione ecologica e, per quel che ci riguarda più nello specifico, la transizione digitale. In questo contesto si colloca il Piano nazionale di ripresa e resilienza (di qui in avanti PNRR), progettato dall'Italia nel rispetto delle condizioni richieste per l'erogazione dei fondi del NGEU e che ha previsto lo stanziamento di ben 9,76 miliardi di euro per la digitalizzazione della Pubblica amministrazione¹⁰. Nello specifico, l'Italia, attraverso il PNRR, ha fissato alcuni obiettivi necessari per realizzare la piena digitalizzazione dell'attività amministrativa: 1) l'applicazione del “once-only principle”¹¹; 2) l'implementazione dei sistemi di *cybersecurity*; 3) il passaggio al *cloud*.

Un ulteriore obiettivo posto dal PNRR è la formazione digitale dei dipendenti pubblici sull'uso delle tecnologie innovative ma anche sulle loro modalità di progettazione, così che le Pubbliche amministrazioni non debbano ricorrere all'*outsourcing* per implementare i loro sistemi di intelligenza artificiale (I.A.), con tutti i rischi connessi alla cessione di dati e informazioni in possesso delle Pubbliche amministrazioni, che verrebbero a essere comunque utilizzati da imprese private, sebbene al fine di realizzare il servizio esternalizzato¹². Inoltre, proprio grazie allo stanziamento di una parte dei 9,76 miliardi di euro a favore della formazione dei dipendenti¹³, la singola Amministrazione avrà le compe-

¹⁰ Cfr. G. SGUEO, *Lo Stato digitale nel PNRR – La transizione digitale dei procedimenti amministrativi*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 22 giugno 2021.

¹¹ Tale principio è stato introdotto con il *Ministerial Declaration on eGovernment*, approvata in Svizzera, il 18 novembre 2009.

¹² D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto a una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 108-110.

¹³ Il problema principale, infatti, che si riscontrava negli anni precedenti alla Pandemia era proprio l'impossibilità di reperire l'ingente quantità di fondi necessari per la formazione del personale su questa materia. In D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 14, si legge: «A quest'ultimo proposito occorre purtroppo rilevare che, almeno per quel che riguarda il caso dell'Italia, se l'art. 13 del Codice dell'Amministrazione [...] prevede espressamente che si attuino anche “politiche di formazione del personale finalizzate alla conoscenza e al-

tenze sufficienti a realizzare strutture e sistemi di I.A. che meglio potranno attagliarsi alle sue esigenze. L'unico elemento che solleva dubbi circa l'efficacia nel lungo periodo degli effetti inizialmente prodotti dal PNRR sta nella limitatezza dei fondi provenienti dall'Unione europea, i quali, una volta esauriti, dovranno essere prontamente sostituiti da altri stanziamenti pubblici, altrimenti si lascerebbero i dipendenti nelle condizioni di doversi aggiornare in autonomia sui nuovi sviluppi tecnologici del momento, con il rischio di creare diversi livelli di conoscenze se non una stasi nel processo di digitalizzazione della p.a.¹⁴.

Investire in questo settore, ad oggi, significa anche migliorare le *performance* degli strumenti informatici e valutare se i nuovi sviluppi tecnologici possono essere utili all'Amministrazione nell'esercizio delle sue attività o possano ledere, al contrario, i diritti e gli interessi del cittadino che con essa si interfaccia. Per tale motivo, da alcuni anni ormai, si discute molto dell'utilizzo di sistemi di I.A. all'interno del procedimento amministrativo. Dunque quando si parla di transizione digitale nella p.a. si deve tener conto della ulteriore transizione che sta avvenendo al suo interno, ovvero dalla "amministrazione digitale" alla "amministrazione algoritmica"¹⁵. Tale passaggio è oggetto di discussione anche all'interno delle aule di Tribunale¹⁶ ed è quindi imprescindibile una riflessione approfondita sull'impatto che l'uso di algoritmi all'interno del procedimento amministrativo potrebbe avere sul cittadino in termini di garanzia dei suoi diritti.

l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione", non vi è, tuttavia, un corrispondente stanziamento di risorse finanziarie ad hoc per questa formazione».

¹⁴ Di tale avviso D.U. GALETTA, *op. cit.*, 110.

¹⁵ D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *op. cit.*, 1.

¹⁶ Si citano alcune sentenze rilevanti sul tema, alcune delle quali verranno più analiticamente analizzate nel prosieguo: Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891; Cons. St., sez. VI, 8 settembre 2022, n. 6236.

2. *Il mutamento del concetto di transizione digitale: dalla mera dematerializzazione dei documenti amministrativi alla dematerializzazione dell'attività pubblica*

Dal momento che il digitale è entrato nel procedimento amministrativo, la transizione digitale è sempre più connessa alla digitalizzazione delle procedure, all'uso dell'I.A. e sempre meno connessa alla semplice dematerializzazione di soli documenti amministrativi.

In alcuni procedimenti amministrativi, la fase istruttoria si concretizza nella semplice acquisizione di informazioni in possesso del privato e nella valutazione della loro corrispondenza ai criteri predeterminati dalla legge al fine di emanare un provvedimento amministrativo con un determinato contenuto. Fintanto che l'attività amministrativa è vincolata, infatti, sembra ormai pienamente accettato il ricorso allo strumento dell'intelligenza artificiale, come avremo modo di approfondire.

Tuttavia, l'attività amministrativa richiede il più delle volte di dover ponderare diversi interessi pubblici, non di applicare *sic et simpliciter* il dato normativo. Esistono dunque sistemi di intelligenza artificiale che possono essere usati anche per l'espletamento di attività discrezionali?

Per rispondere a questa domanda, è necessario precisare che le operazioni che il sistema di I.A. può porre in essere vanno dalle più alle meno complesse sulla base delle istruzioni ricevute dall'essere umano durante la fase di programmazione e del tipo di risposta che al sistema si richiede. Si distingue, dunque, ordinariamente, tra sistemi semplici, che operano tramite algoritmi deterministici (definiti ormai tradizionalmente)¹⁷ e sistemi di autoapprendimento (o *machine-learning*), che operano tramite algoritmi complessi, non deterministici¹⁸.

L'algoritmo tradizionale costituisce, in poche parole, un «metodo matematico per applicare la legge»¹⁹, il quale si avvale dunque di formule matematiche, che possono andare dalle più semplici alle più com-

¹⁷ M. CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in www.giustiziaamministrativa.it, 10 settembre 2021.

¹⁸ P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7, 2021.

¹⁹ M. CORRADINO, *op. cit.*

plesse. Per svolgere attività di tipo vincolato, la p.a. utilizza sistemi di intelligenza artificiale semplice, che, avvalendosi di algoritmi deterministici, si limitano a verificare meccanicamente la sussistenza o meno dei requisiti richiesti per legge: basta trasformare il criterio dettato dalla norma in una regola informatica che possa essere applicata dalla macchina. Questo tipo di algoritmo è utilizzato, per esempio, per l'irrogazione di sanzioni amministrative a seguito di accertata violazione di alcune norme del Codice della Strada²⁰ (es. i dispositivi di rilevamento della velocità su strada)²¹. Relativamente a questo tipo di attività amministrativa vincolata, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4297 del 28.04.2023, ha fatto salva l'intera fase istruttoria di un procedimento amministrativo condotta grazie all'aiuto dell'intelligenza artificiale, dal momento che la p.a. procedente

ha preso atto ed applicato, coerentemente al dato letterale del regolamento, un criterio predeterminato. Come già evidenziato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. ad es. sentenza n. 8472 del 2019) il ricorso a strumenti informatici nelle procedure amministrative costituisce una modalità agevolata di istruttoria, senza che il singolo strumento – per quanto qualificabile in termini di intelligenza artificiale – possa, da un lato, derogare alle regole normative ed ai criteri posti a presupposto della singola procedura e, dall'altro lato, essere sottratto alla trasparenza nonché alla imputabilità all'amministrazione procedente. Quest'ultima è chiamata a verificare la correttezza del funzionamento dello strumento istruttorio utilizzato e la relativa coerenza agli obiettivi ed alle regole dettate, in coerenza al principio di legalità, per l'esercizio del potere in esame. [...] I criteri non sono dettati dallo strumento informatico ma dalla norma; e la relativa attuazione, rimessa per ragioni di economia e di speditezza a un sistema automatizzato, è soggetta alla verifica da parte del decisore amministrativo, cui è imputata la relativa scelta.

²⁰ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federallismi.it*, 2, 2018, 15.

²¹ Altri esempi sono gli avvisi di accertamento fiscale, ormai da tempo emessi a seguito dell'incrocio automatico dei dati da parte dei sistemi di I.A. di cui si avvale A.D.E.R., o ancora le valutazioni automatiche delle prove preselettive dei concorsi o le compilazioni delle graduatorie per le assegnazioni di sede nella scuola. Cfr. M. BOTTARI, *Procedimento amministrativo: evoluzione digitale e suoi sviluppi nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 9, 2023.

La linea d'indirizzo del Consiglio di Stato è molto chiara su questa modalità di impiego dell'I.A.: essa non fa altro che applicare la legge e viene utilizzata per ragioni di celerità procedimentale, dunque, il suo impiego è pienamente ammesso²². Far salvo l'uso di questo strumento, peraltro, non significa sottrarlo a un potenziale sindacato giurisdizionale (infatti l'oggetto del giudizio in esame riguardava proprio l'algoritmo usato dalla p.a.), ma significa semplicemente che, nel valutare la legittimità del procedimento amministrativo, il controllo del giudice si soffermerà sulla corretta programmazione della macchina e sulla corretta applicazione da parte di essa dei criteri stabiliti dalla legge. Del resto, «l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti

²² Il Consiglio di Stato, già nel 2019, con la sent. n. 2270 dell'8 aprile 2019, aveva affermato che «devono sottolinearsi gli indiscutibili vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale e attraverso un "algoritmo" – ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande. L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi e oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale. Ciò è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale. [...] l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, per esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica».

come un “atto amministrativo informatico”²³ e deve dunque essere pienamente sindacabile alla stregua di un provvedimento umano²⁴.

Esistono poi, come accennato poc’anzi, sistemi di I.A. basati sull’autoapprendimento, che utilizzano, invece, algoritmi complessi o non deterministici, i quali non si limitano a verificare la rispondenza del dato da analizzare con i criteri dettati in fase di programmazione, ma hanno a disposizione una grande quantità di dati (i c.d. *big data*) che vengono dalla macchina elaborati più volte al fine di raggiungere l’obiettivo posto dall’esterno in fase di programmazione²⁵. In questo caso l’essere umano non fa altro che fissare l’obiettivo della macchina e inserire la primissima griglia di dati (anche detta *data set*), per poi attendere la loro continua elaborazione da parte del sistema di I.A., il quale confronterà tra loro i dati in suo possesso, rielaborandoli e trasformando il dato iniziale inserito in qualcosa di nuovo, non prevedibile²⁶. Un esempio di questo tipo di algoritmi è rappresentato dai sistemi di I.A. utilizzati all’interno di un ospedale per scandagliare le radiografie in cerca di masse tumorali o di cellule sospette: nel sistema da programmare verranno inserite sia radiografie da cui si evince la presenza di cellule malate che radiografie senza tracce al loro interno di cellule di questo tipo. Il sistema di intelligenza artificiale partirà quindi da un *data set* in cui sono presenti entrambi i tipi di radiografie e, in auto-

²³ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2270 dell’8 aprile 2019 (ud. 06.12.2018, dep. 08.04.2019).

²⁴ G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, Bologna, 2022, 87-88.

²⁵ L’apprendimento automatico consiste in «una tecnica di Intelligenza Artificiale che, in una spiegazione molto elementare e rudimentale, può essere concettualizzata nel modo seguente: uno o più algoritmi rilevano molti dati al fine di stabilire dei modelli, che vengono poi tradotti in previsioni, sulla base di alcuni criteri statistici». Cfr. D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *op. cit.*, 11.

²⁶ Il Consiglio di Stato, nella sent. n. 7891 del 25.11.2021, riferendosi al *machine learning* lo definisce come un sistema di intelligenza artificiale che «elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

mia, inizierà a porre in relazione i dati che ha a disposizione, trovando elementi simili solo nelle radiografie che contengono tracce di cellule tumorali, in questo modo creando un c.d. *modello*, da applicare ogniqualvolta dovrà verificare la presenza o meno, in una nuova radiografia, di cellule sospette (questa fase viene anche definita come fase di *training* del sistema, in cui esso si allena a riconoscere un *pattern* ricorrente in ciò che analizza). In questo modo, il sistema, partendo dal modello elaborato autonomamente per distinguere una radiografia “pulita” da una “inquinata”, sarà in grado di esaminare correttamente la nuova radiografia. Si cita a tal proposito un recente progetto del 2022 realizzato dalla *Startup Senseledge* in collaborazione con il Policlinico Universitario Campus Bio-Medico di Roma, che aveva ad oggetto la realizzazione della piattaforma *Convergence*, attraverso la quale analizzare determinati campioni biologici al fine di individuare, segmentare e stabilire la natura di tessuti cellulari in ambito citologico e istologico, utilizzando innovativi algoritmi di *deep learning*. Tale sistema si configura dunque come un modello predittivo della prognosi all’interno della difficile branca medica dell’anatomia patologica. Si precisa che il sistema portato per esempio viene continuamente aggiornato con nuovi dati, dunque possiede ancora grandi margini di miglioramento, ma è già attualmente di grande supporto al personale medico, dimezzando i tempi di ricerca delle sezioni in cui potrebbero annidarsi cellule malate. Chiaramente, maggiori sono le informazioni che si comunicano al sistema di intelligenza artificiale e maggiore sarà il campo d’analisi da cui la macchina potrà attingere i dati per individuare la natura dei tessuti cellulari analizzati. Il sistema *Convergence* viene utilizzato dai medici del Campus biomedico di Roma anche per l’analisi di cellule tumorali del pancreas, vista l’innumerabile casistica collezionata negli anni dal Policlinico²⁷.

²⁷ Il sistema “Convergence” è stato anche presentato pubblicamente in occasione dell’iniziativa *Forum P.A. 2023* dalla Healthcare Machine Learning Engineer Roberta Guadagni e dall’A.I. Engineer Daniele Davoli, il quale è anche CEO di Senseledge. Per approfondimenti, si rimanda alla videoregistrazione della presentazione di “Convergence” effettuata il 16 maggio 2023 in occasione di *Forum P.A. 2023* e reperibile al link <https://access.networkdigital360.it/intelligenza-artificiale-e-sanita-come-cogliere-le-oppportunita-attributo-la-collaborazione-tra-pubblico-e-privato-fpa?utm>

In riferimento a questa categoria di processi, vengono alla luce alcune importanti implicazioni che possono configurarsi come vantaggiose quanto svantaggiose se usate all'interno di procedimenti amministrativi e vanno, dunque, tenute in considerazione nel valutare la convenienza di un eventuale passaggio dall'uso di sistemi tradizionali all'uso di sistemi non deterministici. Infatti il rischio è che l'intelligenza artificiale non venga impiegata solo per una "istruttoria informatizzata", ma per una vera e propria "decisione automatizzata". Dalla transizione digitale alla transizione decisionale digitale il passo potrebbe dunque essere breve. Qualcuno già nel 2018 aveva parlato di «discrezionalità automatizzata» ritenendo non auspicabile che l'automatizzazione di un atto giuridico potesse spingersi a tal punto²⁸. Per citare un grande maestro del diritto amministrativo, che aveva già intuito tempo addietro la potenzialità dell'uso di strumenti di I.A. nella Pubblica amministrazione, «il fatto è che i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno»²⁹.

Può dunque questo tipo di intelligenza artificiale affiancare il funzionario amministrativo come il sistema *Convergence* affianca il medico nella prognosi? Allo stesso modo – sebbene tale tema non verrà indagato nel presente contributo – ci si potrebbe interrogare sulle implicazioni che avrebbe l'uso di sistemi di I.A. nel processo amministrativo, come strumento di predizione della migliore sentenza per il caso concreto sulla base dei precedenti giurisprudenziali conosciuti dalla macchina e una banca dati di leggi continuamente aggiornata in essa incorporata (si è già molto discusso in dottrina di giustizia predittiva)³⁰.

[_campaign=sitoFPA&utm_source=email&__hstc=79833864.efedd6404777cb23f8d22d771bd854c5.1676294090367.1688136948691.1691145527346.26&__hssc=79833864.2.1691145527346&__hsfp=4215464141.](#)

²⁸ S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amministrativo*, 10/2018, p. 1787 ss.

²⁹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, par. 3.7.

³⁰ Su questo argomento, si suggerisce la lettura di P. PIRAS, *Il processo amministrativo e l'innovazione tecnologica. Diritto al giusto processo versus intelligenza artificiale?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2021, 472-492; A. VALSECCHI, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice*, in *Iusinitinere.it*, 14

3. Punti di forza e di debolezza della decisione automatizzata

Il procedimento amministrativo automatizzato (sia che esso contempli l'esercizio della discrezionalità amministrativa, sia che non lo contempli) deve poter garantire: 1) l'imputabilità della decisione automatizzata all'organo competente all'emanazione del provvedimento; 2) la velocità di conclusione del procedimento; 3) la certezza dell'esito; 4) l'imparzialità del sistema di intelligenza artificiale³¹.

Procedendo con ordine, anzitutto non potrebbe mai esservi una corretta transizione digitale se eventuali errori commessi dal sistema di I.A. – e successivamente riversatisi sul provvedimento finale, il quale diviene quindi illegittimo – fossero imputati alla macchina e non, invece, all'essere umano titolare dell'organo competente a emanare il provvedimento viziato³². Dunque è pacifico che sotto il profilo della responsabilità, affinché possa dirsi completa la transizione digitale, l'intelligenza artificiale debba rimanere strumento, oggetto per mezzo del quale si agisce e non certo soggetto sul quale far ricadere la responsabilità finale³³. Uno dei principali rischi è infatti quello di generare una «spersonalizzazione della decisione»³⁴.

La celerità nella conclusione del procedimento è sicuramente uno dei punti a favore dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte della Pubblica amministrazione, anche se reca con sé lo svantaggio di non poter assistere a una vera e propria fase istruttoria, che si concretizza, di fatto, in una elaborazione algoritmica di pochi secondi; peraltro dalla giurisprudenza recente emerge il timore che il responsabile del proce-

settembre 2019; nonché G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1, 2019, 58 ss.

³¹ G.M. ESPOSITO, *op. cit.*, 39.

³² D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *op. cit.*, 20.

³³ Per un approfondimento sulla responsabilità della p.a. che ha adottato un provvedimento amministrativo viziato, al termine di un procedimento automatizzato, si suggerisce la lettura di G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2021, 431 ss.

³⁴ M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, 18.

dimento venga eclissato totalmente dal sistema di intelligenza artificiale, perdendo così il suo ruolo di *dominus* dell'attività istruttoria³⁵.

Il quarto elemento, quello della imparzialità della decisione algoritmica richiede un approfondimento, in quanto non è sempre vero che l'algoritmo sia imparziale.

Infatti, fintanto che la macchina verrà programmata dall'essere umano, essa si baserà sempre sul tipo di informazioni ricevute e, dunque, ove quelle risultassero essere in qualche modo viziate *ab origine*, inevitabilmente vizieranno anche il processo di elaborazione e la risposta finale poi generata dalla macchina. Ciò avverrà tanto qualora si utilizzi un sistema di I.A. semplice quanto se si utilizzi un sistema di autoapprendimento, a nulla rilevando se la decisione amministrativa sia in astratto vincolata o discrezionale. Tuttavia, si ritiene indispensabile distinguere tra l'uso dell'intelligenza artificiale nei procedimenti vincolati (per i quali la p.a. si avvale di *software* semplici) e l'uso di essa nei procedimenti discrezionali (per i quali la p.a. dovrebbe avvalersi di sistemi di *software* di autoapprendimento).

3.1. Segue: il caso dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale semplici per l'emanazione di provvedimenti di natura vincolata

La parzialità della decisione dell'essere umano è dovuta all'interferire di una convinzione soggettiva con la corretta applicazione della norma di legge.

Nei procedimenti vincolati, come visto, ciò che si richiede alla macchina è solo che applichi pedissequamente la legge e verifichi la sussistenza o meno dei presupposti dai quali essa fa dipendere o meno una data conseguenza in termini giuridici.

Dunque, dovendo il programmatore inserire – durante la fase di programmazione della macchina – informazioni e dati che necessariamente siano aderenti alla normativa, il sistema di intelligenza artificiale, una

³⁵ Si veda, in tal senso, la sent. n. 4409 del 15 aprile 2021, in cui il Tar Lazio esprime la sua preoccupazione per il rischio che si realizzi «l'abdicazione da parte del responsabile del procedimento del suo ruolo di timoniere e anche di correttore» del procedimento amministrativo.

volta programmato, non potrà elaborare i dati inseriti sulla base di ulteriori informazioni diverse da quelle originariamente apprese, ma si limiterà a eseguire le istruzioni impartitegli dall'esterno durante la fase di programmazione.

Se nel programmare la macchina, quindi, il programmatore omettesse dolosamente di inserire alcuni dati o dolosamente li manomettesse al fine di far lavorare il *software* in maniera contraria alla legge, il procedimento risulterà, chiaramente, viziato *ab origine* e la decisione algoritmica non potrà dirsi imparziale, perché non era imparziale già in fase di programmazione.

Qualora invece il programmatore abbia fornito alla macchina le giuste istruzioni, aderenti alla norma di legge, sarebbe impossibile per il *software* manomettere a posteriori, dolosamente e in via autonoma, il risultato finale cui è pervenuta sulla base delle istruzioni ricevute. Quindi, almeno quando si tratti di una decisione vincolata e dando per scontata la corretta programmazione del sistema, si esclude che il *software* possa riprodurre il comportamento umano agendo negligenzemente o dolosamente, dal momento che solo i ragionamenti di un essere umano (allo stato di avanzamento tecnologico attuale) subiscono continue interferenze dovute al bagaglio esperienziale, sociale, intellettuale e culturale propri del soggetto agente³⁶. Dunque il sistema di I.A. semplice, se ben programmato, è certamente imparziale, perché applica pedissequamente un dato normativo.

3.2. Segue: il caso dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento per l'emanazione di provvedimenti di natura discrezionale

Nel caso in cui il provvedimento finale da adottare richieda l'esercizio di discrezionalità amministrativa da parte della p.a., non basta il ricorso a un sistema di intelligenza artificiale che metta semplicemente in relazione i criteri predeterminati per legge con la situazione concreta da analizzare. Ciò in quanto, per riprodurre in via algoritmica il proces-

³⁶ Sul tema si suggerisce la lettura di M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *op. cit.*, 17 ss.

so decisionale di una Pubblica Amministrazione che debba valutare discrezionalmente quale sia l'interesse pubblico primario e quali gli interessi secondari, è necessario utilizzare sistemi di I.A. che siano in grado di elaborare dati che sono complessi e difficilmente riducibili a un fattore numerico gestibile dal sistema di intelligenza artificiale, come, per esempio, precedenti provvedimenti emanati in casi analoghi a quello che la macchina dovrà analizzare.

Ebbene, ammesso che sia realizzabile uno scenario in cui il sistema di I.A. è in grado di riprodurre il processo decisionale complesso di una p.a., sarà molto più difficile che la decisione algoritmica finale sia imparziale, in quanto i *big data*, ad oggi, «hanno ancora un ampio margine di errore e distorsione dei dati in ingresso»³⁷. Ciò significa che, anche ove le informazioni in entrata fossero corrette, potrebbero trasformarsi in dati non corretti all'interno del *software*, compromettendo così l'intero procedimento automatizzato. Affinché possa dirsi davvero imparziale un sistema di intelligenza artificiale basato sul *machine learning*, dunque, sarà indispensabile (ma non sufficiente) l'attenzione posta dal programmatore durante la fase di programmazione e *training* del *software*, dovendo egli effettuare una molto accurata selezione delle informazioni da inserire nel sistema e inserirne, poi, il più possibile, così che il *software* abbia un ampio *data set* da cui partire per elaborare una risposta ed evitare, dunque, che l'*output* finale si basi su dati già in partenza errati, parziali o discriminatori³⁸. In conclusione, quando si utilizzano sistemi di I.A. basati sul *machine learning*, il grado di imparzialità della macchina e la qualità finale dell'*output* generato dipendono dalla quantità e dalla accuratezza dei dati inseriti inizialmente nel sistema dai

³⁷ S. CRISCI, *op. cit.*, 1797-1798.

³⁸ Si veda, per esempio, il caso *State vs. Loomis* (Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016), che aveva ad oggetto l'utilizzo di un sistema di intelligenza artificiale di nome *Compas*, il quale aveva individuato un elevato indice di recidività del condannato sulla base di informazioni non accessibili e di dati principalmente statistici, che il condannato aveva asserito si riferissero al ceto sociale dei soggetti recidivi e al loro gruppo etnico di appartenenza. Per un commento alla sentenza della Corte Suprema del Wisconsin sul caso *Loomis*, si veda S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4/2019.

programmatore, ma anche dalla precisione con la quale il *software* riesce a elaborare le informazioni ricevute e tale precisione, ad oggi, non è così elevata.

4. I principi di diritto amministrativo nel procedimento amministrativo automatizzato e il loro difficile rispetto da parte di sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento

Affinché possano utilizzarsi sistemi di I.A. (sia semplice che di autoapprendimento) è indispensabile che questi rispettino i fondamentali principi di trasparenza, partecipazione, accesso, non discriminazione, responsabilità, che vigono sempre normalmente anche in un comune procedimento amministrativo. Questi principi, nel procedimento amministrativo automatizzato, si trasformano in principi di trasparenza algoritmica (deve potersi rendere accessibile il procedimento effettuato dalla macchina), tracciabilità algoritmica (deve potersi spiegare ogni singolo passaggio effettuato dalla macchina)³⁹, di lealtà nell'utilizzazione dell'algoritmo, di non discriminazione algoritmica, di motivazione, di accesso algoritmico massimo (deve garantirsi l'accesso al codice sorgente usato dalla macchina per produrre un determinato *output*)⁴⁰.

Su quest'ultimo principio, ovvero il principio di accesso algoritmico massimo, si è già espressa la giurisprudenza e ha definito l'entità della tutela del diritto di accesso al codice sorgente di un dato *software* usato da una Amministrazione. Nello specifico, il Tar Lazio, con sent. n. 3769 del 14 febbraio 2017, si è occupato della questione riguardante il conflitto tra la necessità di protezione della proprietà intellettuale in relazione alle caratteristiche di un determinato codice sorgente e il diritto

³⁹ Il Tar Campania, nella sentenza n. 7003 del 14 novembre 2022, richiama quanto evidenziato dal Consiglio di Stato nella sent. n. 2270/2019 (già più volte segnalata): «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti».

⁴⁰ D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *op. cit.*, 20-21.

to di accesso procedimentale del cittadino per verificare la correttezza del procedimento seguito dal sistema di intelligenza artificiale a partire dal codice sorgente. Si precisa che il caso in questione riguardava un procedimento di natura vincolata. Il Tar Lazio, prevedibilmente, ha statuito la prevalenza del diritto di accesso del cittadino sul diritto di proprietà intellettuale del codice sorgente, in virtù del fatto che «l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione che è indubbiamente attività di pubblico interesse» ed «è con il software che si concretizza la volontà finale dell'amministrazione procedente».

I principi menzionati sono pienamente rispettati quando la p.a. impiega sistemi di I.A. semplici. I sistemi di I.A. complessi, invece, possono rispettarne solo alcuni. Per esempio, il codice sorgente di tali sistemi può essere reso accessibile, ma è accessibile anche il procedimento eseguito dal *software* per generare l'*output* a partire da quel codice sorgente?

Il problema che accompagna l'uso di sistemi di I.A. di autoapprendimento sta, infatti, nella non prevedibilità della decisione algoritmica e nella impossibilità per la macchina di spiegare come è pervenuta a una decisione: quest'ultima non è supportata da un processo logico argomentativo causale, dal momento che il *software* apprende attraverso l'interconnessione di dati⁴¹ e dunque attraverso numeri, non attraverso la logica giuridica. Questo significa che, a differenza dei sistemi di I.A. semplici, in quelli di autoapprendimento il processo posto in essere dalla macchina per pervenire al risultato è oscuro (si parla a tal proposito di opacità algoritmica e di *black boxes*)⁴², quindi l'istruttoria digitale condotta dalla macchina non è intelligibile e non garantisce il rispetto del fondamentale principio di motivazione della decisione, che però è essenziale ai fini della sindacabilità giurisdizionale del provvedimento

⁴¹ Sul punto si suggerisce la lettura di G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

⁴² G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *federalismi.it*, 15, 2021.

amministrativo e del procedimento a monte di esso⁴³. In riferimento a tale problema, tuttavia, si evidenzia che la ricerca scientifica si sta muovendo velocemente per sviscerare i meccanismi di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento, al fine di renderli conoscibili e giungere così a quella che viene definita come *eXplainable Artificial Intelligence* (XAI); a tal fine, negli ultimi anni, sono nati anche importanti progetti di ricerca⁴⁴ a livello europeo⁴⁵.

⁴³ A tal proposito si segnala la sent. n. 881 del 4 febbraio 2020 del Consiglio di Stato, nella quale, pur ammettendosi l'utilizzo dell'intelligenza artificiale anche ove l'attività amministrativa sia di tipo discrezionale, si evidenzia l'importanza di una interpretazione evolutiva della l. n. 241/1990: «Il tema dei pericoli connessi allo strumento non è ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 (quali per es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione». Più recente e riferita a un procedimento di tipo vincolato è la sentenza del Tar Campania, Sez. III, 14 novembre 2022, n. 7003, nella quale il Collegio ha accolto il ricorso proposto da un cittadino avverso il provvedimento amministrativo dell'AGEA che gli imponeva di restituire una parte dell'importo da egli percepito negli anni 2018 e 2019 a titolo di "indennità compensativa zone montanare", allora prevista dal PSR Campania 2014-2020. Il provvedimento in questione si basava su un procedimento in parte automatizzato. Il Tar Campania, nella sentenza, scrive che l'Amministrazione aveva motivato il risultato istruttorio – cui era pervenuto il *software* usato nel procedimento – sulla base di un «generico e indeterminato riferimento alla normativa vigente, alle indicazioni della Commissione europea e all'utilizzo di una differente modalità di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni che avrebbero condotto alla applicazione del nuovo algoritmo».

⁴⁴ Uno di questi è il Progetto "ERC XAI – *Science and technology for the explanation of AI decision making*", finanziato dall'Unione europea e in cui sono coinvolti la Scuola Normale Superiore di Pisa, l'Università di Pisa e il Consiglio Nazionale delle Ricerche. Per ulteriori informazioni sul progetto si rimanda al sito <https://cordis.europa.eu/project/id/834756/it>.

⁴⁵ S.B. GRENCI, *Le applicazioni di Intelligenza artificiale a supporto dell'automazione del procedimento amministrativo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2024, 20.

Allo stesso modo, anche la celerità del procedimento diventa elemento sfavorevole quando è accompagnata dalla illeggibilità dei passaggi effettuati da un sistema di intelligenza artificiale di autoapprendimento per addivenire a una decisione, perché comporta l'impossibilità per il cittadino di interloquire con l'Amministrazione, non potendo egli presentare osservazioni, memorie, proposte, durante le varie fasi del procedimento totalmente automatizzato. Ciò significherebbe consentire al *software* di ledere, di fatto, il diritto di partecipazione al procedimento e di norma posto, invece, in capo al cittadino⁴⁶.

5. Conclusioni. La «discrezionalità automatizzata»: una via percorribile?

Appare chiaro che i sistemi di intelligenza artificiale basati sull'autoapprendimento, già solo a questa prima analisi, non ingenerino eccessiva fiducia nel loro utilizzo all'interno di un procedimento amministrativo. Ipotizzando, però, che il sistema di intelligenza artificiale di autoapprendimento riesca invece a rispettare tutti i principi poc'anzi descritti, sarebbe ammissibile una decisione algoritmica presa al termine di un procedimento amministrativo che richieda l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione?

Per rispondere a questa domanda bisogna chiedersi anzitutto se la discrezionalità amministrativa sia esercitabile dalla macchina o, ancora più in generale, se un sistema di I.A. possa essere educato alla "calcolabilità giuridica"⁴⁷. Come noto, la discrezionalità impone una ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco al fine di addivenire a una decisione che realizzi l'interesse pubblico primario al contempo sacrificando il meno possibile gli interessi secondari. Dunque questa attività è di tipo creativo, al confine tra il giuridico e il politico⁴⁸. L'atti-

⁴⁶ A. DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi e i pericoli del cambiamento in atto*, in *Diritto dell'economia*, 3, 2020, 611.

⁴⁷ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 17 ss.

⁴⁸ Alla conclusione che l'attività discrezionale non è nient'altro che l'applicazione concreta di scelte politiche giunge G.M. ESPOSITO, *op. cit.*, 67.

vità creativa certamente non può esservi senza conoscenze di diritto amministrativo, alle quali (forse) la macchina in astratto potrebbe anche accedere, se estremamente semplificate e inserite nel *data set* iniziale del sistema. Ma la discrezionalità non si sostanzia solamente in conoscenze basilari di diritto amministrativo, altrimenti essa verrebbe ridotta a mera applicazione di leggi e nozioni acquisite nel tempo dai funzionari amministrativi, di fatto così appiattendosi su schemi già solcati. Per alcuni procedimenti, anche quelli che prevedono attività discrezionali, è sicuramente possibile utilizzare conoscenze pregresse o guardare a procedimenti con un oggetto simile per pervenire a una soluzione che realizzi il miglior interesse pubblico; ma in altri casi il lavoro della Pubblica amministrazione è proprio quello di trovare il miglior bilanciamento di interessi quando non vi sono modelli precedenti cui ispirarsi. In tutti questi casi, certamente il funzionario applica i principi di diritto amministrativo esistenti e i criteri di legge predeterminati, ma essi costituiranno solamente la base per un ragionamento giuridico complesso e articolato, che potrebbe benissimo discostarsi da quelli effettuati in precedenza, pur in presenza di analoghe condizioni. I *software* di intelligenza artificiale, per come li conosciamo oggi, non sono ancora sviluppati a tal punto da effettuare un ragionamento giuridico creativo, logico, innovativo, perché la risposta della macchina si basa sulle informazioni ricevute e, per quanto esse possano essere vaste, per quanto possano essere rielaborate e messe in connessione le une con le altre dalla macchina, non potranno comunque tener conto di tutte le elevatissime variabili esistenti. Esercitare il potere discrezionale significa anche trovare soluzioni totalmente nuove, non già tracciate, anche per rispondere ai mutamenti continui della sensibilità sociale e politica della collettività, la quale in un dato momento storico potrebbe ritenere rilevante un interesse che fino a poco tempo prima non considerava tale⁴⁹. Dunque l'uti-

⁴⁹ Si suggerisce la lettura delle acute riflessioni del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, nonché Segretario generale della Giustizia Amministrativa, Michele Corradino, contenute nella parte conclusiva di M. CORRADINO, *op. cit.* Della stessa linea interpretativa anche G.M. ESPOSITO, *op. cit.*, 49; nonché F. MERUSI, *Conclusioni*, in *Analisi economica e Diritto Amministrativo* (Atti del convegno annuale, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006), Milano, 2007, 313 ss.

lizzo di una intelligenza artificiale che si basi sul *machine learning* rischierebbe di restringere notevolmente le maglie della discrezionalità amministrativa, di fatto snaturandola⁵⁰. Senza contare che la soluzione migliore in assoluto secondo la macchina potrebbe non essere la soluzione migliore per il caso concreto.

Qual è la posizione della giurisprudenza amministrativa sul punto?

Con sent. n. 2270 dell'8 aprile 2019, il Consiglio di Stato aveva affermato che l'elaboratore elettronico fosse privo di capacità discrezionali e che dunque l'esercizio della discrezionalità amministrativa «non può essere demandata al software»⁵¹.

Già con la successiva sentenza n. 8472 del 13.12.2019 (poi richiamata dalla sent. n. 881 del 4 febbraio 2020), però, il Consiglio di Stato apre, invece, la strada all'uso dell'intelligenza artificiale anche con riferimento alle attività di natura discrezionale della p.a., precisando che non

vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo [dell'intelligenza artificiale] all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. [...] Atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità⁵².

⁵⁰ Con altre parole, ma nel medesimo senso, si esprime L. Parona, affermando che il ricorso all'uso, nella fase istruttoria, dell'intelligenza artificiale basata sull'autoapprendimento ridurrebbe «la flessibilità che giustifica l'attribuzione di un potere discrezionale all'amministrazione, con la conseguenza che quest'ultima potrebbe perdere la capacità di adeguare il corso della propria azione ai mutamenti degli interessi e dei fatti giuridicamente rilevanti». Cfr. L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, Bologna, 2022, 144.

⁵¹ Punto 8.2 della sentenza.

⁵² Punto 11 della sentenza.

Il Consiglio di Stato non lascia però semplicemente aperta la strada all'uso dell'algoritmo anche a fronte di attività discrezionali della p.a., ma subordina il suo utilizzo al rispetto di due condizioni:

- a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo⁵³.

A queste condizioni se ne deve aggiungere un'altra, ovvero quella della “non esclusività della decisione algoritmica”, con ciò intendendosi la duplice necessità che vi sia sempre una supervisione umana sui processi della macchina e che l'intelligenza artificiale non governi l'intero procedimento amministrativo, potendo solo affiancare, ma mai sostituire interamente il processo decisionale⁵⁴. La decisione finale, in altre parole, non deve basarsi unicamente sull'algoritmo. Tale condizione è stata richiamata nella sent. Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 881, che ha sottolineato come essa debba essere rispettata perché direttamente prevista già dall'art. 22 GDPR⁵⁵.

La diversità di approccio all'intelligenza artificiale che traspare dalle due pronunce analizzate è notevole, specie se si osserva la loro – relativa – vicinanza temporale⁵⁶. Questo cambiamento di prospettiva avvenuto in meno di un anno riflette la velocità incalzante dello sviluppo tecnologico e della sempre maggiore precisione nella programmazione dei *software*.

Ad ogni modo, l'orientamento giurisprudenziale che accoglie appieno l'utilizzo di procedure automatizzate è stato anche appena recepito dal legislatore (seppur per un settore circoscritto), il quale con l'art. 30

⁵³ Punto 12 della sentenza.

⁵⁴ A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 27.

⁵⁵ Si veda il punto 11.2 della sentenza.

⁵⁶ Per un confronto tra le due sentenze si rimanda a M. MANCARELLA, *Algoritmi e Pubblica Amministrazione: tra esigenza di trasparenza e fondamenti nel CAD*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 3, 2021, 36-55.

del nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 36/2023), espressamente utilizza la locuzione «decisione algoritmica», introducendo per la prima volta la disciplina dell'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici⁵⁷. L'art. 30 del Codice degli appalti lascia aperta la strada, potenzialmente, all'uso di entrambi i tipi di intelligenza artificiale (semplice e di autoapprendimento), purché rispettino i criteri d'uso enucleati nell'articolo (i quali non fanno altro che recepire i dettami della giurisprudenza nazionale e gli indirizzi dell'Unione europea). Ad oggi, le procedure di gara contemplan solo algoritmi semplici, ma non può escludersi anche un ricorso nel prossimo futuro ad algoritmi di apprendimento⁵⁸.

L'apertura all'uso di sistemi di I.A. basati sull'autoapprendimento è un segnale importante, ma altrettanto importante sono le limitazioni a esso poste, per tutti i connessi problemi che ne derivano e che abbiamo analizzato sin qui.

Per concludere, ci si dovrebbe interrogare sulla corretta collocazione di strumenti di intelligenza artificiale di autoapprendimento all'interno delle varie fasi del procedimento amministrativo. Abbiamo già indagato i motivi per i quali è necessario che la fase decisionale rimanga nella sfera di governabilità dell'essere umano; solo così, infatti, può esercitarsi correttamente la discrezionalità amministrativa. Né si ritiene possa farsi completo affidamento su tali strumenti durante la fase istruttoria, in quanto proprio questa è la fase in cui si ponderano i vari interessi in gioco; anche se, in detta fase, i sistemi di I.A. basati sull'autoappren-

⁵⁷ C'è chi, a ragione, sottolinea l'importanza della scelta terminologica effettuata dal legislatore nella stesura della disposizione in questione, la quale ammette l'uso dell'intelligenza artificiale come ausilio alle «attività» delle stazioni appaltanti. Il legislatore ha utilizzato il termine «attività» piuttosto che «procedimenti», forse proprio a voler circoscrivere l'utilizzo dell'intelligenza artificiale a singole fasi ed evitando che essa possa dominare totalmente l'intero procedimento amministrativo. Sul punto cfr. M. BOTTARI, *op. cit.*

⁵⁸ A. SAPORITO, *op. cit.*, p. 25.

mento potranno quantomeno essere d'ausilio quando l'attività amministrativa sia caratterizzata da una c.d. *bassa discrezionalità*⁵⁹.

Sistemi di questo tipo potrebbero invece trovare sicuro impiego fruttuoso all'interno della primissima fase del procedimento amministrativo, quella dell'iniziativa. Molti di questi sistemi vengono infatti già impiegati dai funzionari amministrativi nell'esercizio dei loro poteri ispettivi, che poi potrebbero trasformarsi in poteri sanzionatori se la segnalazione proveniente dal sistema di intelligenza artificiale risulti avere un qualche fondamento accertato dal funzionario. Si pensi, per esempio, alla Banca d'Italia, che ha avviato diversi sistemi di classificazione automatica delle operazioni sospette effettate dagli intermediari finanziari, così che il *software* segnali quali tra gli intermediari finanziari debbano essere sottoposti a una indagine più approfondita, sulla base di indicatori di rischio di riciclaggio⁶⁰.

Si ritiene, quindi, in conclusione, che la migliore collocazione di sistemi di intelligenza artificiale di autoapprendimento nel procedimento amministrativo sia nella fase di iniziativa, all'interno della quale essi possono usarsi, senza timore, come strumento che dà impulso al procedimento, ma che non ne snatura l'essenza.

⁵⁹ Cfr. I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, 647.

⁶⁰ Cfr. L. PARONA, *op. cit.*, 134 ss.

TRANSIZIONE DIGITALE DELLA P.A.
E INTELLIGENZA ARTIFICIALE:
IL RUOLO DELLA TRASPARENZA
NELLA RICERCA DI UN BILANCIAMENTO
TRA EFFICIENZA E TUTELA DEI DIRITTI

Corso Tozzi Martelli

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *La transizione digitale: una conditio sine qua non per implementare l'I.A. nella pubblica amministrazione.* 3. *Algoritmi e intelligenza artificiale.* 4. *Le sfide dell'I.A. nella pubblica amministrazione.* 5. *La Trasparenza algoritmica e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.* 6. *Riflessioni conclusive.*

1. Introduzione

Nell'era dell'informazione in cui viviamo, l'intelligenza Artificiale (I.A.) si sta rapidamente affermando come uno degli strumenti tecnologici più influenti e rivoluzionari. Questa tecnologia sta penetrando in una vasta gamma di settori – dalla medicina alla finanza – e, sempre di più, nel dominio della pubblica amministrazione¹. L'implementazione dell'I.A. in tale contesto promette di automatizzare, ottimizzare e migliorare i servizi erogati, rendendo le procedure burocratiche più snelle e i processi decisionali più informati e imparziali².

¹ Cfr. E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 2, 2022, 489 ss.

² Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, 85 ss.

Tuttavia, l'adozione dell'I.A. nelle pubbliche amministrazioni solleva questioni cruciali legate all'etica, alla *privacy*, ai diritti fondamentali degli individui e alla trasparenza degli algoritmi utilizzati³.

Pertanto, nel presente elaborato si intende evidenziare alcune delle sfide che emergono con lo sviluppo di tali tecnologie.

L'obiettivo è, in particolare, presentare un quadro che metta in luce la necessità di equilibrare l'efficienza e l'innovazione con valori fondamentali come la tutela dei diritti dei cittadini e la fiducia nel sistema.

La trasparenza amministrativa⁴, come si dirà nel prosieguo, si rivela, infatti, la chiave di volta per garantire un utilizzo legittimo e responsabile dell'I.A., nonché per rafforzare la fiducia nelle nuove tecnologie all'interno della pubblica amministrazione⁵.

2. La transizione digitale: una conditio sine qua non per implementare l'I.A. nella pubblica amministrazione

Per poter indagare le sfide connesse all'uso dell'I.A. nel settore pubblico deve essere chiarito il contesto di riferimento; cosa significhi “transizione digitale” e quale sia la relazione con l'I.A.

La transizione digitale rappresenta un processo articolato e complesso in cui l'amministrazione impiega le moderne Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC)⁶ per innovare l'organizzazione e

³ V. *infra* parr. 3. ss.

⁴ Cfr. E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia*, Bologna, 2022, spec. 287 ss.

⁵ Cfr. A. CORRADO, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi.it*, vol. 5, 2023, 175 ss.

⁶ La *Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003*, COM(2003)567, *sintesi*, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l24226b>, afferma che «il termine TIC si riferisce a un'ampia gamma di servizi, applicazioni, tecnologie, apparecchiature e programmi software, vale a dire strumenti come la telefonia e internet, l'apprendimento a distanza, la televisione, i computer, le reti e i programmi software necessari per utilizzare tali tecnologie che stanno rivoluzionando le strutture sociali, culturali ed economiche dando origine a nuovi comportamenti nell'ambito dell'informazione, della conoscenza, del-

lo svolgimento delle attività amministrative, migliorando i servizi resi ai cittadini e ottimizzando tempi e risorse⁷, in attuazione del principio c.d. *digital first*. Non si tratta solo di cambiare le modalità di comunicazione o di gestione dei singoli procedimenti: questa transizione incide profondamente anche sul modo in cui la pubblica amministrazione prende le decisioni e indirizza le proprie azioni in favore della collettività⁸.

Autorevole dottrina sottolinea che ci troviamo in una fase collegata alla c.d. *Quarta Rivoluzione Industriale*, caratterizzata da «un alto grado di automazione e di interconnessione che sta esercitando un impatto importante sull'essere umano stesso e sul suo modo di essere, oltre che sul suo ambiente di riferimento»⁹.

In questo contesto, la digitalizzazione pone le fondamenta su cui erigere l'edificio della moderna amministrazione digitale, creando le

l'attività professionale, ecc.». In dottrina, cfr. F. MERLONI, *Sviluppo dell'eGovernment e riforma delle amministrazioni*, in ID. (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, 5, secondo cui per TIC si intende «tutte le soluzioni tecnologiche, infrastrutturali, hardware e software, che consentono la raccolta, la conservazione, il trattamento e la trasmissione di informazioni (testuali, visive o sonore)».

⁷ La Comunicazione della Commissione del 26.09.2003 (*Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*, COM(2003)567 def.), reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0567&from=FR>, afferma che «Le amministrazioni non devono [...] concentrarsi sulle TIC in quanto tali ma coniugare l'applicazione di tali tecnologie a un cambiamento organizzativo e all'acquisizione di nuove competenze in modo da migliorare i servizi pubblici e il processo democratico e sostenere le politiche pubbliche». In dottrina, cfr. D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto a una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, vol. 7, 2022, 104.

⁸ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. IV*, Firenze, 2016.

⁹ Così D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, vol. 3, 2019, 3.

condizioni indispensabili per l'innovazione tecnologica¹⁰. Mentre l'I.A. ne rappresenta l'evoluzione¹¹, promuovendo una amministrazione più efficiente e innovativa.

Il successo dell'implementazione dell'I.A. dipende dalla reale capacità di digitalizzare la pubblica amministrazione. Questo implica, per esempio¹², la dematerializzazione dei documenti esistenti e la creazione di nuovi documenti esclusivamente in formato digitale (c.d. *nativi digitali*), che siano immediatamente leggibili, accessibili, integri, autentici e affidabili¹³. È essenziale anche sviluppare infrastrutture digitali per conservare e rendere disponibili le informazioni, garantendo l'interope-

¹⁰ Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), in particolare si veda *Missione 1: Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo*, reperibile al link https://www.mimit.gov.it/images/stories/documenti/PNRR_Aggiornato.pdf. In dottrina, cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, 2023.

¹¹ Cfr. D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *ERDAL*, vol. 1-2, 2020, 39, ripresa da G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, 2023, 22, secondo cui «L'intelligenza artificiale rappresenta però anche il punto di arrivo futuro e finale, quasi escatologico, dell'evoluzione dell'informatica».

¹² Si desidera precisare che, in questa sede, si accenna soltanto ad alcuni dei passaggi fondamentali del processo di digitalizzazione della p.a. Altri comprendono il *digital divide*, la *cybersecurity* o ancora la formazione delle competenze digitali per i funzionari pubblici. Su quest'ultimo aspetto, specialmente in relazione all'uso di sistemi di I.A. nella p.a., si veda B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal - Rivista di Bio-Diritto*, vol. 2, 2021, 378, ove osserva che: «se deve essere il funzionario pubblico, come parrebbe, cioè l'utilizzatore finale del sistema, a controllare l'I.A., occorre riflettere sul tipo di competenze matematiche e informatiche che dovrebbero sussistere in capo al medesimo per evitare la cattura dell'umano da parte della macchina (c.d. effetto aggancio prima richiamato), sia quando l'intelligenza artificiale opera in fase istruttoria sia quando sostituisce del tutto la decisione umana».

¹³ Cfr. D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto a una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, cit., 106 ss.

rabilità dei sistemi informatici e dei *databases* tra diverse amministrazioni¹⁴.

Brevemente, la digitalizzazione, permette la raccolta, la conservazione e la fruizione digitale dei dati¹⁵, aprendo le porte ai cosiddetti *Big Data*¹⁶. Queste vastissime quantità di dati sono essenziali per sviluppare algoritmi di I.A.¹⁷. Con il loro supporto, è possibile non solo semplificare decisioni complesse attraverso l'automazione, ma anche conoscere, interpretare e anticipare tendenze e fenomeni in modi un tempo inimmaginabili¹⁸.

3. Algoritmi e Intelligenza Artificiale

Nonostante i numerosi vantaggi¹⁹, l'utilizzo di I.A. nell'azione pubblica non è esente da sfide.

¹⁴ Sulla tematica interoperabilità delle banche dati si rinvia a quanto osservato da S. RACIOPPI, *L'interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive*, in questo volume.

¹⁵ Sull'importanza dei dati nel settore pubblico, cfr. G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit.; nonché ID., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017.

¹⁶ Cfr. M. FALCONE, "Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, vol. 3, 2017, 601 ss.; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, vol. 1, 2019, 43 ss.

¹⁷ Cfr. G. CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. Merc.*, vol. 23, 2016, 181 ss.

¹⁸ Cfr. I. PILVING, *Guidance-based Algorithms for Automated Decision-Making in Public Administration: The Estonian Perspective*, in *CERIDAP*, vol. 1, 2023, 51 ss.

¹⁹ Cfr. E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *L'intelligenza artificiale nel settore pubblico: sulla perenne ricerca di un equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *CERIDAP*, vol. 2, 2023, 66 ss., che osserva: «I vantaggi evidenti dell'uso dei sistemi di I.A. e, in generale, dei nuovi strumenti offerti dalla tecnologia nel settore pubblico sono molteplici, per cui, nel tentativo di riassumerli, si possono ridurre a tre tipologie fondamentali: per cominciare, il miglioramento dei processi di assunzione di decisioni; poi, il progresso nel-

Una delle principali difficoltà è comprendere appieno cosa sia l'intelligenza Artificiale. Questa può essere descritta²⁰, in termini generali, come la capacità di un computer o di una “macchina” di svolgere compiti tradizionalmente legati all'intelligenza umana, come la percezione, l'interpretazione, il ragionamento, la decisione, la comunicazione e la capacità di apprendimento basato sull'esperienza²¹.

l'erogazione dei servizi pubblici e nell'interazione tra amministrazioni e cittadini; e, per concludere, l'ottimizzazione della gestione interna».

²⁰ Sulla definizione di Intelligenza Artificiale, cfr. *la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza Artificiale (Legge sull'intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, ove si legge al considerando 6 che: «La nozione di sistema di I.A. dovrebbe essere definita in maniera chiara al fine di garantire la certezza del diritto, prevedendo nel contempo la flessibilità necessaria per agevolare i futuri sviluppi tecnologici. La definizione dovrebbe essere basata sulle principali caratteristiche funzionali del software, in particolare sulla capacità, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, di generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano l'ambiente con cui il sistema interagisce, tanto in una dimensione fisica quanto in una dimensione digitale. I sistemi di I.A. possono essere progettati per funzionare con livelli di autonomia variabili e per essere utilizzati come elementi indipendenti (stand-alone) o come componenti di un prodotto, a prescindere dal fatto che il sistema sia fisicamente incorporato nel prodotto (integrato) o assista la funzionalità del prodotto senza esservi incorporato (non integrato). La definizione di sistema di I.A. dovrebbe essere completata da un elenco di tecniche e approcci specifici utilizzati per il suo sviluppo, che dovrebbe essere tenuto aggiornato alla luce degli sviluppi di mercato e tecnologici mediante l'adozione da parte della Commissione di atti delegati volti a modificare tale elenco». Quindi, all'art. 3, punto 1, si legge che per «“sistema di intelligenza artificiale” (sistema di I.A.)» si può intendere «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

²¹ Cfr. L. CARLUCCI AIELLO, voce *Intelligenza Artificiale*, in *Enciclopedia It.*, IX Appendice, 2015, che afferma: «L'intelligenza artificiale (I.A.) è la capacità di un computer o di un robot di eseguire compiti tradizionalmente eseguiti da esseri intelligenti. Realizzare l'I.A. significa quindi sviluppare sistemi dotati delle funzioni tipiche dei processi intellettivi umani, quali percepire, associare un significato e ragionare su ciò che si percepisce, decidere, compiere azioni, comunicare o apprendere dall'esperienza».

Tanto premesso, è fondamentale analizzare e differenziare – almeno nelle loro caratteristiche essenziali – le due principali categorie di algoritmi che la prassi amministrativa conosce²². Infatti, a seconda del tipo di algoritmo utilizzato, emergono diversi profili problematici²³, con particolare riguardo alla trasparenza e all’intelleggibilità delle decisioni prese.

La prima categoria racchiude gli algoritmi “condizionali”²⁴. Questi operano seguendo uno schema semplice “if..., then...”. In sintesi, se una determinata condizione si verifica, allora viene eseguita un’azione predefinita. Essendo progettati per seguire regole predefinite in fase di programmazione, la loro capacità decisionale è quindi circoscritta a queste ultime. Tale “semplicità” consente di tradurre norme giuridiche in precise istruzioni informatiche²⁵, rendendole intelleggibili a coloro che hanno le necessarie competenze tecniche²⁶. Sicché, l’impiego di tali algoritmi non genera problemi di “spiegabilità”: il loro funzionamento/risultato è “certo e prevedibile”²⁷.

²² Per una spiegazione delle caratteristiche tecniche dell’I.A., cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, vol. 3, 2021, 431 ss.; nonché più di recente ID., *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, in *CERIDAP*, vol. 3, 2023, 1 ss.

²³ Cfr. M. CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 1.

²⁴ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 434, ove precisa che, sebbene nella dottrina giuridica si individuano algoritmi “condizionali” come quelli “deterministici”, «Nella dottrina tecnica si usa tuttavia detto termine per descrivere gli algoritmi che, per determinati input, producono sempre il medesimo output [...] sicché tra i modelli deterministici la letteratura informatica ricomprende a ben vedere anche molteplici tecniche di machine learning e deep learning in quanto – dato un certo modello – gli output del sistema sono anche in tali casi determinati univocamente dagli input [...]». Cfr. M. PALMA, *Gli algoritmi gi pubblica e l’amministrazione pubblica degli algoritmi*, in *Riv. it. inf. e dir.*, vol. 2, 2022, 39 ss.

²⁵ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, vol. 2, 2018, 15 ss.

²⁶ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 435.

²⁷ Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, 379.

Nell'ambito dell'attività amministrativa vincolata²⁸, dove la legge predetermina *ex ante* gli elementi da acquisire e valutare ai fini dell'adozione della decisione finale, l'uso di algoritmi condizionali – come affermato dal giudice amministrativo – può rivelarsi un'opportuna e doverosa declinazione dell'art. 97 Cost.²⁹. L'implementazione di tali algoritmi, infatti, ottimizza l'efficienza amministrativa, velocizza i procedimenti e garantisce un'elaborazione rapida di grandi quantità di dati, superando le limitate capacità umane e migliorando il servizio offerto.

La seconda categoria riguarda, invece, gli algoritmi di apprendimento automatico, tipici dei sistemi di *Machine Learning (ML)*³⁰. Questi

²⁸ Sull'utilizzo di algoritmi condizionali nell'attività vincolata cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 435 ss.

²⁹ In tal senso, cfr. Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270, ove si afferma, al § 8.1, che qualora ci si trovi di fronte a «procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi e oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale [...] l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica»; e nondimeno, precisa, al § 8.2, che «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa» (in senso conforme, cfr. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, § 10). In dottrina, cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, cit.

³⁰ È importante precisare che, sebbene le espressioni «Machine Learning» e «Intelligenza Artificiale» vengano spesso utilizzate in modo intercambiabile, come fossero un tutt'uno, il *Machine Learning* rappresenta un'applicazione dell'intelligenza Artificiale, ma non è l'unica. In effetti, l'intelligenza Artificiale è un campo più ampio che si propone di creare sistemi intelligenti, all'interno del quale il *Machine Learning* è una tecnica specifica che si concentra sull'apprendimento dai dati. Si può considerare il *Machine Learning* come uno degli strumenti o metodi utilizzati per realizzare l'intelligenza Artificiale. Pertanto, mentre il *Machine Learning* può essere incluso nell'ambito dell'intelligenza Artificiale, quest'ultima non è limitata a esso, ma può coinvolgere anche altre tecniche per realizzare l'intelligenza Artificiale, come per esempio il *Deep Learning* o l'Elaborazione del Linguaggio Naturale (*NLP*). Su quest'ultima, cfr. G. LO SAPIO, *Le nuove frontiere di sistemi di elaborazione del linguaggio naturale tra chatgpt e dintorni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.05.2023.

algoritmi si basano su due elementi: il *codice sorgente* e il *modello matematico*³¹.

In questo caso, la conoscenza è acquisita direttamente attraverso un processo di apprendimento automatico³². L’I.A. assume decisioni basandosi su rappresentazioni di tipo statistico-probabilistico, utilizzando metodi di apprendimento automatico³³. Gli algoritmi di *ML* identificano modelli nei dati e li utilizzano per prendere decisioni o compiere previsioni. Una volta addestrati, questi algoritmi sono, quindi, in grado di valutare la precisione delle decisioni assunte rispetto al modello matematico originario, quantificando così la loro attendibilità³⁴. Inoltre, possiedono la capacità di auto-miglioramento attraverso un meccanismo noto come «ottimizzazione»³⁵.

Queste caratteristiche permettono di superare le limitazioni tipiche degli algoritmi condizionali³⁶. Di conseguenza, l’uso di algoritmi di I.A., come evidenziato da una parte della dottrina, può rivelarsi particolarmente utile qualora «il numero di condizioni da valutare non sia quantificabile, o sia comunque estremamente elevato»³⁷, come nel caso di attività discrezionali.

Ciò nonostante, è importante sottolineare che la capacità analitica degli algoritmi di I.A. non implica necessariamente che questi siano realmente “intelligenti”, ovvero privi di pregiudizi che possano influen-

³¹ Cfr. G. CARULLO, *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, cit., 6 ss.

³² Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 437 ss.

³³ Può trattarsi di apprendimento supervisionato, non supervisionato o rafforzato. Cfr. G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021, 79 ss.

³⁴ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 439.

³⁵ Cfr. D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell’intelligenza Artificiale*, in *Federalismi.it*, vol. 5, 2023., viii.

³⁶ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 435 ss., spec. 437.

³⁷ *Ibidem*, 436.

zare le decisioni così assunte³⁸. In effetti, l'impiego di queste tecnologie non assicura di per sé la legittimità della decisione finale ed è inevitabile che sia così.

Per tale ragione, è essenziale interrogarsi sulle misure di tutela da adottare, qualora l'amministrazione si serva di algoritmi di I.A. nei propri processi decisionali per evitare un possibile danno a diritti e interessi dei privati³⁹.

4. Le sfide dell'I.A. nella pubblica amministrazione

È importante precisare che le sfide e le criticità sono strettamente correlate all'evoluzione del contesto tecnologico. Questo implica che all'avanzare della tecnologia, alcune di esse potrebbero attenuarsi, mentre altre potrebbero diventare più complesse o portare alla luce nuovi problemi⁴⁰.

Al riguardo, si desidera circoscrivere l'indagine a tre delle principali problematiche che possono attualmente riscontrarsi in relazione all'applicazione dell'I.A. nell'ambito della pubblica amministrazione.

La prima è rappresentata dalla *qualità dei dati*. È evidente che un algoritmo non può che riflettere i dati con cui viene costruito e allenato⁴¹. Se tali dati sono errati, "corrotti" o contengono *bias*, allora anche l'*output* prodotto sarà inevitabilmente viziato⁴².

³⁸ Cfr. D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'intelligenza Artificiale*, cit.

³⁹ Cfr. D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, vol. 3-4, 2020, 501 ss., ripresa da F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *CERIDAP*, vol. 1, 2022, 152, ove evidenzia la necessità di individuare le «regole che devono essere necessariamente rispettate, affinché il sistema di garanzie su cui si fonda lo "Stato di diritto" (e, nel nostro caso, "di diritto amministrativo") resti intatto».

⁴⁰ Cfr. M. PALMA, *op. cit.*, 41; nonché G. GALLONE, *op. cit.*, 27.

⁴¹ Cfr. D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'intelligenza Artificiale*, cit., viii.

⁴² *Ibidem*.

Questa circostanza solleva profonde preoccupazioni sulla correttezza e affidabilità delle decisioni basate su algoritmi⁴³.

La gravità di queste considerazioni è ulteriormente accentuata dal fatto che gli algoritmi, sia quelli condizionali che quelli di apprendimento automatico, non solo possono replicare gli errori, ma possono anche amplificarli⁴⁴. Mentre un algoritmo condizionale riproduce l'errore in modo automatico, elevandolo a sistema; invece, un algoritmo di *ML* può internalizzare l'errore nelle sue conoscenze, generando un "effetto moltiplicatore" dell'errore stesso, con risultati spesso imprevedibili⁴⁵.

La seconda criticità concerne la tracciabilità dei processi decisionali. Infatti, i sistemi di I.A. – e specialmente quelli di *ML*, che operano secondo logiche inferenziali – sono spesso caratterizzati da intrinseca "opacità".

Questa caratteristica ha dato luogo al cosiddetto problema della *Black box*⁴⁶: nonostante le decisioni siano il frutto di complesse elaborazioni, la logica sottostante rimane inaccessibile⁴⁷. In pratica, anche quando tali algoritmi formulano decisioni di grande precisione e avanzamento, il processo che ha portato a tali risultati non risulta essere decifrabile o comprensibile⁴⁸.

⁴³ Cfr. G. PESCE, *op. cit.*, 143 ss., ove osserva che «il problema del governo degli algoritmi è peculiare non tanto perché l'istruttoria condotta dall'essere umano è esente da bias, potendo il funzionario inficiare il provvedimento anche quando raccoglie i dati senza l'algoritmo. Anzi, da questo punto di vista è più che probabile che l'algoritmo, implicando la raccolta e l'utilizzo di un numero molto più grande di dati, possa aumentare il rischio del *bias*». Pertanto, «proprio perché l'algoritmo di I.A. può essere accompagnato da bias, in una logica di moderna *accountability* occorre che il relativo uso sia accompagnato da un principio di spiegazione più consistente rispetto al procedimento governato da esseri umani».

⁴⁴ Cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019, 24 ss.

⁴⁵ Cfr. D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'intelligenza Artificiale*, cit., ix.

⁴⁶ Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Londra, 2015.

⁴⁷ Cfr. G. PESCE, *op. cit.*, 134 ss.

⁴⁸ *Ivi*, 124 ss., ove precisa che «Affermare che l'I.A. possa assumere natura di "scatola nera" non implica, tuttavia, una totale impenetrabilità dell'algoritmo a un esame

L'ultima sfida, strettamente legata alle precedenti, riguarda la fiducia negli algoritmi⁴⁹: se gli algoritmi possono riflettere e amplificare i *bias* presenti nei dati e operano secondo una logica di *black box*, come è possibile averne fiducia⁵⁰?

Questa domanda diventa ancor più delicata quando ci avviciniamo a settori “ad alto impatto”, come il *settore pubblico*⁵¹. Se non si riesce a comprendere appieno il funzionamento di questi sistemi e come questi trattino i dati – a partire dalla selezione dei dati e dalla loro affidabilità⁵² – può sorgere un concreto rischio di sentirsi vulnerabili di fronte a queste “macchine”⁵³.

accurato dell'essere umano. Piuttosto, significa che il metodo utilizzato per le previsioni dagli algoritmi di autoapprendimento non risulta interpretabile secondo le intuizioni statistiche. Ciò che è diverso da dire che nessuno è in grado di conoscere come gli algoritmi pervengono a una determinata previsione. Se così non fosse, del resto, la p.a. non potrebbe farne uso per contrasto con il principio di trasparenza che deve caratterizzare necessariamente il suo operato».

⁴⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: *Creare fiducia nell'intelligenza Artificiale antropocentrica*, COM(2019)168 final, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=IT>; nonché *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (19.02.2020), reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0065>.

⁵⁰ Cfr. G. GALLONE, *op. cit.*, 26 ss. e spec. 32.

⁵¹ Cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza Artificiale (Legge sull'intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, cit.

⁵² Del resto, è noto come il tema della *governance dei dati* sia cruciale per l'applicazione di sistemi di I.A..

⁵³ Cfr. F. PIZZETTI, *Con AI Verso la Società digitale*, in *Federalismi.it*, vol. 23, 2023, vii, il quale afferma che «Tuttavia è evidente che se l'uomo rinuncia, o non è in ogni caso in grado di comprendere a pieno il funzionamento della macchina e le modalità di trattamento dei dati che questa utilizza, si profila molto concreto il rischio di una “nudità” degli umani rispetto alle macchine e, quindi, una ragionevole diffidenza verso questa tecnologia, che conduce a rifiutarne i risultati e anche i potenziali benefici».

Tale percezione può poi generare una forte diffidenza o addirittura resistenza verso queste tecnologie⁵⁴. In proposito, bisogna tenere a mente che il diritto è una scienza sociale e la percezione delle decisioni influisce direttamente sul grado di accettazione delle stesse⁵⁵.

Dunque, per affrontare queste sfide, è fondamentale sviluppare e attuare un quadro giuridico e misure di tutela appropriati per l'uso dell'I.A. all'interno della pubblica amministrazione. Ciò include la definizione di linee guida per lo sviluppo e l'implementazione di sistemi di I.A. da utilizzare nel settore pubblico, garantendo *trasparenza* e responsabilità nel processo decisionale e affrontando le preoccupazioni etiche⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. G. GALLONE, *op. cit.*, 32, ove osserva che «Questa diffidenza, benché frutto di una percezione in parte smentita dalle evidenze sperimentali (che dimostrano che gli algoritmi, talvolta, errano ma in misura quantitativamente inferiore a quella umana), nasconde il vero nodo. L'impossibilità di eliminare del tutto gli errori spinge a chiedersi se la società tolleri e sia disposta a meglio accettare l'errore umano (più frequente) rispetto a quello della macchina. Un approccio di natura meramente statistica ispirato ai canoni della razionalità lascerebbe propendere per la prima opzione, ma proprio questa spontanea avversione dimostra il contrario».

⁵⁵ Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 460, ove osserva: «Nel concludere il discorso vale infine la pena di tenere in considerazione un ulteriore elemento che può incidere sull'effettività dell'utilizzo di strumenti di I.A. nel settore pubblico, ossia il "fattore umano". Non si può ignorare che il destinatario di un atto confezionato con un sistema di I.A. possa accettare con maggior difficoltà una determinazione sfavorevole, rispetto a una di identico contenuto assunta però da un essere umano. Fattori psicologici, più che giuridici, possono giocare un ruolo fondamentale nel determinare quanto il destinatario dell'atto sarà propenso ad accettare senza contestazioni la decisione». Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 28.08.2018.

⁵⁶ Così G. CARULLO, *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, cit., 3 (traduzione in italiano a mia cura).

5. La Trasparenza algoritmica e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini

L'introduzione di tecnologie di I.A. nella pubblica amministrazione pone al centro dell'attenzione l'importanza della trasparenza⁵⁷. Essa non solo permette di comprendere le modalità attraverso cui vengono prese le decisioni, ma anche promuove una maggiore consapevolezza delle nuove tecnologie, portando a un approccio più razionale e fiducioso⁵⁸.

Affinché la trasparenza sia effettiva, questa deve realizzarsi sotto diversi profili⁵⁹. È necessario, da un lato, essere informati su se, come e quando l'amministrazione utilizza sistemi di automazione o di I.A. nei propri processi decisionali⁶⁰. Dall'altro, è fondamentale ricevere spiegazioni chiare e comprensibili delle decisioni amministrative adottate mediante algoritmi.

⁵⁷ Sulla trasparenza nella prospettiva "digitale", cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, cit.; S. ROSSA, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., 247 ss.

⁵⁸ Cfr. A. CORRADO, *op. cit.*; EAD., *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, vol. 19, 2023, 132 ss.; E. CARLONI, *I principio della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, vol. 2, 2020, 273 ss.; ID., *Le intelligenze artificiali nella pubblica amministrazione e la sfida della trasparenza*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022, 51 ss.

⁵⁹ Cfr. N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne i vantaggi*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, vol. 2, 2022, 473 ss., nonché EAD., *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, cit., 185 ss.

⁶⁰ Del resto, come osservato in dottrina, «Le applicazioni di intelligenza artificiale utilizzate a livello di amministrazioni centrali e locali non sono facilmente individuabili, nascoste in notizie di stampa, generiche comunicazioni istituzionali, circolari o altri documenti [...] manca una chiara indicazione dei procedimenti interessati», così N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne i vantaggi*, cit., 482.

È importante osservare come il Consiglio di Stato – tenendo in debita considerazione le disposizioni sugli obblighi informativi contenute nel Regolamento 2016/679/UE sulla protezione dei dati personali (GDPR)⁶¹ – declini la trasparenza in un «principio di conoscibilità», secondo cui «ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata»⁶².

Il riferimento specifico alla “logica utilizzata” e alla “significatività delle informazioni da ricevere” evidenzia la necessità di coniugare il principio di conoscibilità con quello di comprensibilità⁶³. Si afferma, infatti, che tale principio debba essere inteso «secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico»⁶⁴. Ciò significa che «la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo», deve essere «corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile»⁶⁵.

La necessità di trasparenza e conoscibilità dell'algoritmo va oltre il mero linguaggio informatico che ne guida il funzionamento. Come sottolineato dai giudici di Palazzo Spada, infatti, questa garanzia deve essere assicurata in tutti gli aspetti dell'algoritmo:

dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al

⁶¹ In particolare, v. artt. 13, co. 2, lett. f), 14, co. 2, lett. g) e 15, co. 1, lett. h), del GDPR.

⁶² Così Cons. St., n. 8472/2019, § 15.1.

⁶³ Cfr. G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, vol. 3, 2019, 605 ss., spec. 608, ove si afferma che il principio di trasparenza dovrà essere inteso nei termini di «piena conoscibilità e comprensibilità di una regola espressa in un linguaggio diverso da quello giuridico».

⁶⁴ Così Cons. St., n. 2270/2019, § 8.3.

⁶⁵ *Ibidem*. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, § 10, con nota di A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 1738 ss.

fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato⁶⁶.

È quindi evidente la stretta correlazione tra la trasparenza (intesa come conoscibilità e comprensibilità) e l'obbligo di motivazione della decisione⁶⁷, come previsto dall'art. 3 della l. n. 241/1990 (e dall'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea). Tale obbligo, nel contesto algoritmico, concerne la capacità di spiegare e giustificare i procedimenti decisionali degli algoritmi e, di conseguenza, la legittimità delle decisioni adottate mediante il loro utilizzo⁶⁸.

Ciò è essenziale non solo per garantire trasparenza, ma anche al fine di consentire al giudice amministrativo di «sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato»⁶⁹, assicurando al contempo il diritto di difesa del cittadino, sancito negli artt. 24 e 113 Cost.

La questione, in ultima analisi, non è tanto la spiegabilità “matematica” o “tecnico-informatica” della decisione algoritmica⁷⁰, quanto piuttosto un problema di diritto di positivo⁷¹. Come evidenziato da attenta dottrina «Non è, cioè, il funzionamento interno dell'algoritmo quello che deve essere oggetto della motivazione, ma piuttosto quello che è il prodotto dell'interazione umana con l'output dell'algoritmo»⁷².

⁶⁶ Così Cons. St., n. 2270/2019, § 8.3.

⁶⁷ Cfr. Cons. St., n. 8472/2019, § 16.

⁶⁸ Sulla motivazione delle decisioni automatizzate, su tutti cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 444 ss.

⁶⁹ Così Cons. St., n. 2270/2019, § 8.4.

⁷⁰ Peraltro, è stato evidenziato che «Rendere conoscibile l'algoritmo non necessariamente svela o non necessariamente consente di svelare la correttezza della decisione», così M. CORRADINO, *op. cit.*, 6.

⁷¹ Cfr. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, vol. 12, 2023, xiii; EAD., *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, cit.

⁷² Così D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, cit., xiv.

6. Riflessioni conclusive

Concludendo, occorre ribadire che la transizione digitale della pubblica amministrazione rappresenta una sfida complessa che richiede un'analisi approfondita delle implicazioni giuridiche.

L'obiettivo è ambizioso: intraprendere una transizione digitale che sia bilanciata tra efficienza e tutela dei diritti, nella quale il cittadino rimanga la figura centrale.

Se è vero, infatti, che l'automazione potenzia l'efficienza, è altrettanto vero che suscita interrogativi sulla legittimità e sull'etica della decisione adottata mediante algoritmi. La chiave di volta, a parere di chi scrive, risiede soprattutto nella trasparenza.

È indubbio che le nuove tecnologie e, in particolare, i sistemi di I.A. applicati alla pubblica amministrazione, offrono un'opportunità senza precedenti per perseguire i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità (*ex art. 97 Cost.*), nonché i canoni di efficienza ed economicità (*ex art. 1 della l. n. 241/1990*). Ma questa promettente prospettiva non deve oscurare la necessità di affrontare i rischi e i limiti di tale utilizzo.

In definitiva, elementi cardine come il principio di trasparenza e di conoscibilità, l'obbligo di motivazione, ma anche i principi di non esclusività e di non discriminazione algoritmica devono guidare l'implementazione tecnologica, garantendo che il risultato algoritmico sia comprensibile, equo e, dunque, legittimo.

Cfr. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, cit., 450 ss.; ID., *Large Language Models for Transparent and Intelligible AI-Assisted Public Decision-Making*, cit., 11 ss.

I PARLAMENTI NELLA TRANSIZIONE DIGITALE

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE E GLI EMENDAMENTI

Giuseppe Verrigno

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I parlamenti all'interno della transizione digitale. 3. L'intelligenza artificiale e il procedimento emendativo nel Parlamento italiano. 4. I possibili vantaggi dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel procedimento emendativo. 5. Il Parlamento, l'intelligenza artificiale e gli emendamenti: profili critici. 6. Conclusioni.

1. Premessa

Se è vero che ogni epoca ha una parola chiave che consente di comprenderla nella sua interezza, rivelandone con immediatezza le vicende e le caratteristiche, oggi, secondo una diffusa opinione, la parola chiave da assegnare al nostro tempo non potrebbe che essere la parola “tecnica”. Come il Medioevo senza la parola “Dio” risulta incomprensibile, svuotato di senso, poiché le religioni rappresentano un elemento pregnante di quel periodo storico, allo stesso modo, eliminando la parola “tecnica” dal nostro tempo, ogni cosa del mondo contemporaneo sarebbe profondamente diversa e ogni aspetto dell'esistente apparirebbe sotto una luce nuova, per molti versi inedita¹. Ogni fase dell'esistenza umana può essere letta come un lento e incessante sviluppo tecnico. Anche l'odierna evoluzione a cui assistiamo, quella caratterizzata dalle tecnologie digitali, è soltanto un'altra tappa di questo percorso di sviluppo.

Tuttavia, gli strumenti propri delle tecnologie digitali, per le loro caratteristiche, per la loro pervasività, portano con sé dei cambiamenti

¹ U. GALIMBERTI, *L'età della tecnica e la fine della storia*, Napoli-Salerno, 2021, 30 s.

tanto radicali da fare oggi della tecnica l'elemento chiave del nostro tempo. Quella fase di passaggio oggi comunemente denominata "transizione digitale"², ha provocato e continua a provocare dei radicali mutamenti in ogni attività umana: le tecnologie digitali hanno cambiato il modo di socializzare, di studiare, di incontrarsi, di lavorare³. E così, oggi, sembra che i cambiamenti apportati dalla tecnica divengano tanto rapidi quanto rilevanti nella vita di ciascuno che, nel rapporto uomo-tecnica, i primi appaiono sovrastati dalla seconda e da essa sempre più dipendenti: la tecnica, infatti, pare essere divenuta «la condizione universale per la realizzazione di qualsiasi scopo» e «non è più un mezzo nelle mani dell'uomo» ma, viceversa, coperta da una sorta di indispensabilità, sembra che sia la tecnica a imporre all'uomo di adeguarsi ai suoi modi e ai suoi tempi di funzionamento⁴. Le tecnologie digitali pare abbiano loro modellato la società e non viceversa, spingendo quest'ultima ad adeguarsi alle loro caratteristiche ed ergendo a valori guida elementi tra loro anche eterogenei come "velocità", "semplicità", "efficienza"⁵. Con l'avvento di tali cambiamenti, infatti, ognuno ricerca in ogni attività quotidiana la velocità, la semplicità e l'efficienza che gli strumenti digitali offrono e a cui ci hanno sempre più abituato.

Fatalmente, all'interno di questo quadro, la transizione digitale ha finito per interessare anche le istituzioni, dagli uomini fondate, interpretate, dirette. Volendo ottenere la stessa velocità, semplicità ed efficienza che si ricerca in ogni altra attività umana, vengono introdotti nuovi strumenti digitali a supporto dell'attività di tutti gli organi costituzionali, provocando delle conseguenze che spesso non è dato ancora ricono-

² Sulle differenti locuzioni con cui si fa riferimento ai cambiamenti apportati dalle tecnologie digitali, si veda, G. BALBI, *L'ultima ideologia. Breve storia della rivoluzione digitale*, Roma-Bari, 2022, 3-26.

³ *Ivi*, 69 ss., sottolinea come l'aspettativa sugli sviluppi futuri della tecnologia sia uno degli elementi caratteristici della «rivoluzione digitale»: «E proprio *What's Next?* è probabilmente uno dei mantra più simbolici e ripetuti della rivoluzione digitale nel suo disperato tentativo di comprendere il futuro. *Cosa viene dopo?*, si chiedono ossessivamente gli osservatori della rivoluzione digitale».

⁴ U. GALIMBERTI, *op. cit.*, 42 ss.

⁵ Alla velocizzazione e alla atomizzazione del tempo fa riferimento, tra gli altri, B.C. HAN, *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose*, Milano, 2017, 20 ss.

scere ma dei cambiamenti che sono già visibili⁶. Al contempo queste innovazioni rendono necessaria una riflessione circa l'opportunità del loro utilizzo e sulle loro modalità di impiego. Proprio per la pervasività e le caratteristiche di queste tecnologie, la transizione digitale in atto, così come all'interno del corpo sociale ha dato vita a una sorta di "transizione sociale", cambiando nel profondo la vita di tutti e di ciascuno, per lo Stato può assumere le sembianze di una "transizione istituzionale". Una transizione, questa, che è necessario governare al fine di non incorrere in uno inconsapevole stravolgimento delle funzioni e delle caratteristiche tipiche di ogni organo costituzionale. Questo vale in modo particolare per i parlamenti che, come sede principale della rappresentanza politica, come «istituzione-porticato», punto di collegamento tra lo Stato e il corpo sociale⁷, sembrano essere pienamente coinvolti nella transizione digitale. Diviene perciò essenziale comprendere se utilizzare queste tecnologie e, eventualmente, quale spazio ritagliare loro all'interno delle assemblee parlamentari, anche al fine di preservare quest'ultime da innovazioni distoniche o incoerenti con il loro ruolo e le loro funzioni.

2. I parlamenti all'interno della transizione digitale

Gettando uno sguardo all'odierno rapporto tra tecnologie digitali e parlamenti, molteplici sono gli aspetti che dimostrano come la transizione digitale abbia gradualmente innescato anche una transizione istituzionale: infatti, il ricorso alle *information and communications technology* (ITC) o all'intelligenza artificiale (I.A.), ha provocato e potreb-

⁶ INTER-PARLAMENTARY UNION, *World e-Parliament Report 2022. Parliament after the pandemic*, consultabile al seguente link: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2022-11/world-e-parliament-report-2022>; INTER-PARLAMENTARY UNION, *World e-Parliament Report 2020*, consultabile al seguente link: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2021-07/world-e-parliament-report-2020>. Sull'esperienza italiana, si veda D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019.

⁷ A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 1977, 15 ss.

be ancora provocare dei cambiamenti tali da poter influire, in potenza, sulla stessa essenza dei parlamenti⁸.

Si pensi al Parlamento italiano, a come la recente implementazione del sistema di comunicazione e informazione delle Camere abbia favorito la pubblicità dei lavori parlamentari⁹ dilatando, su questo punto, il «precetto costituzionale di pubblicità dell'azione dei pubblici poteri»¹⁰. Dall'ingresso nelle tribune delle Assemblee adibite al pubblico, si è passati oggi alla indefinita possibilità di seguire le sedute: tramite il sito della Camera o del Senato o per mezzo degli *account* ufficiali sui *social network* chiunque, in qualunque momento, può seguire anche in tempo reale i lavori in Aula o – per esempio – le audizioni all'interno delle Commissioni. Dalla generica informazione tramite i quotidiani o la televisione, dalla richiesta di atti e documenti presso le Camere, si è passati oggi alla possibilità di ottenere in pochi minuti informazioni sulle attività svolte da deputati e senatori, alla possibilità di consultare gli atti parlamentari o i resoconti stenografici dalle Commissioni, anche qui per mezzo dei siti ufficiali delle Camere. Tutti aspetti, questi, che hanno provocato degli effetti sugli stessi lavori parlamentari: l'allargamento delle forme di pubblicità “diretta”, se da un lato ha contribuito a un'ampia diffusione dei lavori parlamentari, dall'altro pare abbia ridimensionato quella informalità che, soprattutto nei lavori in Commissione, è

⁸ La Camera dei deputati, in particolare, è tra le prime assemblee nazionali ha interrogarsi sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale a supporto di tutte le funzioni parlamentari. Si veda al riguardo il recente il rapporto del COMITATO DI VIGILANZA SULL'ATTIVITÀ DI DOCUMENTAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Utilizzare l'intelligenza artificiale a supporto del lavoro parlamentare*, febbraio 2024, è consultabile al seguente link: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/uploadfile_comitato_vigilanza/pdfs/000/000/001/Rapporto_I.A._Camera_deputati.pdf.

⁹ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, 331-338.

¹⁰ A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 1034-1037. Sulla pubblicità dei lavori parlamentari: P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, in *Rassegna Parlamentare*, I-II, 80; A. MANZELLA, *Art. 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 64-69*, Bologna-Roma, 1986, 1-6; L. GIANNITI, C. D'ANDREA, *Art. 64*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1221-1248.

necessaria alla formazione del compromesso tra le diverse parti politiche¹¹.

Grazie alle nuove tecnologie digitali cambiano anche le stesse attività interne, le stesse funzioni principali dei parlamenti. In molti si interrogano, all'interno delle assemblee parlamentari e in dottrina, sulla possibile introduzione di forme di voto "a distanza" dei parlamentari, consentendo in tal modo le discussioni e le votazioni su piattaforme digitali. In qualche caso, secondo modalità e forme ben precise, alcuni parlamenti si sono dotati degli strumenti necessari a istituire simili modalità di voto¹². Questo tema, per quanto attiene al Parlamento italiano, ha ottenuto un'improvvisa attenzione da parte della politica e della dottrina durante la recente emergenza pandemica, la quale, com'è noto, ha creato non poche difficoltà nel prosieguo dei lavori parlamentari secondo le regole tradizionali¹³. Il voto a distanza dei parlamentari, qualora previsto in forme generalizzate, potrebbe comportare la modifica radicale di alcuni tra gli elementi distintivi dell'attività politica del rappresentante

¹¹ N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 17, 2022, 297 s.; A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, Modena, 2020, 44-46; G. RIZZONI, *Come i Parlamenti possono migliorare la fiducia dei cittadini nella legislazione?*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 208, 2020, 43 ss.; M. RUBECCHI, *La pubblicità dei lavori delle commissioni parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016, 2-12; C. FASONE, N. LUPO, *Trasparency vs. Informality in Legislative Committees: comparing the US House Representative, the Italian Chamber of Deputies and the European Parliament*, in *The Journal of Legislative Studies*, 3, 2015, 342 ss.

¹² L.G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE online*, 2, 2020, 2509 ss.; C. MARCHESE, *I lavori parlamentari da remoto: un quadro comparato*, in *Il Filangeri*, 2020, 103 ss.

¹³ N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "reingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, spec. 27-29; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020, spec. 5 ss.; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, spec. 223-225 e *passim*; A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, in *SOG-WP*, 57, 2020, spec. 10 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid19*, in *Medialaws*, 2, 2020, spec. 67 ss.

e dell'istituzione parlamentare: la discussione, lo scambio di valutazioni e opinioni, la ricerca del compromesso, la fase del voto cambierebbero aspetto, trasformando di conseguenza molte delle attività svolte nei parlamenti e le stesse funzioni costituzionali a essi attribuite.

Le tecnologie digitali attualmente esistenti rendono in linea di principio concrete le più risalenti suggestioni circa l'avvento di una «ciberdemocrazia»¹⁴ che ha come protagonista un «iper-cittadino» competente a decidere su ogni questione politica¹⁵. Si pensi a come trasformano il rapporto tra parlamenti e cittadini le diverse forme di *crowdsourcing legislation*, le quali consentono modalità di partecipazione pubblica alla creazione di atti legislativi prima irrealizzabili. In alcuni ordinamenti sono state istituite delle piattaforme in grado di raccogliere le proposte di legge presentate dei cittadini, le quali consentono agli utenti iscritti la discussione, l'emendabilità e la votazione delle stesse e, grazie all'intelligenza artificiale, sono in grado di produrre una sintesi tra i testi o le opinioni espresse dai cittadini all'interno della piattaforma. In altre esperienze, queste proposte vengono inviate al parlamento che, in certi casi, deve obbligatoriamente prenderle in considerazione. Sistemi come questi si pongono potenzialmente in conflitto con i principi classici della democrazia rappresentativa, ridimensionando il ruolo dei rappresentanti e delle stesse assemblee, aprendo a scenari del tutto inediti¹⁶.

Anche la quotidianità, il ruolo o le funzioni del parlamentare o dei funzionari parlamentari possono essere soggette a rilevanti cambiamen-

¹⁴ G. SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, 2000, 137.

¹⁵ *Ivi*, 124.

¹⁶ A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs. decisione politica? *A.I. Legge Democrazia*, Napoli, 2021, 28-45; *Id.*, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 357-382; F. PACINI, *Palamento e tecniche dell'informazione e della comunicazione. Profili di contrapposizione e d'integrazione nell'esperienza italiana*, Pisa, 2022, 63-65; Y.M. CITTINO, *L'intelligenza artificiale applicata ai processi decisionali parlamentari: una griglia di funzioni e una stima dei rischi per la neutralità delle tecnologie*, in *Rassegna parlamentare*, 3, 2022, 629-674. Si vede anche E. CATELANI, *La e-democracy come strumento per l'attivazione della partecipazione dei soggetti interessati alla formazione degli atti normativi e delle politiche europee*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2023, 213 ss. e 217 ss.

ti per mezzo delle tecnologie digitali. Nel nostro ordinamento, alla Camera, a partire dalla XVII legislatura, è stata istituita un'applicazione denominata *geoCamera*, divenuta in poco tempo strumento essenziale del mandato parlamentare di ogni deputato. Essa consente e rinnova molteplici delle loro attività quotidiane: questa applicazione permette loro la consultazione dei «documenti di seduta», la fruizione dei lavori parlamentari in tempo reale, la lettura della rassegna stampa, la consultazione del calendario dei lavori; grazie ad apposite sezioni in essa previste consente di esercitare tutti i poteri attinenti all'iniziativa e, quindi, di presentare proposte di legge (*geoPdl*), atti di sindacato ispettivo (*geoSind*), proposte emendative ai progetti di legge in discussione (*geoEme*)¹⁷. I consiglieri parlamentari, i funzionari e in generale tutto il personale, cominciano a interfacciarsi con strumenti digitali che utilizzano l'intelligenza artificiale e sono capaci di svolgere alcune delle funzioni tipiche dell'attività parlamentare. Si pensi, solo per citare un esempio, al «riconoscimento del parlato» e alla sua trascrizione automatica, la quale ha rivoluzionato la redazione dei resoconti stenografici delle sedute: così passa al *software* il compito di scrivere il testo e ai funzionari rimane soltanto quello di controllare la correttezza del resoconto o di effettuare le modifiche necessarie alla sua pubblicazione¹⁸.

Questa rapida rassegna rende evidente come per gli organi costituzionali la transizione digitale, proprio per le dirompenti innovazioni che comporta, si faccia anche transizione istituzionale. Una transizione che, come visto, nel caso dei parlamenti si è già manifestata in alcuni aspetti e sembra in continuo sviluppo. Tuttavia, le innovazioni provenienti dall'applicazione delle nuove tecnologie digitali all'attività parlamentare potrebbero stravolgere l'attuale fisionomia delle assemblee, cambianone nel profondo i caratteri che le rendono architrave delle odierne democrazie rappresentative. Allo stesso tempo, queste considerazioni

¹⁷ A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020, 25, spec. nota 11; F. PACINI, *op. cit.*, 67.

¹⁸ A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti: una prima riflessione*, in *SOG-WP*, 69, 2022, 18. Si veda anche Y.M. CITINO, *op. cit.*, 635.

non escludono che un loro uso ponderato, quasi “su misura”, potrebbe consentire una maggiore efficienza delle procedure parlamentari e nel funzionamento dell’istituzione.

Tenendo in debita considerazione benefici e rischi dell’introduzione e dell’applicazione di tecnologie digitali al funzionamento delle istituzioni parlamentari, si dovrebbe così considerare e interpretare ognuno di questi mezzi innovativi come “strumento di completamento”, come strumento in grado di semplificare o di affinare il lavoro posto in essere dagli attori protagonisti dei lavori parlamentari.

In questo senso, ogni introduzione di strumenti digitali sarebbe il risultato di una ponderazione tendente a valutarne la «sostenibilità» e, quindi, gli effettivi benefici sui lavori parlamentari¹⁹. Così facendo i parlamenti potrebbero trarre dalla transizione digitale ogni elemento che possa rafforzare il loro ruolo all’interno dei sistemi costituzionali.

3. L’intelligenza artificiale e il procedimento emendativo nel Parlamento italiano

In linea con una visione che attribuisce alle tecnologie digitali un ruolo congruente alle caratteristiche dei parlamenti, un ruolo ausiliario e non limitativo o sostitutivo di quello dei rappresentanti o degli uffici all’interno dei lavori parlamentari, pare siano le innovazioni introdotte all’interno del procedimento legislativo e, in particolare, all’interno del procedimento emendativo²⁰. Insieme ad altri parlamenti²¹, anche Came-

¹⁹ Sul concetto di «sostenibilità digitale» P. BENANTI, S. MAFFETTONE, *Sostenibilità D. Le conseguenze della rivoluzione digitale nelle nostre vite*, in *il Mulino*, 2, 2022, spec. 199 s.

²⁰ E. SPAGNA MUSSO, *Emendamento* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, 1965, 828-832; A. AMATUCCI, *Emendamento* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, 1989, 1-4; L. PALADIN, *Emendamento* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 510. Più di recente G. PICCIRILLI, *L’emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008; AA.VV. (a cura di), *Il potere di emendamento Un’indagine comparativa (Seminaro di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi”)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022.

ra e Senato, seguendo percorsi differenti, hanno apportato modifiche consistenti a questa fase dei lavori parlamentari, in particolare per mezzo dell'intelligenza artificiale.

Alla Camera dei deputati l'applicazione *geoCamera*, prima ricordata, segnala al deputato presentatore di un emendamento la regolarità formale della proposta. Per mezzo dell'intelligenza artificiale, infatti, l'applicazione è in grado di segnalare all'utente gli eventuali errori commessi nella redazione o nella presentazione della proposta, come per esempio l'assenza del testo durante il caricamento nel sistema o, ancora, gli eventuali errori nella apposizione dei nomi dei firmatari.

L'intelligenza artificiale svolge una funzione di supporto anche delle attività dei funzionari di stanza in Aula e nelle Commissioni permanenti. Un'applicazione in dotazione al personale, ricevute le proposte emendative, rileva quelle identiche o simili, consentendo all'utente di riunire le prime (così da porle in votazione nello stesso momento) e di comprendere, nel caso delle seconde, se qualcuna di esse sia affetta da qualche causa di inammissibilità precedentemente accertata in proposte emendative a essa affini. Attraverso un «algoritmo di ordinamento», inoltre, l'applicazione crea il fascicolo degli emendamenti: seguendo le disposizioni del regolamento della Camera, il *software* procede in automatico all'ordinamento degli emendamenti²².

²¹ INTER-PARLAMENTARY UNION, *World e-Parliament Report 2020*, cit., 18 e 47 s. Sinteticamente anche E. BELLISARIO, *Austria, Usa, India: l'intelligenza artificiale aiuta già i parlamenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 luglio 2023; T. FROSINI, *La tecnologia in soccorso del Parlamento*, in *Il Mattino*, 16 ottobre 2023.

²² Per quanto concerne le innovazioni introdotte dalla Camera dei Deputati può farsi riferimento all'intervento della dott.ssa Claudia Di Andrea – Vicesegretaria generale e Responsabile per la transizione digitale del Servizio informatica della Camera dei deputati – tenuto durante la giornata di studi dal titolo «Tecnica legislativa e innovazione tecnologica» (Firenze, 12 maggio 2022), reperibile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=G35rORTzXZs>. Si veda anche il rapporto del COMITATO DI VIGILANZA SULL'ATTIVITÀ DI DOCUMENTAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Utilizzare l'intelligenza artificiale*, cit., 80.

Anche il Senato ha cominciato a fare ricorso all'intelligenza artificiale all'interno del procedimento legislativo²³. Qui, l'applicazione denominata «Gestore Emendamenti» (GEM)²⁴, utilizzata sia per i lavori in Assemblea che nelle Commissioni, attraverso la tecnologia *natural language processing* (NLP), la quale consente all'applicazione di riconoscere il linguaggio umano, effettua l'ordinamento degli emendamenti e – anche qui – crea automaticamente il fascicolo con tutte le proposte presentate. Inoltre, un *software* denominato «Similis» presente all'interno dell'applicazione «Gestore Emendamenti» (GEM) consente l'individuazione delle proposte emendative identiche o simili: come alla Camera, il fine è quello di perfezionare la valutazione degli emendamenti e il loro ordinamento²⁵.

4. I possibili vantaggi dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel procedimento emendativo

Le innovazioni descritte sembrano essere in linea con una concezione dell'uso della tecnologia come “strumento di complemento” delle attività poste in essere dai funzionari parlamentari, dai senatori o dai deputati: in altre parole, esse rappresentano un esempio di quella applicazione “su misura” delle tecnologie digitali prima proposta.

Un elemento rende particolarmente evidente quanto detto: la preminente interazione uomo-macchina nell'utilizzo degli strumenti introdotti all'interno del procedimento emendativo. Ogni compito assegnato alle tecnologie, ogni risultato ottenuto per mezzo dell'intelligenza artificiale, necessita infatti del contributo dei funzionari nelle Commissioni

²³ E. GRIGLIO, C. MARCHETTI, *La “specialità” delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all'esperienza del Senato italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2022, 373-375 e 380-383.

²⁴ T. AGNOLONI, C. MARCHETTI, R. BATTISTONI, G. BRIOTTI, *Clustering Similar Amendments at the Italian Senate*, in AA.VV. (a cura di), *ParlaCLARIN III. Workshop on Creating, Enriching and Using Parliamentary Corpora*, in *European Language Resources Association (ELRA). Marseille, 20-25 June 2022*, Parigi, 2022, 44 ss.

²⁵ E. GRIGLIO, C. MARCHETTI, *op. cit.*, 382.

così come in Assemblea. In altre parole lo svolgimento da parte delle macchine di funzioni tipiche dell'attività parlamentare, come l'ordinamento degli emendamenti o la creazione dei fascicoli contenenti le proposte emendative, ha sempre come contraltare il controllo, la valutazione e la definizione da parte dai consiglieri parlamentari dei risultati forniti da queste applicazioni. In altre parole, lo strumentario posto a servizio dell'attività parlamentare e, quindi, le stesse tecnologie d'intelligenza artificiale, svolgono solo una funzione meramente ausiliaria dei lavori – in questo caso nella fase degli emendamenti – e dei funzionari. Di conseguenza, rimane in capo a quest'ultimi la responsabilità del controllo e della definizione del lavoro effettuato della macchina, creando così un'interazione tra la funzionalità e la velocità derivanti dal lavoro di questi strumenti e le competenze e l'esperienza derivante dall'operato dei consiglieri parlamentari²⁶.

L'utilizzo delle tecnologie digitali così orientato consente di ottenere degli evidenti vantaggi in termini di velocità ed efficienza nei procedimenti parlamentari. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale così come appreso descritto, infatti, ha il principale vantaggio di sveltire il lavoro degli uffici nella fase degli emendamenti. Essi, altrimenti, dovrebbero valutare autonomamente la portata modificativa di ogni proposta al fine di elaborare una precisa sequenza secondo la quale porre in votazione le proposte emendative, affinché si proceda in modo logico e nel rispetto di ogni emendamento avanzato e del suo proponente alla corretta definizione delle disposizioni del testo in discussione²⁷. Questi strumenti, sia alla Camera che al Senato, attraverso il ricorso a tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, consentono così ai consiglieri parlamentari di concludere agevolmente una delle fasi più lunghe e gravose di tutto il procedimento legislativo. Questo vale per l'applicazione che effettua l'ordinamento delle proposte emendative seguendo le regole tipiche dei

²⁶ C. MARCHETTI, *How AI helps the Italian Senate manage amendments*, in *Inter-Parliamentary Union Innovation Tracker*, issue 12, 6 ottobre 2022, consultabile al seguente link: <https://www.ipu.org/innovation-tracker/story/how-ai-helps-italian-senate-manage-amendments>.

²⁷ A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 251; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 43-46 e 223-258.

due rami del Parlamento, poiché consente l'automatica creazione del fascicolo degli emendamenti. Come anche per la segnalazione di emendamenti simili o identici, il che consente, individuando per esempio le proposte di emendative affini ad altre dichiarate inammissibili, di ridurre le possibilità di incorrere in errori nell'ordinamento degli emendamenti e di conseguenza nella loro votazione.

5. Il Parlamento, l'intelligenza artificiale e gli emendamenti: profili critici

Se molti possono essere i benefici derivanti dall'innesto di queste tecnologie alla fase degli emendamenti, altrettante possono essere le incertezze che queste innovazioni inducano in chi ne osserva il funzionamento e ne intravede i futuri impieghi. Su questo piano destano dubbi dei possibili sviluppi che siano disancorati da una visione delle tecnologie digitali come ausiliarie o serventi alle funzioni svolte dai parlamentari o degli uffici. Da un uso totalizzante dell'intelligenza artificiale all'interno della fase degli emendamenti, di per sé tra i momenti più importanti di confronto politico, potrebbero derivare alcune criticità all'interno e all'esterno dell'istituzione parlamentare.

All'interno dei lavori parlamentari potrebbe determinare degli effetti negativi l'introduzione di appositi editor di emendamenti basati sull'intelligenza artificiale a servizio di ogni gruppo parlamentare²⁸. La progressiva digitalizzazione del deposito degli emendamenti, in particolare alla Camera attraverso il collegamento tra l'applicazione *GeoCamera* e il *software* in dotazione ai funzionari nelle Commissioni e in Assemblea, potrebbe determinare un «ostruzionismo 2.0»²⁹: un incremento degli episodi di ostruzionismo all'interno del procedimento emendativo utilizzando le applicazioni citate per creare e presentare molteplici

²⁸ A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?*, cit., 378 ss.; F. PACINI, *op. cit.*, 69 ss.

²⁹ S. CURRERI, *Le questioni regolamentari dell'iter della revisione costituzionale in Senato*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, 2016, 230.

emendamenti. Tali considerazioni sono supportate da un precedente, rimasto celebre poiché la creazione per mezzo dell'intelligenza artificiale di milioni di emendamenti ha quasi determinato la paralisi dei lavori. Durante la discussione del disegno di legge costituzionale per la «revisione della Parte II della Costituzione» (A.S. 1419-B, XVII legislatura), il senatore Roberto Calderoli, per mezzo di un programma dotato della tecnologia *natural language generation*, la quale consente automaticamente e in pochi istanti la creazione di migliaia di testi cambiando soltanto una parola o la punteggiatura a partire da una proposizione base, è riuscito a presentare ben 82 milioni di emendamenti al testo in discussione³⁰.

È evidente che slegare l'applicazione di queste tecnologie dalle dinamiche tipiche dei lavori parlamentari, dalla politicità di queste procedure e dalle loro caratteristiche, comprometterebbe quella velocità, semplicità ed efficienza delle procedure parlamentari che si ricerca proprio facendo ricorso a questo tipo di tecnologie digitali. I benefici in termini di velocità nel lavoro sugli emendamenti, semplificando la procedura di ordinamento delle proposte e la valutazione delle stesse, possano essere vanificati dall'utilizzo in senso dilatorio od ostruzionistico della creazione di emendamenti tramite editor basati sull'intelligenza artificiale. In più, il processo di formazione del «deliberando *principale*»³¹ che si svolge anche attraverso l'apposizione di emendamenti al testo in discussione, da momento di incontro di idee e visioni politiche potrebbe così tramutarsi in momento di insanabile conflitto. Per prevenire il verificarsi di casi del genere, si potrebbe però configurare l'innesto di ulteriori *software* nelle applicazioni già in dotazione al personale delle Camere in grado di neutralizzare queste forme di ostruzionismo.

³⁰ A. SGHERZA, *Così si fabbricano 82 milioni di emendamenti: la democrazia ostaggio di un algoritmo*, in *la Repubblica*, 25 settembre 2015. Si veda, in particolare, G. PICCIRILLI, *Elusione ed evasione dello stress decisionale nel procedimento di revisione costituzionale*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI, *op. cit.*, spec. 207 ss.; A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?*, *cit.*, 376 ss.; F. PACINI, *op. cit.*, 67-70.

³¹ G. BERTOLINI, *Emendamento, deliberazione parlamentare e iniziativa*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 5, Torino, 1995, 214.

Da rimarcare, poi, è la rilevanza del controllo svolto dai funzionari parlamentari sull'ordinamento degli emendamenti effettuato dal *software*. Un cattivo ordinamento potrebbe compromettere la normale sequenza delle votazioni³² e, di conseguenza, l'ordine logico della discussione e della decisione, nonché la condizione di parità tra proposte emendative e, quindi, tra i loro proponenti. In altre parole, nel caso di errori da parte del *software* nell'ordinamento degli emendamenti e in assenza di un attento controllo da parte dei funzionari parlamentari, si potrebbe configurare una dilatazione del tempo di esame delle proposte emendative. Ma anche la preclusione o l'assorbimento di proposte che, secondo i regolamenti della Camera³³ e del Senato³⁴, avrebbero dovuto essere poste prima in votazione, con una conseguente possibile limitazione del potere di proporre emendamenti del singolo parlamentare.

Aumentano le incertezze se si calano poi queste considerazioni in un contesto nel quale il procedimento emendativo subisce già diverse torsioni: il frequente ricorso ai maxi-emendamenti e alla questione di fiducia³⁵, la prassi della segnalazione degli emendamenti³⁶, quella del coin-

³² Sulle modalità d'ordine delle votazioni delle proposte emendative G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 41-48. Si vedano anche i seminali studi di J. BENTHAM, *La tattica parlamentare. Note* (1843), in A. BRUNIALTI (a cura di), *Biblioteca di Scienze politiche*, IV-II, Torino, 1888, spec. 773 ss. e 809.

³³ «Qualora siano stati presentati più emendamenti a uno stesso testo, essi sono posti ai voti cominciando da quelli che più si allontanano dal testo originario: prima quelli interamente soppressivi, poi quelli parzialmente soppressivi, quindi quelli modificativi e infine quelli aggiuntivi. Gli emendamenti a un emendamento sono votati prima di quello principale»; articolo 87, comma 3, reg. Cam.

³⁴ «Qualora siano stati presentati più emendamenti a uno stesso testo, sono posti ai voti prima i soppressivi e poi gli altri, cominciando da quelli che più si allontanano dal testo originario e secondo l'ordine in cui si oppongono, si inseriscono o si aggiungono a esso. Quando è presentato un solo emendamento soppressivo di un intero articolo, si pone ai voti il mantenimento del testo»; articolo 102, comma 2, reg. Sen.

³⁵ Si vedano, tra gli altri, N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 85 ss.; G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018.

volgimento di una sola delle due Camere nel procedimento legislativo a causa dei limitati spazi temporali e di azione da parte dei parlamentari (c.d. *monocameralismo di fatto*)³⁷, ridimensiona spesso il confronto politico che avviene nella fase degli emendamenti.

Da non trascurare, poi, sono anche i rischi che potrebbero provenire dall'esterno del Parlamento, dalla «percezione» che i cittadini potrebbero avere di queste innovative pratiche³⁸. Poiché esse, come visto, possono influire anche indirettamente sui meccanismi tradizionali che governano i lavori in Commissione o in Aula e, quindi, sulla qualità del confronto politico e delle stesse decisioni adottate, non è da escludere che l'utilizzo di queste tecnologie da parte dei parlamentari possa attirare nuove critiche alla democrazia rappresentativa, allontanando ancor di più l'assemblea dalla comunità di riferimento³⁹. Potrebbero essere spunto di nuove critiche non soltanto le possibili derive ostruzionistiche prima accennate, ma anche lo stesso effettivo contributo dei rappresentanti alla procedura emendativa. Non sarebbe così sorprendente l'avvicinarsi di giudizi sull'utilizzo di queste tecnologie come strumenti a cui fanno ricorso i parlamentari per aggirare i loro compiti, o di dichiarazioni tese a giustificare, al contrario, l'abbandono delle forme classiche di democrazia rappresentativa in favore di quelle forme digitali e

³⁶ G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 249-254.

³⁷ Sul «monocameralismo di fatto», si vedano i contributi del fascicolo monografico in *Costituzionalismo.it*, 3, 2022. Si veda anche A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., 30 ss. e 64 ss.; E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023, 82 ss.

³⁸ Sul concetto di «percezione» del Parlamento si veda G.L. CONTI, P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa, 2017.

³⁹ «La prevalenza della «identità collettiva interna» sui canali di comunicazione con la società esterna in movimento è uno dei problemi costanti delle assemblee parlamentari. Problemi che raggiungono un grado di insostenibilità quando le rivoluzioni tecniche della produzione e del lavoro – e dei comportamenti sociali relativi – raggiungono progressivamente la loro acme. È allora che, denunciando la rottura, ma incapaci di superarne «democraticamente» le cause, i movimenti populistici cominciano a parlare di «casta»»; F. PEDRINI, *Colloquio sul Parlamento. Intervista al Prof. Andrea Manzella (Roma, 13 febbraio 2023)*, in *Lo Stato*, 19, 2022, 184 ss.

dirette oggi reclamate. Considerazioni, queste, peraltro suffragate da un recente sondaggio rivolto a un campione di cittadini europei che vedono risultati favorevoli alla riduzione dei parlamentari in favore di una sostituzione del loro ruolo con *software* d'intelligenza artificiale: per l'Italia il 59% degli intervistati si è detto favorevole⁴⁰.

6. Conclusioni

Le considerazioni svolte mostrano come la transizione digitale possa apportare dei cambiamenti tanto radicali al ruolo e al funzionamento delle istituzioni da provocare non dei semplici adattamenti allo sviluppo tecnico di un determinato periodo storico, bensì una vera e propria transizione istituzionale che, quindi, può cambiare nel profondo tutti gli organi costituzionali.

I parlamenti – e, quindi, anche il Parlamento italiano –, con le loro plurime funzioni⁴¹, devono porsi davanti alle sfide che provengono dalla transizione digitale non con diffidenza o con un atteggiamento repulivo; e neanche con quell'incontenibile entusiasmo che spesso caratterizza l'incontro con le nuove tecnologie digitali⁴²; ma con un approccio riflessivo e indagatore. In altre parole, i parlamenti dovranno governare

⁴⁰ «In base a un sondaggio del Centro per la Guida dei Cambiamenti dell'Istituto de Empresa (IE) dell'Università di Madrid, condotto nel 2021 in undici paesi su un campione di 2769 persone, nonostante i riconosciuti limiti e rischi dell'I.A., il 51% degli europei si è dichiarato favorevole a una riduzione dei parlamentari e a una loro sostituzione con strumenti di intelligenza artificiale cui dare la possibilità di accedere ai dati a disposizione dei parlamentari stessi: tra di essi il 66% degli spagnoli e il 59% degli italiani. Al di fuori dell'Europa, i favorevoli all'I.A. risultavano del 60% negli Stati Uniti e ben del 75% in Cina»; A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti: una prima riflessione*, cit., 4.

⁴¹ A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, tuttavia, cit., 71 ss.; A. BARBERA, *I parlamenti*, Roma-Bari, 2006, 61-81.

⁴² È stata proposta una categorizzazione tra «“tecno-entusiasti” e “tecno-scettici”», definita come una «sterile contrapposizione»; R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? la “reingegnerizzazione” del processo di decisione parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 295 ss.

le innovazioni frutto dell'affermazione delle nuove tecnologie digitali che dalla società, dalla quotidianità di ciascuno, influenzano tutte le istituzioni, traendo da questa transizione ogni aspetto che possa rafforzare il loro ruolo costituzionale.

In questo frangente storico, in cui essi sono sempre più al centro di critiche, spesso strumentali, che ne minano l'autorevolezza, l'utilizzo delle tecnologie digitali può rappresentare o un ulteriore elemento per alimentare queste critiche, o un'opportunità per rendere maggiormente performanti le istituzioni parlamentari⁴³. È, questo, un confine estremamente sottile e l'esito in un senso o nell'altro dipenderà da quale concezione del rapporto tra tecnologie digitali e parlamenti sarà adottata. Invertire il soggetto e riorientare la prospettiva di questo rapporto potrebbe apportare dei benefici al concreto funzionamento dei parlamenti.

Sarebbe quindi opportuno non guardare soltanto agli strumenti che si ritiene di introdurre, ai vantaggi in termini di efficienza e semplificazione che da questi possono derivare, bensì ai concreti effetti che questi possono dispiegare all'interno e all'esterno dell'istituzione, a quale apporto essi abbiano sulle regole e le prassi del diritto parlamentare e sull'autorevolezza dell'istituzione.

Per quanto attiene all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in questo senso sembrano andare i «Principi per l'utilizzo dell'I.A. a supporto del lavoro parlamentare», individuati nel recente report del Comitato di vigilanza sull'attività di documentazione della Camera dei deputati dal titolo «Utilizzare l'intelligenza artificiale a supporto del lavoro parlamentare». Qui, infatti, si enuncia in premessa che

⁴³ «Nel contesto di assetti di *governance* sempre più plurali e complessi, la tecnologia è destinata ad accentuare la tendenza allo slittamento del Parlamento verso posizioni "laterali" – quella precisamente di un "meta-legislatore" – o al contrario essa può aiutare questo organo a interpretare e a reagire alle grandi trasformazioni in atto così tornando a svolgere un indispensabile ruolo di federatore?»; R. IBRIDO, *Alla ricerca della "giusta distanza": il formato tecnologico lavori parlamentari Italia e in Spagna durante la crisi pandemica*, in *Il Filangeri*, 2020, 99.

Le assemblee legislative hanno caratteristiche specifiche e sono regolate da norme e principi che le differenziano in diversi ambiti non solo dalle organizzazioni del settore privato ma anche dalle altre organizzazioni pubbliche. [...] ci sono diversi ambiti in cui l'intelligenza artificiale, non solo generativa, potrebbe generare vantaggi per il lavoro del Parlamento (in termini di efficienza del lavoro, di incremento della qualità della regolazione e di trasparenza nei confronti dei cittadini). Tuttavia, vista la rilevanza costituzionale e democratica del lavoro parlamentare, i rischi associati all'uso di questi sistemi devono essere riconosciuti, gestiti e, ove possibile, mitigati⁴⁴.

Il caso degli emendamenti qui riportato mostra bene che tecnologie digitali come l'intelligenza artificiale possono assicurare significativi vantaggi alle procedure parlamentari se orientati a questa concezione: nonostante i difetti segnalati e la difficile aderenza delle macchine alle regolarità del procedimento emendativo, il controllo degli uffici sull'attività delle macchine stesse consente a questi strumenti di svolgere un importante ruolo ausiliario⁴⁵. Tuttavia, se così non fosse, il procedimento emendativo da momento cruciale di confronto politico potrebbe trasformarsi in una sterile contrapposizione tra visioni opposte⁴⁶. Pertanto, anche su questo aspetto sarà necessario coniugare gli elementi caratterizzanti la proposta, la discussione e la votazione degli emendamenti con tutte quelle innovazioni che possono valorizzare e rendere più fluida questa fase.

In breve, nello sviluppo del rapporto tra parlamenti e tecnologie digitali sarebbe necessario evitare di adottare quella concezione generale, poc'anzi richiamata, che mette al centro il progresso e la tecnica e perde di vista gli effetti che quest'ultime hanno sull'uomo. Come all'interno della transizione digitale e sociale sarebbe necessario rimettere al centro

⁴⁴ COMITATO DI VIGILANZA SULL'ATTIVITÀ DI DOCUMENTAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *op. cit.*, 89 s.

⁴⁵ E. GRIGLIO, C. MARCHETTI, *op. cit.*, 371 ss. e 381-384.

⁴⁶ «[...] l'emendamento e i poteri procedurali che all'emendamento si connettono caratterizzano più di quanto non si sia soliti immaginare il senso e le dimensioni delle funzioni sostanziali che le regole delle procedure parlamentari disciplinano, mettendo a fuoco nella sua interezza il quadro della scena parlamentare e dei suoi attori, con le loro parti e i loro ruoli»; G. BERTOLINI, *op. cit.*, 235 ss.

la persona, così da rendere il progresso tecnico orientato al benessere e al bene che esso può infondere alla società⁴⁷, allo stesso modo, al fine di governare la transizione digitale e istituzionale che coinvolge i parlamenti, sarà necessario guardare proprio a quest'ultimi. Mettere quindi al centro i parlamenti, le loro peculiarità, i loro equilibri e il diritto parlamentare, come «complesso di rapporti politico-giuridici»⁴⁸, non considerando ogni progresso della tecnica come tale, innovativo e vantaggioso, ma guardando al contesto entro il quale gli strumenti digitali vengono utilizzati così da intenderne l'effettivo apporto⁴⁹.

⁴⁷ «Per poter parlare di innovazione positivamente e per poterla orientare al bene comune, abbiamo bisogno di una qualifica che sia in grado di descrivere come e quali caratteristiche del progresso contribuiscono al bene dei singoli e della società. Per questo, abbiamo deciso di adottare la categoria della “sostenibilità digitale”. L'idea di sostenibilità digitale porta l'attenzione su un concetto di ampia portata, che comprende l'espansione durevole delle possibilità di scelta degli individui e il miglioramento equo delle loro prospettive di benessere. Parlare di sostenibilità digitale significa non mettere la capacità tecnica al centro dell'attenzione, bensì tenere l'uomo al centro della riflessione, come fine ultimo che qualifica il progresso»; P. BENANTI, S. MAFFETTONE, *op. cit.*, 199 s. Sul ruolo futuro dell'intelligenza artificiale in tutti i possibili campi di applicazione, viene sottolineato come sarà necessario individuare le effettive aree e i compiti da delegare alle macchine e quali continuare a riservare all'attività umana; F. ROSSI, *Il confine del futuro*, Milano, 17 ss. e 117 ss.

⁴⁸ V. MICELI, *Principi di diritto parlamentare*, Milano, 1910, 1.

⁴⁹ «Se continuiamo a guardare la tecnologia soltanto come innovazione rischiamo di non riuscire a percepire la portata di trasformazione sociale, e quindi di risultare incapaci di orientarne verso il bene gli effetti»; P. BENANTI, S. MAFFETTONE, *Decisioni politiche e sostenibilità digitale*, in P. SEVERINO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 28-30.

SEZIONE V

LA TRANSIZIONE ECOLOGICA ED ENERGETICA

DIRITTO IN MOVIMENTO

ALCUNI SPUNTI PER LO STUDIO DELLA TRANSIZIONE VERDE

Alessandra Porcari

SOMMARIO: *1. Il diritto nella transizione verde. 2. Spazio. 3. Tempo. 4. Velocità. 5. Il diritto della transizione verde.*

1. Il diritto nella transizione verde

La scelta di dedicare una sessione delle giornate di studio alla transizione verde è dettata dal fatto che la crisi climatica, ambientale ed energetica costituisce la principale sfida del nostro tempo.

La temperatura media dei dodici mesi compresi tra aprile 2023 e marzo 2024 è la più alta mai registrata sul pianeta, con 1,58°C al di sopra del livello calcolato nel periodo preindustriale¹. Secondo i climatologi, questo innalzamento delle temperature può anticipare il raggiungimento di alcuni «punti di non ritorno», definiti come soglie critiche a partire dalle quali gli effetti del cambiamento climatico saranno irreversibili, con impatti significativi sull'ambiente e sulla vita umana². Tra i diversi «punti di non ritorno» individuati nella biosfera, nella criosfera e nell'atmosfera, figurano, per esempio, il collasso delle foreste pluviali, lo scioglimento del permafrost nelle regioni artiche e l'alterazione delle correnti oceaniche.

¹ Si tratta degli ultimi dati riportati dal servizio relativo ai cambiamenti climatici del programma Copernicus per conto dell'Unione europea, accessibili al link [https://climate.copernicus.eu/march-2024-10th-consecutive-record-warm-month-globally#:~:text=March%202024%20is%20the%20tenth,Climate%20Change%20Service%20\(C3S\)](https://climate.copernicus.eu/march-2024-10th-consecutive-record-warm-month-globally#:~:text=March%202024%20is%20the%20tenth,Climate%20Change%20Service%20(C3S)).

² Cfr. D.I. ARMSTRONG MCKAY et al., *Exceeding 1.5°C global warming could trigger multiple climate tipping points*, in *Science*, 377, 2022.

Alla luce delle previsioni e degli scenari prospettati dalla comunità scientifica, il raggiungimento della neutralità climatica – ossia la condizione di bilanciamento tra le emissioni inquinanti di origine antropica e le emissioni riassorbite o compensate – implica un ripensamento dei sistemi di produzione e di consumo in un’ottica di circolarità e sostenibilità, senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri bisogni³. Ciò si traduce nell’abbandono delle fonti fossili a favore delle fonti di energia rinnovabili, nella tutela dell’ambiente e delle risorse naturali e nella graduale decarbonizzazione dei settori industriali e dei trasporti attraverso il ricorso a soluzioni alternative che non comportino l’emissione di gas serra.

Il ruolo del diritto – con gli interventi del legislatore, con l’attività delle corti e con il parallelo dibattito dottrinale – è fondamentale in ogni processo di trasformazione culturale, economica, sociale e politica⁴, inclusa la transizione ambientale ed energetica.

I legislatori nazionali ed europei contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi della transizione verde – nel rispetto degli accordi raggiunti a livello internazionale e sulla base delle tabelle di marcia definite attraverso la programmazione economica – predisponendo nuovi atti normativi o modificando quelli in vigore. Si pensi, a titolo esemplificativo, all’adozione di norme in materia di tutela del suolo, dell’aria e delle acque, alle norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati, alle norme in materia di tutela della natura e della biodiversità. Inoltre, nel quadro normativo predisposto dai legislatori si inserisce l’attività svolta dalle autorità di regolazione nei settori dell’energia e dell’ambiente, con la definizione di tariffe per l’utilizzo delle infrastrutture e con l’introduzione di misure volte a tutelare la con-

³ In generale, si veda A. COLOMBO, P. MAGRI (a cura di), *La grande transizione*, Rapporto ISPI 2022.

⁴ Sul tema del mutamento del diritto e sul suo duplice ruolo di «motore» e «prodotto» delle trasformazioni culturali, economiche, sociali e politiche, si veda, G. PASCUZZI, *Cognitive techniques of legal innovation*, in G. BELLANTUONO, F.T. LARA (a cura di), *Law, Development and Innovation*, Cham, 2016, 16.

correnza tra gli operatori e ad accrescere la consapevolezza dei consumatori⁵.

Accanto ai legislatori, anche le corti internazionali, europee e nazionali svolgono un ruolo cruciale nella transizione verde. Ciò accade, per esempio, nel momento in cui esse, nel bilanciare i diversi interessi coinvolti, forniscono un'interpretazione della legge applicabile al caso di specie attribuendo un valore superiore alla tutela dell'ambiente. Oppure, quando le corti contribuiscono allo sviluppo e all'estensione dei principi del diritto dell'ambiente (o quando ne elaborano di nuovi), chiarendone l'operatività e definendone i limiti. Ancora, quando le corti intervengono per la definizione delle controversie volte ad accertare le diverse forme di responsabilità derivanti dal danno arrecato all'ambiente.

I temi e le questioni che possono (e devono) suscitare l'attenzione del giurista sono numerose e riguardano le categorie, gli istituti e i principi di ogni area del diritto e i contributi raccolti nella presente sezione riflettono questa eterogeneità. La dottrina da tempo si interroga sul modo in cui far dialogare la tutela dell'ambiente con le tradizionali categorie del diritto amministrativo⁶, civile⁷ e penale⁸ e queste riflessioni, insieme ai dibattiti accademici che ne sono scaturiti, hanno inevitabilmente subito un'espansione nell'ambito dell'attuale transizione verde.

⁵ Nel contesto italiano, tali attività sono espletate dall'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente («ARERA»). A partire dal 2011, è operativa a livello europeo l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori dell'energia («ACER»).

⁶ Sul nuovo ruolo dei poteri pubblici e sulle novità della transizione verde che impattano l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni, si veda F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2022, 798 ss.

⁷ Per esempio, sul possibile riconoscimento della soggettività giuridica in capo alla natura, non senza difficoltà e dubbi di ordine dogmatico, si veda G. ALPA, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 11, 2020, 29.

⁸ Per una ricostruzione della dogmatica del reato ambientale alla luce dei principi e delle categorie del diritto penale, si veda C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008.

Il concetto di transizione, in generale, è riferibile a un tempo intermedio tra il vecchio e il nuovo, tra il prima e il poi, caratterizzato da tensioni e contraddizioni. Come è stato descritto dalla dottrina filosofico-giuridica, essa si articola in un processo che sorge con uno «sfaldamento del sistema *a quo*» e a cui segue una «stabilizzazione del sistema *ad quem*»⁹. Pur nella consapevolezza della difficoltà di segnare i confini di un fenomeno così complesso, proiettando questa definizione nel contesto della transizione verde, si può sostenere che l'incipit e la fine della transizione verde coincidano rispettivamente con la crisi attuale e con il raggiungimento della neutralità climatica e della decarbonizzazione del sistema economico mondiale. Così, alla transizione verde sono riconducibili gli interventi di riforma e le politiche in tema di clima, ambiente ed energia volte a offrire una risposta al problema attraverso l'eliminazione delle conseguenze negative di tale crisi sul pianeta e la predisposizione delle basi per uno sviluppo sostenibile.

Da un lato, il diritto può offrire una molteplicità di strumenti, vecchi e nuovi, per raggiungere efficacemente gli obiettivi della transizione (“il diritto *nella* transizione verde”), dall'altro lato, quest'ultima, a sua volta, ha un impatto sul diritto e può determinarne uno sviluppo evolutivo o quantomeno un ripensamento di alcune categorie sue proprie (“il diritto *della* transizione verde”).

In quest'ottica, i contributi inclusi nella sezione che qui si presenta, letti nel loro insieme, suggeriscono l'immagine di un “diritto in movimento”¹⁰. Un'introduzione allo studio della transizione verde, pur in una prospettiva giuridica, implica, pertanto, un'analisi delle tre grandezze fisiche che di regola si considerano per conoscere la dinamica del moto di ogni corpo: spazio, tempo e velocità.

⁹ L'espressione si deve a P. COSTA, “*La transizione*”: *Uno strumento metastorico-giuridico?*, in *Diacronia*, 1, 2019, 23.

¹⁰ Lo spunto muove e rielabora alcune delle riflessioni filosofico-giuridiche in merito alla ricostruzione della nozione teorica di transizione e dei suoi elementi strutturali in S. TOMASI, *Diritto in transizione e giustizia intergenerazionale: la retorica del diritto “Fra-noi”*, in questo volume: «riflettere sul significato di transizione implica porre a tema i confini, spaziali e temporali, e determinare quali soggetti e argomenti siano interessati».

2. Spazio

Collocare il fenomeno della transizione verde nella dimensione dello spazio significa prendere in considerazione sia i diversi ordinamenti giuridici (internazionale, europeo e nazionale) sia i diversi soggetti coinvolti in tale processo.

In primo luogo, in virtù della dimensione globale della questione climatica e del problema di gestione delle limitate risorse naturali, non stupisce che i principi fondamentali per la tutela dell'ambiente – a partire dal principio di precauzione¹¹ e dal principio «chi inquina paga»¹² – abbiano avuto quale “culla naturale” il diritto internazionale. Tali principi sono stati poi recepiti e sviluppati dall'ordinamento europeo e infine trasfusi nei singoli ordinamenti nazionali¹³.

Nell'ambito della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) manca un esplicito riconoscimento del diritto a un ambiente sicuro, pulito, sano e sostenibile e da tempo si discute della possibilità colmare tale lacuna attraverso l'introduzione di un protocollo addizionale alla stessa¹⁴. Nel silenzio della Convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni ricondotto il diritto a un ambiente sano all'ambito applicativo della CEDU e recentemente è arrivata a sostenere che l'art. 8 CEDU include il diritto a una protezione effettiva da par-

¹¹ L'esplicito riconoscimento del principio di precauzione risale al 1982, quando l'Assemblea generale delle Nazioni Unite l'ha incluso nella Carta mondiale della Natura. Dieci anni dopo, esso è stato cristallizzato all'interno della Dichiarazione di Rio adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo (principio n. 15).

¹² Il principio è stato introdotto nel 1972 dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) con la Raccomandazione n. 128 sui principi relativi agli aspetti economici delle politiche ambientali sul piano internazionale.

¹³ Per una recente ricostruzione della tutela multilivello dell'ambiente, si veda M. PETRACHI, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023.

¹⁴ Cfr. V. ZAMBRANO, *Tutela degli interessi delle generazioni future nel sistema CEDU. Quali prospettive scaturiscono da un nuovo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 135-155.

te delle autorità statali a fronte dei gravi effetti del cambiamento climatico sulla salute, sul benessere e sulla qualità della vita¹⁵.

In secondo luogo, all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, le competenze in materia di ambiente (articoli 191-193 TFUE) e in materia di energia (art. 194 TFUE) sono di tipo concorrente: ciò implica che l'estensione della competenza degli Stati membri dipende dai tempi e dai modi con cui la competenza dell'Unione viene esercitata¹⁶. Dal Trattato di Lisbona in poi, l'esercizio delle competenze dell'Unione in tali settori ha conosciuto una notevole espansione, come si evince dalla copiosa produzione normativa e dalla parallela attività interpretativa della Corte di giustizia¹⁷. Quest'ultima è arrivata a fornire un'interpretazione particolarmente restrittiva della sovranità degli Stati membri nella definizione del mix energetico nazionale, riconoscendo il ruolo dell'Unione nella salvaguardia dell'ambiente e nella lotta al cambiamento climatico e valorizzando l'autorità di quest'ultima nello scandire il ritmo e nel tracciare la strada della transizione verde¹⁸.

Rispetto al paradigma in cui le istituzioni europee tendenzialmente si limitavano a tradurre nel proprio ordinamento le decisioni assunte dagli Stati nelle conferenze internazionali sul tema, il *Green Deal europeo*¹⁹, con la sua nuova logica della «primazia ecologica» nella tutela e nel ripristino degli ecosistemi, rappresenta un punto di svolta per la

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande sez., 9 aprile 2024, *Verein Klima-Seniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*.

¹⁶ Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, 468.

¹⁷ Cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 4, 2021, 777-801.

¹⁸ Corte giust., 21 giugno 2018, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, causa C-5/16, paragrafo 43. Sul punto, J. VAN ZEBEN, L. DE ALMEIDA, M. ALESSANDRINI, *Stress-testing the European Green Deal: the 'securitisation' of energy, food and climate*, in *EU Law Live Weekend Edition*, 106, 2022, 5.

¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM(2019)640 final.

transizione verde oltre che per il processo di integrazione europea²⁰. Esso, infatti, non si limita a fissare obiettivi vincolanti per la riduzione delle emissioni ma si articola in una serie di strategie e di riforme con cui il quadro normativo è stato innovato in un modo capillare in numerosi settori di intervento dell'Unione: clima, energia, ambiente, agricoltura, trasporti, industria, finanza, ricerca e innovazione.

Infine, per quel che riguarda l'ordinamento giuridico italiano, a cui si riferisce la gran parte dei contributi della presente sezione, risulta indiscussa protagonista la recente riforma del testo costituzionale, i cui articoli 9 e 41 sono stati riformulati in virtù delle esigenze di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni²¹. La riforma, in realtà, divide la dottrina tra coloro che ne esaltano con entusiasmo la portata innovativa e coloro che preferiscono sottolinearne la natura ricognitiva, dal momento che un «diritto costituzionale dell'ambiente» era già dotato di una certa autonomia nell'ordinamento nazionale²². In effetti, da ben prima della riforma del Titolo V della Costituzione, quando il riferimento all'ambiente è stato esplicitato all'interno dell'art.117, la Corte costituzionale aveva qualificato la tutela dell'ambiente quale «diritto fondamentale della persona e interesse della collettività»²³ e l'aveva ricondotta nell'ambito applicativo delle norme costituzionali relative alla tutela del paesaggio (art. 9) e della salute individuale e collettiva (art. 32).

In questo quadro di tutela multilivello dell'ambiente, la transizione verde ha un impatto nella sfera giuridica di tutti i soggetti dell'ordinamento, i quali contribuiscono in modi diversi al perseguimento degli obiettivi della decarbonizzazione.

Così, a titolo esemplificativo, le pubbliche amministrazioni integrano le esigenze ambientali nell'esecuzione degli appalti pubblici attra-

²⁰ Sulla portata trasformatrice del *Green Deal europeo* si veda ampiamente E. CHITTI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review*, 59(1), 2022, 19-48.

²¹ Legge cost. 11 febbraio 2022 n. 2.

²² Cfr. D. AMIRANTE, *La riforme dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2022, 7.

²³ C. cost., sent. 7 aprile 1987, n. 210.

verso la definizione di criteri ambientali minimi²⁴; le organizzazioni non governative e le associazioni portatrici di interessi diffusi in materia ambientale non solo operano attivamente sul campo ma esprimono la propria posizione durante i processi di consultazione e nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali²⁵; le imprese contribuiscono agli obiettivi della transizione verde adottando la sostenibilità come *core business function* e adempiendo a obblighi di trasparenza e regole di condotte conformi ai c.d. *fattori ESG*²⁶; i singoli cittadini, attraverso le «comunità energetiche rinnovabili» e le «cooperative di comunità», svolgono attività d'impresa in forma collettiva nell'ottica dello sviluppo sostenibile²⁷.

3. Tempo

Il secondo fattore da prendere in considerazione nella descrizione del diritto secondo la metafora di un “corpo in movimento” è l'elemento temporale.

Da una certa prospettiva, il “tempo del diritto” nel corso della transizione verde sembra scandito dai target di breve, medio e lungo termine concordati al livello internazionale ed europeo.

²⁴ Per una panoramica sul *green public procurement* nel contesto europeo e nazionale, anche alla luce del nuovo principio del «non arrecare un danno significativo», si veda il contributo di I. BAISI, *Gli “appalti verdi” come perno della transizione ecologica. Norme e prospettive alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in questo volume.

²⁵ Cfr. I. ANRÒ, *Il difficile accesso alla giustizia ambientale per le ONG e la riforma del Regolamento di Aarhus*, in *Federalismi.it*, 11, 2022, 1-30.

²⁶ Acronimo di «Environmental, Social, Governance». Alla transizione dalla «corporate social responsibility» alla «sustainable corporate governance» è dedicato il contributo di F. DE GOTTARDO, *Le sfide del diritto societario nel nuovo paradigma dell'impresa “sostenibile”*, in questo volume.

²⁷ In C. DE CHIRICO, *La comunità-stakeholder. Identikit di una protagonista emergente nella transizione della grande impresa verso la sostenibilità*, in questo volume, l'Autrice approfondisce questi temi dopo aver proposto, con l'ausilio della scienza sociologica, una definizione giuridica della ‘comunità-stakeholder’.

In occasione delle Conferenze delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici («COP»), i leader mondiali si riuniscono per proporre soluzioni, stabilire tabelle di marcia comuni e siglare accordi internazionali. L'accordo di Parigi, adottato nel 2015 durante la COP21 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016, costituisce una tappa fondamentale della transizione verde in quanto per la prima volta le Nazioni si sono vincolate attraverso un trattato internazionale nel rispondere congiuntamente alla minaccia posta dal cambiamento climatico²⁸. In particolare, l'accordo prevede di mantenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali, limitando tale aumento a 1,5°C. I «contributi determinati a livello nazionale» presentati dalle Parti che hanno ratificato l'accordo di Parigi costituiscono un prezioso strumento con cui ciascuno Stato illustra i propri sforzi per ridurre le emissioni attraverso una programmazione dettagliata. L'ultima di queste conferenze si è conclusa con un accordo il cui contenuto è stato sintetizzato dalla stampa mondiale con l'espressione «transitioning away»²⁹ per indicare l'impegno delle Parti a raggiungere il «net-zero» entro il 2050 attraverso l'abbandono graduale delle fonti fossili nei rispettivi sistemi energetici³⁰.

Al livello europeo, i piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC) – introdotti con il Regolamento europeo sulla governance del-

²⁸ Si veda ampiamente G. VAN CALSTER, L. REINS, *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, Cheltenham, 2021.

²⁹ Si consideri, tra i tanti, il titolo proposto dal quotidiano *Time* del 13 dicembre 2023: «COP28 Ends With Historic Deal to 'Transition Away' From Planet-Warming Fossil Fuels», accessibile al link <https://time.com/6417228/cop28-deal-transition-away-fossil-fuels/>.

³⁰ Il testo dell'accordo, raggiunto dalle Parti a Dubai il 13 dicembre, è accessibile al link https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L17_adv.pdf. Secondo molti commentatori, la scelta di includere l'espressione «transitioning away» (di cui al punto 28 lettera d), dal significato meno netto rispetto a quello all'espressione «phase-out», che invece sarebbe stata preferibile, rivela la difficoltà politica di raggiungere un compromesso tra le Parti. Sul punto, si veda l'editoriale della rivista *Nature* del 12 dicembre 2023, intitolato «COP28: the science is clear – fossil fuels must go», accessibile al link <https://www.nature.com/articles/d41586-023-03955-x>.

l'Unione dell'energia e dell'azione per il clima³¹ – costituiscono gli strumenti di programmazione che consentono agli Stati membri di descrivere periodicamente il modo in cui intendono conseguire gli obiettivi fissati dalle istituzioni europee, in linea con l'accordo di Parigi. Alla luce delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia – ossia sicurezza energetica, mercato interno dell'energia, efficienza energetica, decarbonizzazione, ricerca, innovazione e competitività – gli Stati membri sono tenuti a notificare alla Commissione europea i propri piani integrati ogni dieci anni a partire dal 31 dicembre 2019.

La programmazione internazionale, europea e nazionale della transizione verde, i cui target sono frequentemente aggiornati sulla base dei progressi scientifici e tecnologici, è indispensabile per la gestione di un tempo che è evidentemente – e tragicamente – molto poco per arginare gli effetti negativi del cambiamento climatico.

In una differente prospettiva, considerando il diritto in modo trasversale nei vari ordinamenti e nelle sue varie diramazioni disciplinari, si può notare come esso metta a disposizione i suoi strumenti per intervenire in “segmenti temporali” diversi, offrendo una tutela dell'ambiente (e dei soggetti coinvolti nella transizione verde) *ex ante* ed *ex post*.

Da un lato, la tutela preventiva dell'ambiente trova un fondamento nei principi di prevenzione e precauzione, a cui sono ancorate, per esempio, le procedure relative alle valutazioni e autorizzazioni ambientali, disciplinate da direttive europee³² e poi trasposte a livello nazionale³³. In una logica simile si pone l'operatività del nuovo principio del

³¹ Reg. (UE) 2018/1999 dell'11 dicembre 2018. Per una disamina delle principali misure incluse nel Regolamento e del loro impatto nel rafforzare la coerenza delle politiche energetiche e climatiche, si veda S.L. PENTTINEN, *Governing for Net-Zero in the European Union*, in G. BELLANTUONO et al (a cura di), *Handbook of Energy Law in the Low-Carbon Transition*, vol. 329, Berlin-Boston, 2023, 309-327.

³² Direttiva 2001/42/CE del 27 giugno 2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente; Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati; Direttiva 2010/75/UE del 24 novembre 2010 relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento).

³³ Nell'ordinamento italiano, le procedure disciplinate dalle direttive sopra citate sono state recepite nel codice dell'ambiente di cui al d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

«non arrecare un danno significativo», che condiziona il finanziamento dei Piani nazionali di ripresa e resilienza degli Stati membri, in conformità a quanto previsto dal Regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza³⁴. In particolare, per poter beneficiare del finanziamento, i soggetti attuatori sono tenuti a garantire che le misure (riforme e investimenti) incluse nei Piani nazionali siano conformi al principio in questione³⁵.

Dall'altro lato, il diritto predispone tutele *ex post* azionabili a fronte della avvenuta lesione di un certo interesse o bene connesso alla transizione verde. La disciplina internazionale e nazionale delle diverse forme di responsabilità è in effetti riconducibile all'attuazione del principio «chi inquina paga», che implica un'allocatione dei costi del danno ambientale in capo ai loro autori, per evitare che essi gravino sulla collettività³⁶. Gli strumenti che il diritto mette a disposizione per intervenire a fronte delle condotte contrarie al conseguimento degli obiettivi della transizione verde spaziano dai presidi civili e amministrativi – la cui efficacia è a volte contestabile a causa del fatto che inevitabilmente gli operatori economici finiscono con l'interiorizzare il rischio di danni ambientali – ai presidi ascrivibili al diritto penale, inclusa l'introduzione del crimine internazionale di ecicidio perseguibile dalla Corte Penale Internazionale³⁷. Inoltre, nell'alveo degli strumenti del diritto che si

³⁴ Per una critica sulla funzione compromissoria del principio e sulla conseguente tutela «al ribasso» dell'ambiente, si veda F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE Online*, vol. 58, n. spec., 2023, 55.

³⁵ Il principio del «non arrecare un danno significativo» è disciplinato dall'art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, tramite la definizione di un sistema di classificazione («tassonomia») delle attività economiche ecosostenibili.

³⁶ Per l'esattezza, il principio assolve anche a una finalità preventiva (dissuadendo gli operatori a realizzare attività dannose per l'ambiente e inducendoli a considerare preventivamente le conseguenze delle proprie condotte) e una finalità regolatoria (che si declina nell'introduzione di tasse e imposte volte a regolare lo svolgimento di una certa attività attraverso l'internalizzazione dei costi ambientali). Cfr. F. FERRARO, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, cit., 52.

³⁷ Sul duplice ruolo del diritto penale quale «scudo» e «spada» a supporto della transizione verde è dedicato il contributo di M.E. FLORIO, *La necessità di presidi penali*

inserirlo in una logica di intervento *ex post*, è possibile collocare quei rimedi privatistici predisposti a tutela dei consumatori per contrastare le pratiche commerciali scorrette del *greenwashing*, da intendersi quale fenomeno ostativo al buon esito della transizione verde³⁸.

4. Velocità

Se la velocità corrisponde al rapporto tra spazio e tempo, in virtù di quanto tratteggiato sopra, si può immaginare il diritto nella transizione verde come un corpo in una corsa, dato il poco “tempo” a disposizione e dato l’enorme “spazio” da percorrere. Così, la dimensione della velocità del diritto nella transizione verde si può percepire sotto diversi profili.

In primo luogo, la necessità di velocizzare un certo processo o di raggiungere in breve tempo un certo risultato può declinarsi sia in alcuni interventi di semplificazione normativa³⁹ e di riduzione degli ostacoli burocratici sia nell’introduzione di meccanismi incentivanti di vario tipo. Il quadro normativo europeo della transizione verde offre molteplici riferimenti in tal senso.

Si pensi, per esempio, al recente snellimento degli iter autorizzativi per promuovere la diffusione delle energie rinnovabili. Coerentemente con quanto previsto dal Piano «REPowerEU» per porre fine alla dipendenza dai gas russi⁴⁰, il legislatore europeo ha introdotto le «zone di accelerazione delle energie rinnovabili», in cui le procedure amministrative di rilascio delle autorizzazioni necessarie sono state semplifica-

a supporto della transizione ambientale? Luci e ombre del crimine di ecicidio, in questo volume.

³⁸ Questi profili sono esaminati nell’ottica del diritto privato sostanziale e processuale da G. PIROTTA, F. CESAREO, *Il greenwashing nella relazione tra consumatore e ambiente. Problematiche sostanziali e rimedi processuali collettivi*, in questo volume.

³⁹ Sul tema, si veda ampiamente M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 3, 2015, 985-1064.

⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano REPowerEU*, 18 maggio 2022, COM(2022)230 final, 12.

te e razionalizzate⁴¹. Nella gestione del complesso *trade-off* tra la necessità di incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili e l'imperativo di tutelare l'ambiente, il legislatore ha comunque precisato che gli Stati membri, nel designare tali zone di accelerazione, dovrebbero evitare le zone protette e prendere in considerazione l'adozione di eventuali piani di ripristino e di misure di attenuazione dell'impatto ambientale⁴².

Un altro esempio può essere rintracciato nel nuovo *framework* europeo in materia di aiuti di Stato, considerando che la transizione verde richiede un'ingente mobilitazione di fondi pubblici e di investimenti privati. Alla luce degli obiettivi politici del *Green Deal europeo*, le linee guida della Commissione europea in materia di aiuti di Stato a favore del clima, ambiente ed energia sono state modificate per sostenere una transizione giusta verso la neutralità climatica, garantendo condizioni di parità sul mercato interno⁴³. Le nuove linee guida prevedono non solo un'estensione del loro ambito applicativo a tutte le tecnologie che possono contribuire agli obiettivi della transizione ma anche un alleggerimento degli oneri in capo agli Stati membri relativamente alle procedure di notifica delle misure nazionali da sottoporre al vaglio della Commissione⁴⁴. Quest'ultima, in base agli art. 107 e 108 TFUE, è tenuta a raffrontare gli effetti positivi dell'aiuto in termini di contributo alla tutela dell'ambiente e gli effetti negativi dell'aiuto sulla concorrenza e gli scambi. Inoltre, con la modifica del c.d. *Regolamento di esenzione*, è stato ampliato il regime derogatorio al principio di incompatibilità degli aiuti di Stato, prevedendo una compatibilità a priori per determinati

⁴¹ Art. 15 quater della Direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, che modifica la Direttiva (UE) 2018/2001, il Regolamento (UE) 2018/1999 e la Direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili.

⁴² Considerando 26 della Direttiva (UE) 2023/2413.

⁴³ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, 18 febbraio 2022, C 80/01.

⁴⁴ In particolare, gli Stati membri non hanno più l'obbligo di notifica individuale per i progetti verdi di ampia portata inclusi in regimi di aiuti precedentemente approvati dalla Commissione.

aiuti, rispetto ai quali gli Stati membri sono esentati dall'obbligo di notifica⁴⁵. In generale, la disciplina europea degli aiuti di Stato è stata resa più flessibile nell'ottica di agevolare e accelerare l'approvazione di misure nazionali nei settori di ambiente, clima ed energia, inducendo le imprese a sostenere investimenti verdi che altrimenti esse non sarebbero in grado di sostenere in autonomia⁴⁶.

In secondo luogo, la dimensione della velocità emerge dal rapporto che intercorre tra diritto e nuove tecnologie nel contesto della transizione verde.

Il diritto, in effetti, non solo “corre” per conseguire gli obiettivi della neutralità climatica e della decarbonizzazione ma, nel farlo, si trova a dover “rincorrere” i frutti dell'evoluzione tecnologica, che devono essere disciplinati per poter essere legittimamente ed efficacemente utilizzati nell'ambito della transizione verde. Quest'ultima rappresenta un importante banco di prova per il principio della certezza del diritto, in virtù della necessità di allineare le norme alla costante e sempre più rapida evoluzione tecnologica⁴⁷. Difatti, il quadro normativo è frequentemente aggiornato per far fronte non solo ai sempre più elevati target relativi alla lotta al cambiamento climatico imposti a livello internazionale ed europeo⁴⁸ ma anche per far sì che le norme siano applicabili anche ai

⁴⁵ Per esempio, il Regolamento (UE) 2021/1237 della Commissione del 23 luglio 2021 ha introdotto l'art. 36 bis relativo agli aiuti agli investimenti per infrastrutture di ricarica o di rifornimento accessibili al pubblico per veicoli stradali a emissioni zero o a basse emissioni.

⁴⁶ Cfr. N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2021, 341-461.

⁴⁷ Sul rapporto tra certezza del diritto e innovazione tecnologica si veda M. FASAN, *Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto*, in C. PICIOCCHI, M. FASAN, C.M. REALE (a cura di), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio, 17-18 gennaio 2019*, Napoli, 2021, 265-272.

⁴⁸ Per esempio, il Piano «REPowerEU», in attuazione delle proposte del Pacchetto «Fit for 55%», ha previsto un innalzamento dell'obiettivo di efficienza energetica al 13% e un innalzamento dell'obiettivo di penetrazione delle energie rinnovabili al 45% entro il 2030.

più recenti prodotti dello sviluppo tecnologico utili per conseguire gli obiettivi della transizione verde.

In terzo luogo, posto che il diritto “corre” nella transizione verde, è utile puntualizzare che tale “corsa” può svolgersi in diverse direzioni.

Nella maggior parte dei casi, la transizione comporta un “cambio di rotta” rispetto al passato. Ne è un esempio il decisivo mutamento di direzione determinato dall’evoluzione giurisprudenziale che ha portato ad abbandonare, nel binomio ambiente-lavoro, una concezione di esaltazione della produttività delle imprese a scapito della tutela dell’ambiente per abbracciare una visione improntata a un più ragionevole bilanciamento di interessi⁴⁹. All’imperativo della massimizzazione dell’utilità e del profitto su cui era tradizionalmente basata l’economia neoclassica⁵⁰ si è infatti sostituito, a poco a poco, il nuovo paradigma della sostenibilità per cui l’attività economica può (e dovrebbe) svolgersi compatibilmente con il rispetto dell’ambiente.

La transizione può anche implicare un ritorno (anzi, un «eterno ritorno»), come lo definisce uno degli Autori dei contributi qui raccolti⁵¹ a un protagonismo dei poteri pubblici nell’ambito della politica industriale nazionale ed europea, per esempio attraverso un nuovo impiego dello strumento della programmazione pubblica, seppur con alcuni accorgimenti necessari a rendere questo strumento conforme alle regole

⁴⁹ In C. PADRIN, *Il binomio ambiente-lavoro alla prova delle transizioni. Dalla vicenda “ILVA” alla Direttiva europea “CSRD”*, in questo volume, l’Autrice esamina il tema alla luce delle pronunce delle corti nazionali ed europee relative al caso «ILVA» per sottolineare come l’ambiente costituisca non solo un limite esplicito all’esercizio dell’attività economica ma anche un fine ultimo cui orientare la programmazione economica statale.

⁵⁰ Cfr. A. ROVENTINI, *L’emergenza climatica e la transizione verde. Cambiare l’economia politica per trasformare l’economia*, in *Il Mulino*, 70(4), 2021, 137.

⁵¹ Su questi profili e sull’insufficienza dello strumento della regolazione per una politica industriale compatibile con la logica dell’economia circolare verte il contributo di L. RICCI, *Politica industriale e ambiente. L’eterno ritorno dell’intervento pubblico?*, in questo volume.

europee della concorrenza e degli aiuti di Stato e per scongiurare i rischi di derive autoritarie⁵².

5. *Il diritto della transizione verde*

L'accostamento del diritto all'immagine di un "corpo in movimento" può suggerire ulteriori spunti per lo studio della transizione verde.

Come in ogni processo evolutivo, anche quello che caratterizza il diritto presenta alcune criticità e alcuni fallimenti. Nella pratica, infatti, certi profili relativi agli obiettivi della transizione verde possono entrare in conflitto: si pensi, per esempio, alla difficile coesistenza delle misure volte a tutelare l'ambiente, a incrementare la sicurezza energetica e a garantire una libera concorrenza sul mercato⁵³. Ancora, soprattutto nel diritto europeo, si assiste sia alla tendenza a introdurre nuovi principi (laddove un'applicazione di quelli esistenti potrebbe essere la strada più semplice ed economica) sia alla pretesa – forse dietro la spinta degli *stakeholders* dei settori coinvolti – di far assurgere al rango di principi giuridici quei principi privi di fondamento nel diritto europeo primario e secondario⁵⁴. Il fenomeno di proliferazione dei principi destinati a operare nei singoli ambiti della transizione verde spesso si traduce in un'eccessiva vaghezza nella loro formulazione e in una sovrapposizione con i principi giuridici esistenti, con le difficoltà di interpretazione

⁵² In generale, sul tema del ritorno dello Stato nei processi di transizione si vedano G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022; A. MORRONE, *Sul "ritorno dello Stato" nell'economia e nella società*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2023, 269-292.

⁵³ Si tratta degli elementi che compongono il c.d. *trilemma dell'energia*. Cfr. R. FLEMING, *The Energy Trilemma*, in M. FAURE (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, vol. IX, 2023, 31-40.

⁵⁴ Per esempio, sull'introduzione dell'«innovation principle» nel sistema giuridico europeo su iniziativa di un'associazione industriale, si veda K. GARNETT, G. VAN CALSTER, L. REINS, *Towards an innovation principle: an industry trump or shortening the odds on environmental protection?*, in *Law, Innovation and Technology*, 10(1), 2018, 1-14. Gli Autori, dopo aver constatato l'assenza di un fondamento giuridico del principio in questione, ne propongono una «revised and qualified version» nel rispetto della tutela dell'ambiente e dei consumatori in una prospettiva *de iure condendo*.

che ne derivano. In ultimo, anche le singole norme finiscono per comporre un quadro frammentato a causa dello scarso coordinamento dei diversi livelli di produzione normativa.

A queste criticità si aggiungono evidentemente le difficoltà nel concludere accordi al livello internazionale (e nel predisporre efficaci meccanismi di *enforcement*) alla luce degli interessi economici che permeano le relazioni tra i Paesi, anche considerando le diverse risorse naturali ed energetiche di cui essi dispongono e i diversi livelli di emissioni inquinanti associati ai rispettivi sistemi produttivi.

In questo scenario, di pari passo con lo sviluppo tecnologico e con l'acquisizione di nuovi dati sul cambiamento climatico, le risposte del diritto dovrebbero essere sempre più integrate e coerenti per affrontare – secondo un approccio olistico – le questioni che sorgono nei punti di intersezione tra il diritto del clima, dell'ambiente e dell'energia, con i relativi obiettivi, principi e norme⁵⁵.

Come ogni corpo in movimento, anche il diritto, per effetto della transizione verde, appare diverso rispetto al passato ed è destinato ad assumere dei caratteri nuovi. In questo senso, la transizione verde contribuisce all'evoluzione del sistema del diritto e influisce sul mutamento dei rapporti tra le aree del diritto⁵⁶. Ciò almeno per tre ordini di ragioni, tra loro intimamente legate.

In primo luogo, perché le novità della transizione verde riguardano ogni ambito in cui si estrinseca l'attività umana; conseguentemente, la transizione ha un impatto sul diritto che, per definizione, regola queste

⁵⁵ Sul tema si veda L. REINS, *Legal principles and technologies at the intersection of energy, climate and environmental law*, in B. BROŽEK, O. KANEVSKAIA, P. PALKA (a cura di), *Research handbook of law and technology*, Cheltenham, 2023, 254-274. L'Autrice sostiene che il principio dello sviluppo sostenibile ha le caratteristiche ottimali per fungere da *trait d'union* tra il diritto dell'ambiente, dell'energia e del clima: esso è infatti ben consolidato nel diritto europeo primario, è declinato nei singoli obiettivi dello sviluppo sostenibile definiti dalle Nazioni Unite e si presta a evolversi coerentemente con il progresso tecnologico.

⁵⁶ Sul modo in cui la transizione verde e la transizione digitale – con le loro sinergie e i loro conflitti – stanno cambiando i rapporti fra le aree del diritto e le sue regole, si veda G. BELLANTUONO, *Come studiare le transizioni?*, in questo volume, 5.

attività e governa gran parte della vita sociale punendo crimini, componendo liti e controllando poteri⁵⁷.

In secondo luogo, perché la transizione verde presuppone un abbandono dell'antropocentrismo in favore del geocentrismo e quindi impone, sul piano economico e giuridico, un ripensamento della dicotomia privato/pubblico. Infatti, ciò che accomuna le attività dei diversi attori della transizione verde, dalle istituzioni alla società civile, è il progressivo abbandono della logica e della cultura del profitto individuale (ἐγώ) a favore del superiore benessere collettivo (οἶκος)⁵⁸. Sia i soggetti pubblici, con le politiche di interventismo, sia i soggetti privati (piccole e grandi imprese o nuove forme di cooperative e comunità), con lo svolgimento decentrato di alcune funzioni pubbliche, si muovono nel perseguimento degli obiettivi comuni della transizione verde.

In terzo luogo, perché la transizione, pur essendo riferita a un contesto emergenziale ed eccezionale, pone le basi per il futuro sviluppo sostenibile della vita umana su questo pianeta; in questo senso, essa non implica una mera risposta episodica del diritto alla crisi attuale ma comporta un mutamento strutturale destinato a rimanere anche una volta arginate le conseguenze negative della crisi.

Quella che stiamo vivendo è, insomma, una transizione la cui portata e i cui impatti sul diritto sono senza precedenti; e, infatti, la dottrina non esita a impiegare espressioni quali «ordinamento giuridico della transizione» o «diritto della transizione»⁵⁹, nel cui solco si collocano i contributi della sezione di cui qui si è proposta una breve introduzione.

⁵⁷ Sugli stadi dell'evoluzione del diritto da una prospettiva filosofica si vedano le riflessioni di M. BARBERIS, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Torino, 2022, 9.

⁵⁸ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, 2023, XXVI.

⁵⁹ In questo senso, G. SEVERINI, *La transizione come ordinamento giuridico*, in www.giustiziansieme.it, 2022.

GLI ‘APPALTI VERDI’
COME PERNO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA
NORME E PROSPETTIVE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

Ilaria Baisi

SOMMARIO: *1. L’ambiente in Costituzione. 2. Il ruolo della pubblica amministrazione nella sfida per la transizione ecologica. 3. Il Green Public Procurement in Italia: origini, sviluppo e novità normative. 4. Gli “appalti verdi” nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: il principio Do No Significant Harm.*

1. L’ambiente in Costituzione

Con l’approvazione della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1¹, l’ambiente è stato finalmente consacrato non solo come principio fondamentale

¹ In ossequio al procedimento legislativo di cui all’art. 138 Cost., la proposta di revisione costituzionale recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente* è stata definitivamente approvata da entrambe le Camere, in seconda deliberazione, con la maggioranza qualificata dei due terzi dei loro componenti. Secondo F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada.it*, 28 febbraio 2022, «dagli esiti delle votazioni emerge con chiarezza la quasi unanime condivisione di tutte le forze politiche su tali modifiche costituzionali che già in passato, ma senza esito, erano state tentate e che allineano la nostra Costituzione non solo alle norme della Carta di Nizza e dei Trattati europei ma anche alla gran parte delle Costituzioni dei paesi europei». Per un approfondimento sull’*iter* parlamentare, si rinvia ai Dossier n. 405 del 23 giugno 2021 (A.C. 3156) e n. 405/2 del 18 gennaio 2022 (A.C. 3156-B) del Servizio Studi delle Camere, come pure al Dossier n. 396 del giugno 2021 del Servizio Studi del Senato (A.S. n. 83 e abbinati-A).

della Repubblica Italiana², ma anche quale parte integrante della c.d. *Costituzione economica* del nostro Paese. Nel riformare gli artt. 9 e 41 Cost.³, difatti, il legislatore costituzionale ha aperto la strada a un nuovo modello di sviluppo economico e sociale, il quale non può più prescindere né da una particolare cura della generazione presente, né tantomeno dall'analisi dell'interesse delle generazioni future.

Eppure, nonostante il comprensibile entusiasmo per una riforma che innova, senza dubbio, l'ordinamento nazionale,

non si può negare che un diritto costituzionale dell'ambiente sia già da tempo pienamente vigente [all'interno dei nostri confini], ancorché con

² Nella storia repubblicana, tra l'altro, questa rappresenta la prima modifica apportata alle disposizioni sui principi 'fondamentali' di cui agli artt. 1-12 Cost., al punto che qualche autore ne ha addirittura ipotizzato il potenziale contrasto con quei principi 'supremi' che, alla luce della sentenza C. cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali». Cfr. T.E. FROSINI, *La costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021. La maggior parte della dottrina è comunque d'opinione contraria. Sul punto, v. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2021, 461-463; M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quad. cost.*, 3, 2021, 308-309; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022.

³ Gli articoli risultanti dalle modifiche presentano ora la seguente formulazione. Art. 9: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Art. 41: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

contenuti normativi decisamente meno puntuali e analitici di quelli che ci consegnano i trattati europei⁴.

Invero, grazie alla fervente operazione di elaborazione creatrice affidata, innanzitutto, alla Corte costituzionale, negli ultimi decenni le politiche di tutela ambientale hanno assunto una rilevanza sempre più marcata. Dopotutto, per quanto il termine ‘ambiente’ sia formalmente comparso nel novellato art. 117 Cost., co. 2, lett. s)⁵ soltanto a seguito della riforma del Titolo V⁶, già da prima si tendeva a individuare nell’art. 9, co. 2 Cost. (che, come è noto, attribuisce allo Stato il compito di tutelare il paesaggio) e nell’art. 32 Cost. (guarantigia del diritto alla salute, individuale e collettiva)⁷ i parametri costituzionali di riferimento

⁴ M. CECCHETTI, *op. cit.*, 296. Per una trattazione esaustiva circa il modello di tutela ambientale affermatosi progressivamente nell’ambito dell’Unione europea, v. M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell’UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, 7, 2020; R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell’ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, spec. 21-53; P. DELL’ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, 55-160.

⁵ Il quale, tuttavia, si limita a disporre che spetta allo Stato la legislazione esclusiva in materia di «tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali». In questo senso, v. anche C. cost., sent. 18 giugno 2008, n. 214, con cui il Giudice delle leggi – oltre a ribaltare un orientamento tanto diffuso quanto sistematicamente infondato – «ha riconosciuto natura di vera e propria materia alla tutela dell’ambiente, sottolineando che l’essere un valore costituzionale non rende incerta (o diffusa) l’appartenenza della potestà legislativa, ma ne sottolinea il rango primario, con pari dignità rispetto agli altri valori costituzionali» (così P. DELL’ANNO, *La tutela dell’ambiente come “materia” e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in C. MIRABELLI (a cura di), *Atti del Convegno La Costituzione Repubblicana, fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Milano, 2010). Quanto alle competenze delle Regioni (a cui l’art. 117, co. 3 Cost. riconosce, in ogni caso, una potestà legislativa concorrente in tema di valorizzazione dei beni culturali e ambientali), la chiarificazione definitiva è comunque arrivata con la sentenza C. cost., 5 marzo 2009, n. 61: esse «possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze [...] livelli di tutela più elevati».

⁶ L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 recante *Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*.

⁷ Sotto il profilo del diritto soggettivo a un ambiente salubre, tutelabile anche nei confronti della pubblica amministrazione, v. Cass., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.

su cui fondare la tutela del bene ambientale nel suo complesso⁸. Allo sforzo profuso dalla giurisprudenza, peraltro, si è poi aggiunto un importante contributo da parte della dottrina, a partire dalla ricostruzione tripartita di ‘ambiente’ elaborata da Giannini⁹, poi confutata dall’approccio unitario di Postiglione¹⁰.

È su tali basi, pertanto, che molti autori si sono spinti a leggere la revisione costituzionale del 2022 quale semplice ‘conferma’ di quel diritto vivente che riconosceva ormai da tempo la tutela dell’ambiente come principio costituzionale, sebbene questa riforma sia da salutare – già solo per questo primo motivo – con un giudizio favorevole e positivo¹¹. Rispetto all’art. 9 Cost., è invece quasi unanime¹² il giudizio nega-

⁸ Cfr. A. SCARCELLA, *La c.d. questione ambientale nel nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 314.

⁹ Fondamentale, ad ogni modo, il celebre scritto di M.S. GIANNINI, *Ambiente: Saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1973, che considerava distintamente «1) l’ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l’ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell’aria e dell’acqua; 3) l’ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell’urbanistica».

¹⁰ «Una disciplina giuridica non può acquisire la dignità scientifica di una autonoma considerazione se il suo “oggetto” risulti privo di un significato unitario» (così A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 54, 1985). In argomento, v. anche C. cost. 28 maggio 1987, n. 210. Come rilevato da più parti in dottrina, questa tesi non consente comunque di enucleare la tutela dell’ambiente come diritto fondamentale della persona e della collettività (che non esclude, però, la tutela ambientale quale “precondizione” per configurare altri diritti o interessi giuridicamente rilevanti). Sul punto, *ex multis*, S. MANGIAMELI, *L’“ambiente” nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all’assetto di un difficile modello)*, in *Id.* (a cura di), *Giornate teramane sull’ambiente*, Atti del Convegno tenuto in occasione della presentazione del volume *Diritto all’ambiente e diritto allo sviluppo*, Milano, 1998, 162 ss.

¹¹ Su tutti, F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost.*, cit., 6. In questa sede, l’Autore opera in realtà un distinguo tra il testo novellato dell’art. 9 (in gran parte sbilanciato sul versante ricognitivo) e quello dell’art. 41 (di gran lunga più innovativo). In senso tuttavia contrario, v. F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; G. SEVERINI, P. CARPENTERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021.

tivo circa il mancato inserimento del concetto di sviluppo sostenibile¹³, benché in parte compensato, indirettamente, dal richiamo all’esigenza di considerare anche “l’interesse delle future generazioni”¹⁴: del resto, non può essere sottaciuta

la portata rivoluzionaria dell’aver costituzionalizzato il principio dell’obbligo dei decisori politici di “guardare al futuro” senza restare imprigionati nella miopia di chi si fa carico solo di interessi di brevi o brevissimo periodo che sono gli unici ad essere monetizzabili in termini di consenso elettorale¹⁵.

Eppure, a parere di chi scrive, suscitano decisamente più interesse le modifiche operate sull’art. 41 Cost.: da un lato, viene ampliato il numero di limiti opponibili alla libertà di iniziativa economica privata (2° comma); dall’altro, l’attività economica pubblica e privata viene conformata a condotte eco-efficienti e sostenibili, sancendo definitivamente il ritorno della programmazione *ex lege* e dei rispettivi controlli (3° comma).

La tutela dell’ambiente si pone, da questo punto di vista, come causa fondante della riespansione del ruolo statale nell’economia, diventa il

¹² *Contra*, R. BIFULCO, *Primissime riflessioni*, cit., 7, secondo il quale «opportuna-mente il legislatore costituzionale ha lasciato cadere i riferimenti al principio dello sviluppo sostenibile (e ad altri possibili principi del diritto ambientale europeo)», pure in ragione del fatto che quest’ultimo «si è spesso rivelato una clausola vuota, incapace di tradursi in norme concrete e operative». Sulla necessità di costituzionalizzare i principi del diritto ambientale ha parere contrario S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. amb.*, 3, 2017, 29, nella stessa direzione peraltro intrapresa dall’ordinamento francese, che nel 2004 ha approvato la *Charte Constitutionnel de l’Environnement*.

¹³ In chiave intergenerazionale, cfr. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2022.

¹⁴ Per una trattazione più esaustiva delle modifiche che ‘non’ hanno interessato l’art. 9 Cost., si rinvia a F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Dir. econ.*, 1, 2022, 15-30.

¹⁵ *Ivi*, 4.

fondamento di una stagione di “rinnovato protagonismo dei poteri pubblici” e prefigura il ritorno della politica industriale nel nostro Paese¹⁶.

Un terzo comma, dunque, che nel porre un vincolo positivo all’attività economica pone ragionevolmente le basi per la transizione verso un modello di economia circolare¹⁷.

Nel complesso, perciò, se la riforma dell’art. 9 Cost. si limita a positivizzare, sostanzialmente, gli approdi del diritto pretorio¹⁸ – pur aggiungendovi qualche elemento autenticamente innovativo – secondo il modello delle c.d. *revisioni-bilancio*, la revisione dell’art. 41 Cost. dev’essere senz’altro ricondotta a quello delle c.d. *revisioni-programma*, dal momento che il legislatore costituzionale supera di gran lunga gli apporti interpretativi maturati nell’esperienza giurisprudenziale¹⁹.

¹⁶ *Ivi*, 11. Peraltro, continua l’Autore, «la tutela dell’ambiente “salva” [...] il terzo comma dell’art. 41 da un processo di inesorabile declino che addirittura aveva fatto parlare di suo assassinio da parte del diritto europeo e ne comporta una vera e propria “rinascita” attraverso l’attività di indirizzo dell’economia da parte dei poteri pubblici». Sull’argomento, cfr. A. MOLITERNI, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *L’ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020.

¹⁷ Per un’interessante lettura dei tre commi che compongono l’art. 41 Cost. alla luce delle tre definizioni di economia succedutesi nel tempo, v. F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, 796. Inoltre, v. anche ID., *Il diritto dell’economia circolare e l’art. 41 Cost.*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *op. cit.*, 25-36.

¹⁸ La nuova formulazione, in qualsiasi modo, ha il pregio di sottrarre le acquisizioni già maturate negli scorsi decenni a eventuali *revirements* giurisprudenziali, superando vieppiù quella prospettiva ‘antropocentrica’ fatta troppe volte propria dalla Corte costituzionale, in un’ottica di allargamento del quadro valoriale che non vede la tutela dell’ambiente meramente funzionale al soddisfacimento dei bisogni primari dell’uomo.

¹⁹ D’altra parte, in ottica comparata, solo Francia e Croazia si sono al momento dotate di una norma costituzionale in grado di legittimare «un modello di intervento pubblico a salvaguardia ambientale definibile icasticamente come lo “Stato circolare”» (così F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell’economia circolare*, cit., 34).

2. Il ruolo della pubblica amministrazione nella sfida per la transizione ecologica

A fronte dei molteplici tentativi falliti nel recente passato²⁰, non si può certo negare che strategie internazionali e sovranazionali quali l’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile²¹, il *Green Deal europeo*²² e il *Next Generation UE*²³ abbiano dato un impulso decisivo all’approvazione della riforma costituzionale appena descritta²⁴. Del pari, è altrettanto evidente che questi atti di programmazione affondino le

²⁰ Basti pensare che nel corso della XIV legislatura era stata approvata – solo dalla Camera dei deputati in prima deliberazione – l’aggiunta di un terzo comma all’art. 9 Cost. così formulato: «[La Repubblica] tutela l’ambiente e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. Protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali». Per approfondire la vicenda, v. E. LUCCHESI, *La riforma dell’art. 9 Costituzione nel testo approvato alla Camera*, in *ForumCostituzionale.it*, 28 ottobre 2004. Più in generale, sui vari tentativi di aggiornare la Costituzione in senso ‘ambientalista’ già in corso all’epoca, v. F. DE LEONARDIS, *L’ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 3, 2004.

²¹ Sottoscritta nel 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, racchiude 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (i c.d. *Sustainable Development Goals*, SDGs) all’interno di un più vasto programma d’azione, per un totale di 169 traguardi da raggiungere entro il 2030 in ambito ambientale, economico e sociale.

²² Varato nel 2019 dalla Commissione europea, contempla una nuova strategia di crescita volta a rendere l’Unione europea climaticamente neutra entro il 2050, nel rispetto degli impegni assunti con l’Accordo di Parigi. L’obiettivo intermedio – ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 – ha visto per di più l’approvazione di uno specifico pacchetto di politiche energetiche e climatiche, il c.d. *Fit for 55*.

²³ Strumento temporaneo adottato dalle istituzioni europolitane per riparare i danni economici e sociali causati dalla pandemia di Covid-19, creando allo stesso tempo le basi per un’Unione più verde, digitale e resiliente. Tra prestiti e sovvenzioni, stanziamenti investimenti per un totale di 750 miliardi di euro, erogati in favore degli Stati membri principalmente attraverso il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d’Europa (REACT-EU), sulla base dei singoli piani nazionali (che devono in ogni caso privilegiare la transizione ecologica e digitale).

²⁴ Dopotutto, il solo d.d.l. approvato nel 2022 accorpava ben otto proposte di revisione costituzionale depositate nel corso della XVIII legislatura.

proprie radici nientedimeno che nel c.d. *processo di transizione ecologica*: un concetto per cui nel diritto positivo, a dire il vero, non si trova ancora una definizione espressa, nonostante la spiccata attualità dei giorni nostri. In aggiunta, come ricorda De Leonardis, si tratta

di un sostantivo e di un aggettivo equivoci perché non è chiaro a cosa si riferisce la transizione, quale sia il suo oggetto (non è chiaro cosa si muove; qual è, in buona sostanza, il punto di partenza e quello di arrivo), e, soprattutto, se la tutela dell'ambiente abbia un ruolo esclusivo (o escludente altre tutele) oppure, come già si anticipa, debba essere integrata rispetto ad altri interessi²⁵.

D'altra parte, il dibattito intorno alla transizione ecologica – in prospettiva della quale innovazione e sostenibilità si fanno sinonimi – si è acceso, giustappunto, nella fase di ripresa post-pandemica, allorché si è violentemente palesata l'esigenza (non più procrastinabile) di pensare a un nuovo modello di sviluppo, in grado di porre rimedio a una situazione ambientalmente, economicamente e socialmente critica.

Orbene, già nel 2007, allo scoppiare della crisi finanziaria, si era fatto avanti il concetto di *green economy*, ma i risultati sono poi rimasti sotto le aspettative: per lungo tempo, l'interesse ambientale è stato infatti considerato un limite allo sviluppo, quando invece rappresenta, a tutti gli effetti, un fattore di crescita e progresso²⁶. Ciononostante, non

²⁵ F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica*, cit., 780-781.

²⁶ Secondo A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, 41-42, la *green economy* risulta oramai inadeguata proprio perché, nell'attuale contesto, «qualsiasi strategia di transizione verde del sistema economico ha [...] senso solo se e nella misura in cui sia capace di imprimere in maniera credibile una crescita selettiva fondata sul criterio ecologico, ove l'ambiente è concepito non soltanto come un limite esterno al libero svolgimento delle attività economiche, ma soprattutto come una variabile interna (e presupposta) alle stesse prospettive di sviluppo». Qualora si volesse poi mantenere l'approccio sub nt. 18, «la terza tappa [dei rapporti tra sviluppo e ambiente], quella della transizione ecologica, è quella in cui l'interesse ambientale non è in rapporto di antagonismo ma di compatibilità, di composizione o, addirittura, di convergenza con lo sviluppo» (così F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica*, cit., 785). Sul tema, v. anche R. FERRARA, *Brown*

bisogna cadere nell’errore di circoscrivere la transizione ecologica al mero aspetto economico o alla sola tutela ambientale: il concetto di transizione ecologica descrive, invero, un modello di sviluppo integrato²⁷ – per alcuni addirittura olistico²⁸ – tale da incidere sull’intero sistema Paese. «Per queste ragioni il principio cardine della transizione ecologica diventa quindi inevitabilmente il principio di integrazione»²⁹, in base al quale il fattore ambientale diviene presupposto indefettibile per la definizione di tutte le altre politiche settoriali, *a fortiori* quando deve essere concretizzato all’interno di un assetto organizzativo fondato, al contrario, sulla tendenziale separatezza degli apparati competenti (trasporti, industria, energia, infrastrutture, agricoltura)³⁰.

economy, green economy, blue economy: l’economia circolare e il diritto dell’ambiente, in *Dir. e proc. amm.*, 3, 2018, 801 ss.

²⁷ Valorizzando appieno quanto disposto dall’art. 11 TFUE, A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell’ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2021, 4 vi intravede «una prospettiva ecologica integrata, in cui la protezione della natura diviene un valore in sé che non rileva solo in funzione della salute o degli interessi economici e sociali dell’uomo: di qui, la grande attenzione prestata alla questione della dissociazione tra la crescita e l’utilizzo delle risorse naturali e, soprattutto, al tema della biodiversità, attraverso la prospettazione di obiettivi giuridicamente vincolanti di ripristino degli ecosistemi marini e terrestri e di riforestazione».

²⁸ Agenda 2030, *Green Deal europeo*, NGEU: tutti programmi trasversali che hanno, a loro volta, ispirato numerosi atti post-pandemia che affrontano pure gli aspetti sociali ed economici della transizione ecologica. Del resto, come fa notare F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica*, cit., 787, «sono proprio tali atti richiamati dal PNRR nel definire la transizione ecologica ad indicare chiaramente che la transizione ecologica non riguarda solo la tutela dell’ambiente ma ha un oggetto assai più ampio e che essa non attiene esclusivamente a modelli di carattere economico».

²⁹ *Ivi*, 793. L’Autore, più dettagliatamente, spiega l’approccio olistico tramite la lettura del Piano Nazionale di Transizione Ecologica (PTE), che tocca contemporaneamente più campi del rapporto tra società umane ed ecosistemi al pari di ‘pacchetti’ come il *Circular Economy Package* o il *Fit for 55*.

³⁰ Il loro coordinamento, di conseguenza, diventa imprescindibile. In questo senso, un primo esempio di approccio integrato lo si rinviene nel Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima (PNIEC): previsto dal reg. (UE) 2018/1999, stabilisce al contempo gli obiettivi nazionali al 2030 in materia di efficienza energetica, fonti rinnovabili, mobilità sostenibile e riduzione delle emissioni di CO₂.

Tra le varie dimensioni toccate dall'approccio integrato, l'analisi intende soffermarsi fondamentalmente su quella istituzionale, principian-
do dalla circostanza per cui, in questa sede, interessa comprendere, prima di tutto, quale contributo possono dare le autorità pubbliche alla realizzazione della transizione ecologica. In fin dei conti, l'implementazione di un modello di sviluppo tale come quello in parola non potrebbe evitare di incidere proprio sull'assetto giuridico e formale dei pubblici poteri³¹, a partire dalla pubblica amministrazione³². Vanno in questa direzione: l'attribuzione delle competenze in materia di energia al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) – che in precedenza prendeva addirittura il nome di Ministero per la Transizione Ecologica – a scapito del Ministero delle Imprese e del Made in Italy (MIMIT)³³; la creazione del Comitato interministeriale per la Transi-

³¹ Infatti, come osservato da A. MOLITERNI, *La sfida ambientale*, cit., 43 ss., «l'effettiva realizzabilità di una simile prospettiva volta a ri-orientare la struttura del sistema produttivo verso gli obiettivi ambientali non può prescindere da un rinnovato protagonismo dei pubblici poteri, anche in campo economico». Non si tratta, tuttavia, di un nostalgico ritorno allo Stato-imprenditore, quanto piuttosto «[del]l'eventuale definizione di un quadro regolatorio che – anche attraverso la creazione pubblicitica di nuovi mercati – possa consentire alla concorrenza di operare in una direzione funzionale agli obiettivi ambientali», evitando, in ogni caso, «di ostacolare in maniera irragionevole le dinamiche di mercato là dove le stesse siano sufficientemente funzionali a garantire un adeguato ed efficace raggiungimento degli obiettivi ambientali». Riguardo al rischio di affidare la dimensione della transizione ecologica esclusivamente allo Stato v., in particolare, M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2, 2019, 155-178 e F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 183 ss.

³² Una necessità di miglior coordinamento che emerge parimenti a livello sovranazionale, dove è lo stesso *Green Deal* – a cui si è aggiunta, più di recente, un'importante novità come il NGEU – a imporre un'attenta analisi circa l'adeguatezza dell'assetto istituzionale in uso, atteso che «una transizione ecologica credibile – e in grado di raggiungere gli ambiziosi obiettivi di lungo periodo prospettati [...] – rende imprescindibile l'avvio di un coraggioso processo di definitivo superamento della logica intergovernativa che ancora condiziona il processo di integrazione europea» (così A. MOLITERNI, *Il Green Deal*, cit., 6).

³³ All'epoca Ministero dello Sviluppo Economico (MISE). Cfr. d.l. 1 marzo 2021, n. 22, conv. in l. 22 aprile 2021, n. 55.

zione Ecologica (CITE)³⁴, deputato ad assicurare il coordinamento delle politiche nazionali per la transizione ecologica e la relativa programmazione, essenzialmente attraverso il PTE; la trasformazione, in chiave sostenibile, del Comitato per la Programmazione Economica della Presidenza del Consiglio (ora CIPESS)³⁵; l’istituzione della Commissione Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile, con approvazione della relativa Strategia (SNSvS)³⁶.

Orbene, a prescindere dai nomi, che restano un dettaglio puramente stilistico, è indubbio che questi organismi rappresentino le più importanti novità che «hanno caratterizzato, nell’ultimo decennio, l’assetto organizzativo dell’amministrazione centrale e, soprattutto, la disciplina giuridica posta a presidio dell’ambiente»³⁷. Tutto questo nell’ottica di condurre, secondo una logica ‘integrazionista’, «ad una seria internalizzazione della questione ambientale nella stessa fase di definizione delle politiche pubbliche». Per vincere la sfida della transizione ecologica,

³⁴ Cfr. d.l. 22/2021, che ha introdotto l’art. 57-*bis* al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (t.u. ambientale).

³⁵ Cfr. d.l. 14 ottobre 2019, n. 111, conv. in l. 12 dicembre 2019, n. 141.

³⁶ Approvata per la prima volta il 22 dicembre 2017 e revisionata dal CITE in data 18 settembre 2023, ricalca le c.d. 5P dell’Agenda 2030: Persona, Pianeta, Prosperità, Pace e Partnership. Rispetto al passato, tuttavia, la nuova Strategia definisce una serie di ‘valori obiettivo’ – misurati annualmente attraverso una serie di indicatori – nonché tre ‘vettori di sostenibilità’: coerenza delle politiche, cultura e partecipazione per lo sviluppo sostenibile.

³⁷ A. MOLITERNI, *Il Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?*, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2021, 439 ss. Del resto, evidenzia l’Autore, già per M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell’amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1954, 286 ss. il processo di entificazione «rappresenta [...] un passaggio fondamentale per conferire dignità e rilevanza giuridica a un certo interesse ritenuto meritevole di tutela per la collettività». Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nell’ordinamento francese o, in parte minore, in quello spagnolo, nel caso del MASE non si è assistito «alla formale integrazione organizzativa di tutte le principali politiche pubbliche impattanti sull’ambiente (trasporti, agricoltura, infrastrutture)». Di conseguenza, per l’Italia si fa ancora più complessa la questione del coordinamento tra i diversi strumenti pianificatori. Cfr. Comunicazione della Commissione *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM(2019)640 def.

d'altronde, non basta trasformare la pubblica amministrazione in un apparato moderno ed efficiente se poi non lo si rende ambientalmente sostenibile e circolare³⁸.

Questo passaggio, peraltro, non potrà essere interamente coordinato e governato dal settore pubblico, dovendosi in primo luogo impiegare soluzioni tipiche del mercato; sicché, è d'uopo considerare, fin da ora, il ruolo giocato dagli operatori privati, specialmente sotto il profilo della loro convenienza ad assumere comportamenti eco-compatibili. A tal proposito, il presente contributo intende approfondire il sistema che consente alle amministrazioni pubbliche di acquistare beni e servizi ambientalmente preferibili, nella consapevolezza che attraverso gli "appalti verdi" queste possono sfruttare il proprio potere di acquisto (pari a circa il 15% del Pil) per contribuire tanto al raggiungimento dello sviluppo sostenibile, quanto all'instaurazione di modelli di produzione e consumo eco-efficienti³⁹.

³⁸ Benché da inserire in una strategia più ampia – che assicuri, fra le altre cose, efficienza nell'uso delle risorse (anche energetiche) e una distribuzione socialmente più equa delle stesse –, nella sfida per la transizione ecologica assume un significato particolare anche l'economia circolare: non dovrà rappresentare un modello sostanzialmente chiuso, bensì uno strumento mediante cui assicurare un deciso e radicale disaccoppiamento tra sfruttamento delle risorse naturali e sviluppo economico. Cfr. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale*, cit., 42.

³⁹ Per quanto «tradizionalmente annoverati tra gli strumenti di tutela denominati *market based tools*», il *Green Public Procurement* (GPP) «sembra presentare una natura mista: l'istituto esibisce alcuni aspetti che prescindono dalla libera scelta degli operatori economici di produrre beni e rendere servizi più sostenibili, a differenza degli strumenti di mercato che potremmo definire 'puri'». Difatti, possiede un «carattere di strumento di promozione afferente a un più avanzato livello di tutela ambientale, il quale, in ogni caso, deve essere assicurato e garantito principalmente tramite gli strumenti di *command and control*» (così G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *Green E-Procurement. "Acquisti verdi" da parte delle PP.AA.*, Milano, 2021, 9). Per una trattazione più esauritiva, si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

3. *Il Green Public Procurement in Italia: origini, sviluppo e novità normative*

In ambito eurounitario, per lungo tempo gli appalti pubblici hanno svolto una funzione squisitamente economicistica, quale mezzo per l'approvvigionamento di lavori, beni e servizi e, più in generale, per il completamento del mercato unico in un'ottica pro-concorrenziale. A metà degli anni Novanta, tuttavia, si è aperta una nuova fase: di fatto, i contratti pubblici sono presto diventati strumenti mediante cui perseguire, altresì, obiettivi di carattere ambientale e sociale⁴⁰. La Commissione europea, in particolare, ha individuato nel *Green Public Procurement* (GPP) lo strumento più idoneo per tutelare l'ambiente attraverso il mercato:

un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un ridotto impatto ambientale per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con uguale funzione primaria ma oggetto di procedura di appalto diversa⁴¹.

⁴⁰ Come ricorda B. FENNI, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in *AmbienteDiritto.it*, 26 novembre 2014, il primo documento con cui la Commissione europea prende, per la prima volta, «coscienza dell'enorme incidenza che il mercato degli acquisti verdi della pubblica amministrazione, se ampiamente attuato, può avere sulla tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile» è il Libro Verde *Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro* del 1996. Ad ogni modo, non potendo la Commissione reinterpretare le direttive sugli appalti pubblici dell'epoca – che non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali –, si è dovuta attendere la pronuncia C. giust., 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, causa C-513/99, che «non esclude la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di avvalersi dei criteri relativi alla tutela dell'ambiente in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Un principio, non a caso, fatto subito proprio dalle direttive del 2004 e del 2014.

⁴¹ Comunicazione della Commissione *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, 16 luglio 2008, COM(2008)400 def., 6.

Per quanto poi le istituzioni UE abbiano sempre cercato di rispettare la discrezionalità delle singole stazioni appaltanti⁴², da oltre vent'anni gli Stati membri vengono comunque incoraggiati a «elaborare e rendere accessibili al pubblico appositi piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici»⁴³.

La stragrande maggioranza dei Paesi ha scelto di dare seguito a questa indicazione⁴⁴ e anche l'Italia si è dotata di uno specifico *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione* (PAN GPP), allo scopo di conseguire gli obiettivi ambientali strategici di riferimento⁴⁵ tramite una diffusione capillare degli “acquisti verdi”. Il Piano, peraltro recentemente ripensato⁴⁶, non solo rende più efficiente e partecipato il procedimento di definizione dei c.d. *criteri ambientali minimi* (CAM), ma garantisce pure un efficace monitoraggio sull'applicazione degli stessi nonché lo scambio di buone pratiche in materia di “appalti pubblici verdi”: mediante l'approvazione di un nuovo PAN, il MASE intende infatti «rendere i CAM e le azioni a corollario per la loro definizione e attuazione, opportunità per lo sviluppo di modelli di economia circolare e sostenibili»⁴⁷.

⁴² *Considerando* 95, direttiva 2014/24/UE: «Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione». Per la Commissione europea è più opportuno lasciare, semmai, «che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

⁴³ Comunicazione della Commissione *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, 18 giugno 2003, COM(2003)302 *def.*, punto 5.3, riquadro 3, lettera *a*).

⁴⁴ Al momento mancano all'appello Estonia, Lussemburgo e Romania, mentre la Slovacchia non lo ha rinnovato.

⁴⁵ Segnatamente: a) mitigazione dei cambiamenti climatici; b) promuovere la transizione verso un modello di economia circolare; c) prevenzione e riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo, riducendo l'utilizzo e le emissioni di sostanze pericolose.

⁴⁶ Il d.m. 3 agosto 2023 archivia definitivamente il Piano precedente, adottato con d.i. 11 aprile 2008, n. 135 – in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1126, co. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) – e successivamente aggiornato con d.m. 10 aprile 2013.

⁴⁷ PAN GPP, 24.

Invero, per quelle categorie merceologiche da ritenersi ‘prioritarie’ in base alla maturità del settore di riferimento, al volume di spesa pubblica e alle potenzialità in termini di riduzione degli impatti ambientali, il PAN GPP demanda direttamente al Ministero l’approvazione di successivi decreti contenenti i criteri ambientali minimi⁴⁸: requisiti ambientali definiti per le varie fasi della procedura di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità del mercato.

Tuttavia, a parte qualche disposizione risalente circa l’applicazione facoltativa del GPP⁴⁹, nel nostro ordinamento l’efficacia dei CAM è garantita dal Codice dei Contratti Pubblici, dapprima in forza dell’art. 34, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss. mm. ii. (‘Codice 50’)⁵⁰ – che ne ha reso obbligatoria l’applicazione per tutte le stazioni appaltanti rispetto agli affidamenti di qualsiasi importo⁵¹ – e ora grazie all’art. 57, co. 2,

⁴⁸ Al momento sono stati adottati CAM per 20 tipologie di forniture e affidamenti: arredi per interni; arredo urbano; ausili per l’incontinenza; calzature da lavoro e accessori in pelle; carta; cartucce; edilizia; eventi culturali; illuminazione pubblica (fornitura e progettazione); illuminazione pubblica (servizio); illuminazione e raffrescamento/riscaldamento per edifici; lavaggio industriale, noleggio di tessili e materasseria; pulizie e sanificazione; rifiuti urbani e spazzamento stradale; ristorazione collettiva; ristoro e distributori automatici; stampanti; tessili; veicoli; verde pubblico. Tutti questi decreti, peraltro, vengono aggiornati periodicamente sulla base dell’evoluzione tecnologica e di mercato.

⁴⁹ Cfr. d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. *decreto Ronchi*); d.m. 27 marzo 1998 (G.U. 3 agosto 1998, n. 179); art. 52, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002); d.m. 8 maggio 2003, n. 203 (prodotti ottenuti da materiale riciclato); art. 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (‘Codice De Lise’): la prima norma a introdurre concetti come la tutela dell’ambiente e lo sviluppo sostenibile nell’ambito della contrattualistica pubblica.

⁵⁰ «L’inserimento di tale obbligo garantisce che la politica nazionale in materia ai appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell’obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell’obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, “circolari” e nel diffondere l’occupazione “verde”» (così Cons. St., Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934).

⁵¹ In realtà, già previsti *ex art.* 68-*bis*, d.lgs. 163/2006 – disposizione inserita all’interno del Codice in virtù dell’art. 18, l. 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. *collegato am-*

d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ('Codice 36')⁵². Quanto invece al loro concreto inserimento nella documentazione progettuale e di gara, giova innanzitutto ricordare che, nonostante le peculiarità intrinseche a ciascuna categoria merceologica, l'impianto strutturale dei CAM negli "appalti verdi" presenta sempre una struttura di base che le amministrazioni aggiudicatrici (pur tenendo conto dei loro fabbisogni) sono tenute a rispettare, specialmente quando la procedura evidenziale non prevede la definizione di un documento di accompagnamento tecnico: a) la definizione dell'oggetto; b) parametri di selezione degli operatori: requisiti di natura soggettiva che provano la capacità tecnica del candidato a eseguire l'appalto arrecando il minor danno possibile all'ambiente; c) specifiche tecniche: caratteristiche di natura oggettiva che evidenziano la sostenibilità ambientale dei lavori, servizi o forniture posti ad oggetto dell'appalto; d) criteri premianti: requisiti volti a selezionare i prodotti o servizi ambientalmente preferibili, attribuendo loro un punteggio maggiore ai fini dell'aggiudicazione; e) clausole contrattuali: indicazioni da seguire per eseguire l'affidamento o la fornitura nel rispetto dell'ambiente⁵³. Posto ciò, rispetto ai CAM opera un netto *discrimen* operativo tra clausole contrattuali e specifiche tecniche (obbligatorie) e criteri premianti (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'art. 108, co. 4 e 5)⁵⁴. Una distinzione che non scalfisce, però, la portata applicativa del GPP; il legislatore, infatti, non ha inteso fissare un rapporto di rigida

bientale alla legge di stabilità 2016) –, ancorché applicati esclusivamente ad alcune categorie di prodotti ad alto consumo energetico. Un orientamento tra l'altro ripreso nella prima versione del 'Codice 50', che differenziava l'applicazione dei CAM in funzione del valore economico del contratto. Difatti, l'obbligo generalizzato venne inserito solo in un secondo momento, ad opera del "decreto correttivo" d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

⁵² Comunque invariata la rubrica 'criteri di sostenibilità energetica e ambientale'.

⁵³ Cfr. G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *op. cit.*, 56-57.

⁵⁴ Si tenga inoltre presente che «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 MASE».

corrispondenza tra i criteri premianti contenuti nei decreti ministeriali e i criteri di valutazione delle offerte contenuti nella *lex* di gara. Di talché, un appalto è da considerarsi “verde” quando integra le specifiche di base e le condizioni esecutive, a prescindere che adotti o meno i criteri premiali previsti dai CAM⁵⁵.

A ben vedere, però, il nuovo dettame normativo *ex art. 57*, co. 2 onera le stazioni appaltanti di un ulteriore compito: valorizzare economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nondimeno, se da un lato scompare la previsione di cui all’art. 34, co. 3, d.lgs. 50/2016 (in virtù della quale l’obbligo di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal PAN GPP si applicava agli affidamenti di qualunque importo), dall’altro si rimanda ai decreti ministeriali persino il compito di differenziare ulteriormente i CAM – se tecnicamente opportuno – in base al valore della gara. Appare chiara, ordunque, l’intenzione del legislatore di attribuire maggior discrezionalità alle singole amministrazioni, valorizzando altresì la realtà in cui queste sono chiamate a operare. Il ritorno a un’applicazione differenziata dei CAM⁵⁶, dopotutto, sembra rispondere a quelli che sono gli obiettivi sottesi all’adozione di questo nuovo Codice, a partire dai principi generali codificati nella Parte I del Libro I, alla luce dei quali devono pur sempre essere interpretate anche le disposizioni riguardanti i ‘criteri di sostenibilità energetica e ambientale’. Di contro, alcuni dubbi potrebbero sorgere nei confronti dei c.d. *contratti sotto-soglia*, malgrado l’impatto ambientale che, in ogni caso, comportano; senonché, tanto la collocazione topografica dell’art. 57, co. 2 (tra gli istituti e le clausole comuni degli appalti nella Parte II del Libro II), quanto la previsione di cui all’art. 48, co. 3, d.lgs. 36/2023 (in base alla quale «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate [...], le disposizioni del codice») fanno propendere per un’applicazione ad ogni modo trasversale dei criteri ambientali minimi, tenuto conto di come «le disposi-

⁵⁵ Cfr. Cons. St., Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2317.

⁵⁶ Una gradualità che non va comunque a intaccare l’obbligo per tutte le stazioni appaltanti di inserire, nella documentazione progettuale e di gara, almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei decreti CAM.

zioni in materia di CAM, lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti»⁵⁷.

Eppure, nonostante l'introduzione di prescrizioni obbligatorie abbia fatto registrare un netto miglioramento sotto il profilo della diffusione del GPP, sono ancora molte le amministrazioni che acquistano beni e servizi senza tenere in considerazione alcun tipo di variabile ambientale⁵⁸;

oltre la questione della qualità e dell'articolazione delle prescrizioni, legislative e/o regolamentari, pesa comunque, notevolmente, la diffusa disinformazione delle pubbliche amministrazioni, legata soprattutto anche alla frammentarietà della materia, caratterizzata da un alto tasso di complessità⁵⁹.

Non a caso, il tema da sempre oggetto di accesa *querelle* in dottrina come in giurisprudenza riguarda proprio la legittimazione e l'interesse all'impugnazione del bando di gara che abbia omissso di indicare i criteri ambientali minimi. Innanzitutto, è d'uopo ricordare come la giurisprudenza amministrativa sia pacifica tanto nel ritenere che l'omesso rispetto dei c.d. CAM

non viene ovviamente ad integrare una qualche clausola direttamente impeditiva della partecipazione della ricorrente alla procedura, [quanto

⁵⁷ Cons. St., Sez. VI, 3 febbraio 2021, n. 972.

⁵⁸ Cfr. Osservatorio Appalti Verdi di Legambiente e Fondazione Ecosistemi, *I numeri del Green Public Procurement in Italia – VII Rapporto 2024*, 5.

⁵⁹ G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *op. cit.*, 60, che propone pertanto di utilizzare procedure flessibili nonché di effettuare analisi preliminari alle stesse circa il concreto provvedere delle stazioni appaltanti. Sull'argomento, v. inoltre G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, V, 2012, 819 ss., che alla luce dell'asimmetria informativa che contraddistingue da sempre il rapporto tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese nella gestione degli "appalti verdi", suggerisce l'attribuzione di maggior discrezionalità alle prime, ancora meglio se unita a modelli contrattuali più flessibili.

nell’escludere che] venga a rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara⁶⁰.

Le clausole sopraccitate, dunque,

devono essere impugnate dall’offerente unitamente all’atto conclusivo della procedura di gara, [dovendosi però escludere che] un soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano “escludenti”⁶¹.

Allo stesso tempo, una mera lacuna nella *lex specialis* non incide minimamente sull’inderogabilità del rispetto dei CAM, perché la norma – imperativa e cogente – opera indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara: «ciò è possibile in forza del meccanismo di eterointegrazione ricavabile dall’art. 1374 c.c.»⁶². Sul fronte opposto, se è vero che l’obbligo di inserire i criteri ambientali minimi nella documentazione di gara rimane circoscritto a quelle categorie merceologiche espressamente disciplinate dal MASE, è altrettanto vero che le stazioni appaltanti possono «pure richiedere, come chiarito dal giudice amministrativo⁶³, l’applicazione dei CAM anche per beni o servizi non immediatamente riferibili a quelli oggetto dei relativi decreti ministeriali»⁶⁴.

Complessivamente, pertanto, non stupisce che laddove «un’offerta sia palesemente in violazione dei requisiti previsti obbligatoriamente dai CAM, l’operatore che l’ha presentata va escluso dalla gara»⁶⁵ o che l’omesso inserimento dei criteri ambientali minimi nel bando di gara determini la caducazione dell’intera gara nonché la riedizione totale

⁶⁰ TAR Toscana, 26 giugno 2020, n. 801.

⁶¹ Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

⁶² TAR Veneto, Sez. I, 18 marzo 2019, n. 329.

⁶³ «Non è illogico o illegittimo l’inserimento di un criterio di valutazione, aggiuntivo e sussidiario, volto a premiare i processi aziendali dei singoli concorrenti muniti di una certificazione attestante, secondo il diritto comunitario, una maggiore attenzione all’impatto e alla sostenibilità ambientale nella produzione e nella distribuzione del prodotto offerto in gara» (così Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635).

⁶⁴ G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *op. cit.*, 77.

⁶⁵ TAR Toscana, 14 maggio 2018, n. 645.

della stessa, perfino quando all’aggiudicazione abbia già fatto seguito la stipula del contratto (inefficace) con l’aggiudicatario⁶⁶.

4. Gli “appalti verdi” nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: il principio Do No Significant Harm

A dispetto dei tanti ostacoli che ne caratterizzano l’implementazione, in questo preciso momento storico il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁶⁷ rappresenta un’occasione irripetibile non solo per il rilancio socio-economico dell’Italia, ma anche per l’estensione su vasta scala del GPP. In fin dei conti, è lo stesso reg. ‘Dispositivo’⁶⁸ che – in piena continuità con gli obiettivi fissati dal *Green Deal europeo* – impone condizioni per cui, da una parte, il 37% delle risorse richieste da ciascuno Stato deve essere destinato alla “transizione verde” e alla mitigazione dei cambiamenti climatici⁶⁹; dall’altra, tutte le misure con-

⁶⁶ Cfr. Cons. St., Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.

⁶⁷ Approvato dal Consiglio ‘Economia e Finanza’ (ECOFIN) nel luglio 2021 e poi profondamente revisionato sulla scorta delle modifiche proposte nella riunione dell’8 dicembre 2023, il Piano *Italia Domani* presenta una serie di riforme e investimenti distribuite su 7 Missioni, a loro volta articolate in componenti e ambiti d’intervento: Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; Rivoluzione verde e transizione ecologica; Infrastrutture per una mobilità sostenibile; Istruzione e ricerca; Inclusione e coesione; Salute; *REPowerEU*. Il solo RRF garantisce al nostro Paese risorse per 194,4 miliardi di euro (di cui 71,8 miliardi in sovvenzioni e 122,6 in prestiti), a cui vanno aggiunti i 14,4 miliardi del REACT-EU e i 30,6 miliardi del Piano Nazionale Complementare (PNC), un fondo finanziato dallo Stato italiano – tramite un apposito scostamento di bilancio – che segue le medesime procedure del PNRR.

⁶⁸ Cfr. art. 18, reg. (UE) 241/2021, 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.

⁶⁹ Come ricorda S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2021, 203, «il medesimo documento precisa le modalità di valutazione della componente verde dei piani, individuando due distinti profili: (i) una dimensione quantitativa relativa agli obiettivi climatici, da valutarsi nella misura pari ad almeno il 37% delle risorse, e (ii) una componente qualitativa, in relazione alla spiegazione di come i piani contribuiscono effettivamente a raggiungere la transizione verde».

template nei vari Piani nazionali, dalle riforme agli investimenti, devono soddisfare il principio *Do No Significant Harm* (DNSH)⁷⁰. Il rispetto di quest’ultimo, segnatamente, richiede di ‘non arrecare danno significativo’ ai sei obiettivi climatici e ambientali individuati nel reg. ‘Tassonomia’⁷¹: a) mitigazione dei cambiamenti climatici; b) adattamento ai cambiamenti climatici; c) uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; d) transizione verso un’economia circolare; e) prevenzione e riduzione dell’inquinamento; f) protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. Al fine di ottemperare al vincolo, inoltre, le amministrazioni sono tenute a garantire l’assolvimento del DNSH sin dai primi atti di programmazione dell’intervento⁷², rendicontando altresì i risultati ottenuti in termini di contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici (Regime 1) o comunque di mero rispetto del vincolo tassonomico (Regime 2)⁷³. Peraltro, come ricorda la

⁷⁰ Per una trattazione esaustiva sull’argomento, si rinvia a R. ROTA, *Riflessioni sul principio “do no significant harm” per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2021, 13 ss.; G.M. CARUSO, *Il principio “do no significant harm”: ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, XIX, 2, 2022, 135-183.

⁷¹ Cfr. art. 17, reg. (UE) 852/2020, 18 giugno 2020, relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili. Questa norma, tra l’altro, viene richiamata anche dal Documento di lavoro dei servizi della Commissione *Orientamenti per i piani per la ripresa e la resilienza degli Stati membri*, 17 settembre 2020, SWD (2020) 205 def. per precisare il significato di “transizione verde” di cui alla prima condizione imposta dal reg. ‘Dispositivo’.

⁷² «Nella domanda di partecipazione il concorrente deve dichiarare di impegnarsi a eseguire l’appalto in conformità alle clausole contrattuali contenute nel DNSH. In assenza di tale dichiarazione e qualora la documentazione richiesta ai fini della verifica non sia ritenuta conforme, non si procederà alla stipula del contratto. Pertanto, sarà richiesta, subito dopo l’aggiudicazione e prima della stipula del contratto, la presentazione della documentazione attestante le dichiarazioni rese, ai fini delle verifiche di cui al rispetto del principio DNSH» (così C. LONGO, *Il Sustainable Public Procurement. I contratti pubblici e l’Agenda 2030, tra criteri ambientali e criteri sociali*, Collana Scientifica dell’ANAC, Napoli, 2023, 133).

⁷³ Dall’analisi condotta da G.M. CARUSO, *op. cit.*, 167, emerge comunque che «la valutazione sulla conformità al principio DNSH difetta di tutti gli elementi tipici delle valutazioni e autorizzazioni ambientali, perché non è effettuata da un soggetto terzo,

Guida Operativa del Ministero dell’Economia e delle Finanze (MEF), non si ravvisa la concreta possibilità di ‘non arrecare danno significativo’ senza applicare i CAM; anzi, il rispetto dei criteri ambientali minimi spesso «può assicurare il rispetto del requisito tassonomico del DNSH, soprattutto nel caso del principio di base»⁷⁴. Nell’ambito delle azioni volte alla riduzione dell’impatto ambientale degli appalti PNRR, invero, si intravede una forte correlazione tra le disposizioni per il rispetto del principio DNSH e le prescrizioni contenute nel ‘CAM Edilizia’ di cui al d.m. 23 giugno 2022, n. 256.

In ogni caso, oltre al profilo applicativo sopraccitato, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza non manca certo di richiamare gli “appalti verdi” all’interno di alcune misure da implementare; queste riguardano, precisamente, gli eventi culturali⁷⁵ e l’economia circolare⁷⁶.

Orbene, alla luce delle considerazioni testé svolte, risulta chiaro come la tutela ambientale vada oramai concepita «non quale mero limite da non oltrepassare per l’attività economico-produttiva, ma piuttosto

non sottende una valutazione di sistema ma su singoli obiettivi, manca di un momento ponderativo degli interessi e, conseguentemente, anche della possibilità di apporre condizionalità o di produrre un qualche effetto conformativo».

⁷⁴ Ministero dell’Economia e delle Finanze, *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all’ambiente (c.d. DNSH)*, edizione aggiornata allegata alla circolare RGS n. 22 del 14 maggio 2024, 18-19. I criteri ambientali minimi, effettivamente, sono «un utile e necessario riferimento nell’ambito dell’attuazione del PNRR in quanto hanno lo scopo di selezionare i prodotti, i servizi o i lavori migliori sotto il profilo ambientale, tenuto conto della disponibilità in termini di offerta. La Comunicazione della Commissione EU 2021/C58/01 (e il successivo aggiornamento Comunicazione della Commissione EU C/2023/111) riporta, infatti, quale elemento di prova trasversale per la valutazione di fondo DNSH relativa agli investimenti pubblici, il fatto che la misura soddisfi i criteri degli appalti pubblici verdi».

⁷⁵ PNRR, M1C3.3 – Riforma 3.1 (Adozione di criteri ambientali minimi per eventi culturali): conseguita con l’approvazione del d.m. 19 ottobre 2022, n. 459.

⁷⁶ PNRR, M2C1.1 – Riforma 1.3 (Supporto tecnico alle autorità locali): in linea con la nuova Strategia Nazionale per l’Economia Circolare (SEC), che evidenzia l’importanza strategica dei CAM per il *Green Public Procurement*, il MASE ha attivato un servizio di assistenza specialistica che possa supportare gli Enti Locali nell’applicazione dei criteri ambientali minimi alle procedure di gara volte alla realizzazione di nuovi impianti di trattamento dei rifiuti. Cfr. Progetto ARCA, giugno 2022.

quale vero e proprio impulso sinergico allo sviluppo, alla maggior efficienza, competitività e velocità di questa»⁷⁷.

Non a caso, la nuova attività di pianificazione sulla materia non si limita a fissare i confini di carattere negativo per ciascuna delle misure di ripresa, ma si spinge fino a chiedere, anzi, di contribuire in via positiva al processo di transizione ecologica. Ciò che si può notare, inoltre, è che le istituzioni eurounitarie sembrano ora voler superare il principio d'integrazione prediligendo, da un lato, interventi finanziari proceduralizzati, i quali sono però conformati, allo stesso tempo, a criteri regolatori propri. Il riferimento, ovviamente, è al principio DNSH, che rispetto a *Green Deal europeo* e *Next Generation EU*

contribuisce a definire i caratteri e, al contempo, la causa di giustificazione dello stesso intervento nell'economia di matrice europea, perché garantisce un sostegno finanziario già conformato ad alcuni obiettivi ambientali per investimenti che, altrimenti, non si sarebbero realizzati⁷⁸.

Ciò nondimeno, il Codice dell'ambiente⁷⁹ – nel fare propri i principi comunitari di tutela ambientale a cui «devono uniformarsi sia il potere pubblico, nella sua attività di normazione ovvero di esercizio delle funzioni amministrative, sia i privati nelle proprie attività economiche e di vita quotidiana»⁸⁰ – non contempla ancora il *Do No Significant Harm*: benché l'assenza di un richiamo formale, come si è visto, non valga a dequotarne né la rilevanza né tantomeno l'operatività, pare legittimo domandarsi se, in una prospettiva *de iure condendo*, non sia giunto il momento di positivizzarlo, al fine di orientare l'attività dei pubblici poteri nazionali (già funzionalizzata, in rapporto all'interesse ambientale, alla solidarietà intergenerazionale e allo sviluppo sostenibile) finan-

⁷⁷ G.M. CARUSO, *op. cit.*, 146, sub nt. 23.

⁷⁸ *Ivi*, 175.

⁷⁹ Cfr. d.lgs. 152/2006, che il Ministro dell'Ambiente intende completamente riformare alla luce della riforma costituzionale 1/2022. Cfr. d.m. 25 gennaio 2024, n. 36.

⁸⁰ M. PETRACHI, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023, 111.

che riguardo agli obiettivi tassonomici⁸¹. Dopotutto, nella prospettiva della transizione ecologica, si assiste a un intervento dello Stato in economia sempre più coerente con il principio dell'assenza di un danno significativo agli obiettivi ambientali, a prescindere dalla riconducibilità dei fondi⁸². Una spinta a rendere i criteri di eco-sostenibilità nuovi limiti intrinseci al potere discrezionale della pubblica amministrazione che non si esaurirà, evidentemente, allo scadere del cronoprogramma legato al PNRR. Parimenti importante, infine, risulta essere l'agevolazione della collaborazione fra attori pubblici e privati, perché un'azione condivisa e partecipata è sempre più efficace, anche quando si tratta di protezione ambientale.

⁸¹ Vanno, comunque, in questo senso, la Comunicazione della Commissione C/2023/111 (11 ottobre 2023), che riprende e aggiorna gli *Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio 'non arrecare un danno significativo' a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza* di cui alla Comunicazione 2021/58-01, nonché la Comunicazione C/2023/267 (20 ottobre 2023), *Sull'interpretazione e sull'attuazione di talune disposizioni giuridiche dell'atto delegato relativo agli aspetti climatici della tassonomia dell'UE che fissa i criteri di vaglio tecnico per le attività economiche che contribuiscono in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e non arrecano un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale*, la quale ribadisce la centralità del vincolo DNSH per tutti i finanziamenti PNRR. In ambito nazionale, v. inoltre Fondazione IFEL (Istituto per la Finanza e l'Economia Locale di ANCI), *Il Vademecum DNSH. Indicazioni operative per l'applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente nei progetti pubblici PNRR, 2022-2024: una raccolta di quaderni operativi pensata appositamente per supportare gli enti locali nella corretta applicazione del DNSH*.

⁸² Cfr. art. 1, co. 2, d.l. 14 ottobre 2019, n. 111 – conv. in l. 12 dicembre 2019, n. 141 (c.d. *decreto clima*); art. 1, co. 8, d.l. 6 maggio 2021, n. 59 – conv. in l. 1 luglio 2021, n. 101 (misure urgenti PNC); art. 20, d.l. 22 aprile 2021, n. 152 – conv. in l. 17 giugno 2021, n. 87 (misure urgenti graduale ripresa attività economiche e sociali); art. 36-ter, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 – conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 (c.d. *decreto semplificazioni bis*).

IL GREENWASHING NELLA RELAZIONE TRA CONSUMATORE E AMBIENTE

PROBLEMATICHE SOSTANZIALI E RIMEDI PROCESSUALI COLLETTIVI

*Fabrizio Cesareo, Giacomo Pirotta**

SOMMARIO: 1. *Le preziose ambizioni della transizione ecologica tra green claims e fair advertising.* 2. *L'importanza delle Comunità Energetiche Rinnovabili.* 3. *L'informazione quale strategia sostanziale realmente vincente per fronteggiare il greenwashing.* 4. *I rimedi avverso le pratiche commerciali scorrette nella lotta al greenwashing.* 5. *I rimedi collettivi: la class action ex art. 840-bis e ss. c.p.c. e l'azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.* 6. *Segue: le azioni rappresentative.* 7. *Conclusioni.*

1. Le preziose ambizioni della transizione ecologica tra green claims e fair advertising

La neutralità climatica desta preoccupazione e interesse ormai da tempo, ma è nei recenti interventi di politica comunitaria che si rinviene una ulteriore spiccata sensibilità nei confronti della stessa. L'*European Green Deal*¹, che annovera al suo interno la parola *green*, proprio a voler dimostrare la natura per l'appunto "Verde" e ideale di questo Patto Europeo, si pone questo nobile obiettivo entro il 2050, stante la necessi-

* Sebbene derivino da una riflessione congiunta, i paragrafi da 1 a 3 sono stati redatti da Fabrizio Cesareo; i paragrafi da 4 a 7 sono stati redatti da Giacomo Pirotta.

¹ Sull'*European Green Deal* si l. M. IANNELLA, *L'"European Green Deal" e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, 171 ss.; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il "Green New Deal". Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 297 ss.; F. DONATI, *Il "Green Deal" e la "governance" europea dell'energia e del clima*, in *Riv. regol. merc.*, 2022, 13 ss.

tà di attenzionare il cambiamento climatico², la perdita della biodiversità³ e lo spreco di risorse, anche in virtù dell'accordo di Parigi del 2015⁴, provando a rendere l'economia comunitaria ecosostenibile⁵, nell'ottica di individuare meccanismi di solidarietà intraeuropea nonché di compensazione che tutelino la competitività del tessuto comunitario. Agricoltura, mobilità ed energia sono solo alcuni degli importanti *focus* coinvolti nell'abbattimento della produzione di gas serra mediante un percorso irreversibile e graduale, promuovendo una resilienza rispetto ai danni attesi⁶.

² In materia di *climate change* si v. tra tutti P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 2023, 86 ss.; L. MINGIONE, "Environmental accountability" e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico, in *Federalismi.it*, 2023, 215 ss.; F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Oss. fonti*, 2022, 183 ss.; D. PAUCIULO, *Il diritto umano a un ambiente salubre nella risoluzione 76/300 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. int.*, 2022, 1118 ss.; G. PULEIO, *La crisi climatica di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Contr. impr. eur.*, 2022, 611 ss.; F. RIGANTI, "Climate change" e vigilanza prudenziale: questione di (semplici) "aspettative"?, in *NLCC*, 2022, 1252 ss.; F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCEonline*, 2022, 1085 ss.; M. ALABRESE, E. CRISTIANI, *Clima e impegni internazionali nell'attuazione della PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, 216 ss.; A. LUPO, *Diritto al cibo e cambiamenti climatici: quale futuro per la sicurezza alimentare globale?*, in *Riv. dir. alim.*, 2022, 54 ss.

³ In merito alla perdita della biodiversità si l. M.V. FERRONI, *La perdita della biodiversità, gli strumenti di tutela e il codice dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 121 ss.

⁴ L'accordo di Parigi rappresenta un piano d'azione per limitare il riscaldamento globale da parte dei paesi di tutto il mondo che devono agire in collaborazione; questo è entrato in vigore il 4 novembre 2016, con l'adempimento della condizione della ratifica da parte di almeno 55 paesi ed è stato ratificato da tutti i paesi dell'UE.

⁵ È importante ricordare in tal guisa la comunicazione COM(2019)640 dell'11 dicembre 2019.

⁶ Il riferimento è al Reg. UE 2021/1119 del 29 luglio 2021 e al pacchetto *Fit for 55*, vale a dire "Pronti per il 55%", il piano dell'Unione per l'attuazione della c.d. *transizione verde*, secondo cui la riduzione delle emissioni dell'Europa, che deve essere di almeno il 55% entro il 2030, diventa obbligo giuridico. Sul punto si v. G. CAVALIERI, B. CELATI, S. FRANCA, M. GANDIGLIO, A.R. GERMANI, A. GIORGI, G. SCARANO, *Il "Fit*

Al fine di sostenere tale visione è stato poi messo in atto il Piano di investimenti per un'Europa sostenibile⁷, un insieme di iniziative legislative – e non – per la realizzazione di un'economia verde e quindi di una giusta transizione⁸: mediante la previsione di finanziamenti destinati al settore climatico-ambientale del valore di almeno 1.000 miliardi di euro a titolo del bilancio europeo; rendendo la sostenibilità⁹ il “cuore pulsante” delle decisioni di investimento *lato sensu*; supportando le pubbliche amministrazioni nella massiva predisposizione di progetti eco-sostenibili. Ma è stato l'avvento della pandemia da Covid-19, da marzo 2020, a “rimescolare le carte” e a determinare un'attenzione su più fattori, tra i quali anche la nascita del nuovo “diritto dell'emergenza”¹⁰, mantenendo ben salda la volontà di evidenziare la strategia di decarbonizzazione attraverso l'elaborazione di uno strumento temporaneo per la ripresa, da oltre 800 miliardi di euro e cioè il *Next Generation EU*, per il periodo 2021-2027. Nell'alveo dei principi in materia annoverati nelle fonti del diritto unionale è opportuno ricordare quello del *do not significant harm (DNSH)*¹¹, vale a dire non arrecare danno significativo ai c.d. *environmental goals*,

for 55 “unpacked”: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione europea, in *Riv. regol. merc.*, 2022, 409 ss.

⁷ Annunciato con la comunicazione COM(2020)21 del 14 gennaio 2020, la precedente è la COM(2013)216 del 16 aprile 2013.

⁸ B.L. BOSCHETTI, *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in *DPCEonline*, 2022, 1153 ss.

⁹ S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, 239 ss.

¹⁰ Brevemente, per “diritto dell'emergenza” lo scrivente intende il complesso di fonti normative e giurisprudenziali prodotte a partire dal “primo Covid” al “secondo Covid”, sostanzialmente da marzo 2020 a dicembre 2021, che “porta il merito” di aver sovvertito taluni aspetti del diritto nelle sue diverse branche, tra tutte: si pensi alla qualificazione dei d.P.C.M., quali fonti del diritto e al funzionamento della mobilità e del turismo, nel settore del diritto dei trasporti e del turismo.

¹¹ Principio già introdotto con il Reg. UE 2020/852 del 18 giugno 2020, relativamente al favorire investimenti sostenibili e cioè che per essere definiti ecosostenibili non devono compromettere alcun *environmental goal*; la Commissione europea ha fornito una delucidazione, attraverso la COM(2021)58 del 18 febbraio 2021, in merito alla messa in atto del postulato in questione nell'approntare i Piani per la ripresa e la resilienza.

postulato fondamentale nella c.d. *ambizione ambientale* che fa riferimento *prima facie* al Reg. UE 2021/241 del 12 febbraio 2021, identificante il contesto normativo alla base del dispositivo di ripresa e resilienza, *Recovery fund facility (RFF)*¹², in cui gli Stati membri individuano le proprie strategie pluriennali di investimento prestando attenzione agli impegni climatici internazionali di cui all'accordo di Parigi, ai piani nazionali per l'energia e il clima varati nella *governance* dell'Unione dell'energia¹³, ai piani per una giusta transizione¹⁴, all'Agenda 2030¹⁵.

Rispetto a questo breve riepilogo dei più importanti interventi in materia, la transizione ecologica rappresenta, pertanto, il c.d. *pilastro dei pilastri*, denotando il passaggio dal primordiale concetto di sviluppo sostenibile a quello più moderno di transizione ambientale, da attuare mediante riforme e investimenti nelle c.d. *green technologies and capabilities*, ovvero efficienza energetica, biodiversità, economia circolare, nonché attraverso la promozione della crescita sostenibile, andando a costituire, quindi, un'applicazione pratica dell'ideale di transizione. In tal guisa, un altro strumento pregnante emerso nella recente fonte comunitaria¹⁶ è quello del *climate tagging*, vale a dire la percentuale di misure del piano volte all'attenuazione del c.d. *climate change*.

¹² Il riferimento è agli artt. 120-121, 148 e 175 TFUE.

¹³ Reg. UE 2018/1999 dell'11 dicembre 2018.

¹⁴ Reg. UE 2021/1056 del 24 giugno 2021.

¹⁵ L'Agenda 2030, sottoscritta il 25 settembre 2015 dai 193 Paesi membri delle Nazioni Unite e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, è un programma d'intervento per il pianeta, la prosperità e le persone. È corollata dai c.d. *17 Sustainable Development Goals (SDGs)*, da conseguire in ambito ambientale, economico e sociale entro il 2030. Orbene, a parere di chi scrive, questa azione rappresenta il passaggio da una visione antropocentrica a una c.d. *visione ecocentrica*, ove risulta evidente l'attenzione verso le generazioni future ma l'interesse principale resta quello di preservare l'ambiente, rispettando quindi il c.d. *principio dello sviluppo sostenibile* introdotto dal rapporto Brundtland del 1987 della commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo. In materia si segnalano le opere magistrali dei Proff. Uricchio e Pennasilico: A. BUONFRATE, A.F. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2023 e M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.

¹⁶ Reg. UE 2021/241.

L'ultimo intervento in ordine è proprio il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) presentato dall'Italia¹⁷, "Italia Domani", che si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo (i. digitalizzazione e innovazione, ii. transizione ecologica, iii. inclusione sociale) e lungo sei missioni; la seconda missione, nominata per l'appunto "Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica", stanziava complessivi 68,6 miliardi perseguendo gli obiettivi principali di migliorare la sostenibilità e la resilienza del sistema economico e assicurare una transizione ambientale equa e inclusiva. Quest'ultima, poi, è a sua volta suddivisa in quattro componenti (i. agricoltura¹⁸ ed economia circolare, ii. energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile, iii. efficienza energetica¹⁹ e riqualificazione degli edifici, iv. tutela del territorio e della risorsa idrica). In ultimo, pare opportuno ricordare che altro punto nevralgico del Piano è costituito dalle riforme settoriali, che mirano a eliminare potenziali vincoli che rallentano la realizzazione degli investimenti ovvero ne diminuiscono la produttività nonché a limitare gli oneri burocratici; tra le riforme – volte a innovare il sistema con una regolamentazione e con delle procedure decisamente più efficienti e mediante l'ausilio di documenti ben congegnati per indirizzare e organizzare le politiche territoriali – occorre distinguere quelle relative alla semplifi-

¹⁷ Trasmesso dal Governo alla Commissione europea il 30 aprile 2021 e approvato in virtù dell'art. 20 Reg. UE 2021/241 dal Consiglio dell'Unione europea con decisione di esecuzione del 13 luglio 2021. Cfr. S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 198 ss.; L. PERGOLIZZI, *PNRR e transizione ecologica: un duplice percorso*, in *Istit. federalismo*, 2022, 443 ss.

¹⁸ Ampiamente si v. S. MASINI, "Transizione ecologica" dell'agricoltura, in *Dir. agroal.*, 2022, 45 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *La transizione ecologica attraverso l'agricoltura: prime riflessioni in tema di "vertical farming". Il modello ESG della agricoltura nella "smart city"?*, in *Dir. agr.*, 2022, 44 ss.

¹⁹ Sulla transizione energetica si v. F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, 53 ss.; F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 150 ss.

cazione normativa e amministrativa da quelle relative alla programmazione strategica²⁰.

In questo contesto è evidente che il termine *green* sia utilizzato talvolta per dare risalto all'ambiente – si pensi all'accostamento delle seguenti parole: *green (blue and circular) economy*, *green new deal*, *green nuclear*, *green bond*, *green hydrogen*, *green revolution and strategy*, *green transition*, *green management*, *green digital*, *made green in Italy*, *green (and smart) city*, *green energy*, *green fields*, *green markets*, ecc. – talaltra impropriamente – si pensi alle c.d. *informazioni decettive* che danno origine all'ormai noto fenomeno del *greenwashing*²¹. Il c.d. *lavaggio verde* si fonda effettivamente su una sorta di strategia di comunicazione²² da parte delle imprese che mirano a essere considerate sul mercato promotrici della sostenibilità “agli occhi” dei competitors ma soprattutto dei consumatori, tale da realizzare una sorta di meccanismo di “accettazione falsata” e con lo scopo di trarre un qualche utile economico, rispettivamente determinando una forma di concorrenza sleale ovvero pratiche commerciali scorrette²³; in questa falla vengono appunto in rilievo i *green claims*, ovvero pubblicità ambientale, facenti

²⁰ P.L. PETRILLO, A. ZAGARELLA, *Transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *DPERonline*, 71 ss.

²¹ Tanto evidenza A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il greenwashing per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, in *Amb. svil.*, 2022, 404, secondo cui varie sono le «sfumature quanti sono i *green* possibili (e immaginabili), di cui ognuno di noi sembra sapere tutto, senza sapere che – spesso – è solo un'illusione: lo diceva già Socrate, ai suoi tempi, che “nessuno sa più di colui che sa di non sapere”, e lo ha declinato in termini più moderni Stephen Hawking, quando ha affermato che “il più grande nemico della conoscenza non è l'ignoranza, ma l'illusione della conoscenza”». Più nello specifico, sull'inquadramento delle fonti del “diritto del *greenwashing*” si I. F. CESAREO, G. PIROTTA, *Il greenwashing nella lotta al climate change. Fondamenti sostanziali giusprivatistici e tutela risarcitoria collettiva*, in *Bio-Law Journal - Rivista di BioDiritto*, 2023, 220-222.

²² Sul punto e nell'ambito della filiera agroalimentare si I. l'interessante lavoro di A. SESTINO, C. RIZZO, G.M. ALAM, *Look how sustainable I am! Effects of communication focus, individuals' differences on intention to use food waste fighting mobile applications*, in *European Journal of Innovation Management*, 2023.

²³ Sulla tutela del concorrente leso e del consumatore in merito a concorrenza sleale vs. pratiche commerciali scorrette si I. F. CESAREO, G. PIROTTA, *op. cit.*, 222 ss.

riferimento a quelle promesse che rinviano, esplicitamente o implicitamente, alla relazione tra prodotto/servizio e ambiente e che presentano un'immagine aziendale caratterizzata dall'impegno ambientale, al solo fine di lucrare sull'importante impatto e portata delle tematiche *green* sulla *societas* attuale.

Ma è stato il c.d. *dieselgate*²⁴ ad avere avuto un impatto mediatico in merito alla manipolazione delle emissioni di gas inquinanti, esempio di scuola di come la condotta dell'impresa possa essere confliggente con gli *environmental claims* adoperati, specie in relazione ai capisaldi della trasparenza e dell'informazione, quindi al mancato rispetto dei principi di correttezza e buona fede, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., che dovrebbero ispirare l'attiva economica.

Ciò che viene in rilievo in tal senso è un "Giano bifronte" che pone "spalla a spalla" l'ecologia con il *marketing*²⁵, ove il nuovo *green con-*

²⁴ Su questo "scandalo" si v. F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, 619 ss.; EAD., *Profili civilistici del "Dieselgate". Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021.

²⁵ J. GRANT, *Green marketing. Il Manifesto*, ediz. italiana a cura di A. CARÙ, Milano, 2007, in merito a questa contrapposizione precisa che la prima vuole far consumare di meno, il secondo di più. Una rifiuta il consumismo, l'altro lo alimenta. Ma non sempre sono in contrasto. Il *marketing* può contribuire a "vendere" nuovi stili di vita, una funzione quanto mai necessaria oggi di fronte all'urgenza di limitare gli effetti del cambiamento climatico. Il più grande equivoco sul *green marketing* è che esso debba far sembrare sostenibile un'azienda o un marchio. Allora non ci sarebbe da stupirsi dell'accusa di *greenwashing*. Il *green marketing* punta a far sembrare normali i prodotti e i servizi sostenibili e non a far sembrare sostenibili quelli normali.

La sensibilità ambientale può considerarsi una preconditione per il manifestarsi di comportamento di consumo ecologico, un'azienda dovrebbe mirare a indagare, attraverso progressivi approfondimenti, le leve motivazionali che possono far maturare ed evolvere tale sensibilità in comportamenti concreti e in scelte di acquisto orientate alla valorizzazione della qualità ambientale dei suoi prodotti o servizi. Ricerche di mercato e indagini demoscopiche forniscono un importante supporto nel perseguire tale obiettivo, a patto che l'azienda sia consapevole dei limiti e dei rischi di una lettura superficiale dei loro risultati e della molteplicità delle chiavi e dei piani di lettura attraverso cui questi possono essere interpretati. Così, F. IRALDO, M. MELIS, *Green Marketing. Come evitare il greenwashing comunicando il valore della sostenibilità*, Milano, 2012.

sumer si aspetta che l'impresa si adoperi nel rispettare l'ambiente. Le macroaree più colpite sono senz'altro quelle dell'agroalimentare e dei trasporti – si pensi a *claim* quali: per la prima area, prima sottocategoria attinente al prodotto, “100% naturale”, “senza antibiotici”, “senza fosfati”, “biologico”, “meno sprechi”, seconda sottocategoria attinente al *packaging* e alla *supply chain*, “meno plastica”, “rispettoso dell'ambiente”, “verde”, “amico della natura”, “ecologico”, “sostenibile”, “sicuro per l'ambiente”, “attento ai cambiamenti climatici”, “a basso impatto ambientale”, “prodotto a impatto zero”; per la seconda area, “intermodale”, “multimodale” – in cui giocano un importante rilievo le certificazioni ambientali.

Il *green marketing*, di cui si sta parlando, deve tener conto della Dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005²⁶ in merito alle pratiche commerciali sleali c.d. *b2c*, utile per comprendere il funzionamento dei *claim* rispetto alla tutela per il consumatore. Nel sistema italiano il Codice del consumo²⁷ traccia una “linea di demarcazione” generale rispetto alla non ingannevolezza della pubblicità; ma a tal riguardo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁸ (AGCM) ha chiarito che i *claim* ambientali devono riportare i vantaggi ambientali del prodotto in modo puntuale e non ambiguo, essere scientificamente verificabili e, infine, devono essere comunicati in modo veritiero; così un corretto *claim* ambientale dovrebbe veicolare informazioni adeguatamente documentate, scientificamente “verificabili” e circoscritte a specifici aspetti accertabili in chiave comparativa rispetto a prodotti omogenei.

Per esempio, il 67% degli italiani non è disposto a pagare un differenziale di prezzo per avere confezioni *green*. Il *mismatch* tra l'alta attenzione alla sostenibilità e una *willingness to pay* bassa o nulla è in parte riconducibile alla mancanza di informazioni sulla sostenibilità delle confezioni.

²⁶ Oggetto degli Orientamenti del 2016 predisposti dalla Commissione europea per assicurare l'applicazione uniforme della fonte in questione.

²⁷ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, modificato da ultimo dal d.l. 10 agosto 2023, n. 104.

²⁸ Con provvedimento 20 dicembre 2019, n. 28060.

Il tutto per sottolineare la forte attenzione del consumatore²⁹ rispetto agli agenti inquinanti, in riferimento non soltanto ai prodotti, ma anche alla catena di approvvigionamento/fornitura, per esempio il *packaging*³⁰; proprio di qui nasce, infatti, l'esigenza di investire in una c.d. *fair advertising*³¹.

Proprio lo scorso 22 marzo 2023, la Commissione europea ha approvato la proposta di direttiva sulle c.d. *asserzioni o dichiarazioni ambientali (esplicite)*³², COM(2023)166 *final*, quelle autodichiarazioni ambientali volontarie, applicabili ai professionisti che operano nell'Unione europea (a eccezione delle microimprese, esenti da alcune disposizioni), relativamente all'attestazione, alla comunicazione e alla verifica delle asserzioni ambientali e dei sistemi di etichettatura ambientale. Un primo punto senz'altro cruciale di questa proposta è da rinvenirsi nel fatto che le informazioni usate per attestare le asserzioni ambientali esplicite dovrebbero avere basi scientifiche ed è opportuno ponderare attentamente eventuali omissioni di determinati impatti o aspetti ambientali (considerando 23). Se, da un lato, le asserzioni basate sull'Ecolabel UE o su equivalenti nazionali vantano solide basi scientifiche e criteri di sviluppo trasparenti, richiedono prove e verifiche da parte di terzi e prevedono un monitoraggio periodico, dall'altro vi sono

²⁹ Vale la pena ricordare altresì la COM(2020)381 *final* del 20 maggio 2020 della Commissione europea, che delinea la strategia c.d. *dal produttore al consumatore* per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente.

³⁰ Il riferimento è all'etichettatura ambientale degli imballaggi, di cui all'art. 3, comma 3, lettera c), d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, i cui obblighi sono applicati a partire dal 1° gennaio 2023; ma un importante sussidio è stato fornito dal Consorzio Nazionale Imballaggi (CONAI) attraverso la predisposizione delle Linee guida per una etichettatura ambientale obbligatoria degli imballaggi, documento privo di efficacia giuridica che rappresenta un utile *vademecum* per il relativo adempimento. Cfr. N. LUCIFERO, *Economia circolare e prodotti alimentari: l'etichettatura ambientale nel sistema delle fonti del diritto europeo e interno*, in S. GARDINI (a cura di), *Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*, in *Dir. econ.*, 2023, 91 ss.

Claim inerenti a tale aspetto, invece, sono: “meno plastica”, “plastica riciclata”, “biodegradabile”.

³¹ A. LEONE, *Advertising e tutela del consumatore verde*, in *Dir. ind.*, 2021, 73 ss.

³² Il riferimento è all'art. 2, lettera o), Dir. 2005/29/CE.

elementi per ritenere che numerosi marchi ambientali attualmente presenti sul mercato dell'UE siano ingannevoli; in particolare non sempre si prevedono procedure di verifica sufficienti e pertanto le asserzioni ambientali esplicite presentate attraverso i marchi ambientali dovrebbero essere basate su un sistema di certificazione (considerando 39). È essenziale che le asserzioni ambientali esplicite rispecchino correttamente le prestazioni e gli impatti ambientali che ne formano oggetto e tengano conto delle più recenti prove scientifiche (considerando 49).

Il secondo punto fondamentale è, per l'appunto, quello delle prove scientifiche che, insieme alla conseguente verifica dei *claims*, permeano diversi considerando e articoli, ai fini valutativi degli stessi, ma soprattutto di una più ampia tutela del consumatore.

Il terzo tassello è dato dall'importanza della conoscibilità delle informazioni, che si esplica, oltre che in forma fisica, sotto forma di QR *code*, quale importante risultato del progresso tecnologico, specie nel campo della *supply chain*.

In ultimo l'art. 17, rubricato "Sanzioni", al comma 1, prevede che gli Stati membri stabiliscano le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali e adottino tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione; le sanzioni previste dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive.

A tal proposito è opportuno menzionare la recentissima Dir. 2024/825/UE (c.d. *anti-greenwashing*) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2024, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali³³ e dell'informazione che, valorizzando le informazioni

³³ Anche se un passo avanti era stato già fatto dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198, di attuazione della Dir. 2019/633/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. Ma è proprio del 16 gennaio 2024 l'ultimo importante caso PS12496 - "Fileni sostenibilità", provvedimento n. 31025, che vede l'AGCM irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria alla Fileni Alimentare s.p.a. per essere incorsa in una pratica commerciale scorretta *ex artt.* 20, comma 2 e 21, comma 1, lett. b), c.cons., a dimostrazione di quanto questo fenomeno sia ancora da eradicare.

ambientali: getta le basi per il contrasto all’obsolescenza programmata; definisce l’asserzione ambientale, vieta quelle generiche ed esplicita la *condicio sine qua non* delle asserzioni ambientali future – in particolare è fatto divieto di quelle basate sulla compensazione delle emissioni di gas a effetto serra che sostengono che un prodotto ha un impatto neutro, ridotto o positivo sull’ambiente; focalizza l’attenzione sull’esclusività dei marchi di sostenibilità basati su un sistema di certificazione.

È evidente, in base a quanto suesposto, la forte vocazione interdisciplinare di questo nuovo “diritto dello sviluppo sostenibile” che lo rende di fatto interoperabile, stante la capacità di declinarsi nelle diverse branche del diritto generando per l’appunto una connessione sistemica.

L’evoluzione terminologica rappresenta senz’altro un punto di partenza e non di arrivo nella semantica, al pari di quanto si è visto per i diversi *claims*, tanto emerge nel passaggio dal concetto di sostenibilità a quello di transizione nonché dal concetto di circolarità a quello di rigenerazione; proprio nell’ambito del primo passaggio si sta affermando un nuovo termine: quello della c.d. *transilienza*, a voler sottolineare le potenziali capacità della transizione ad affrontare e superare le criticità del terzo millennio con spirito resiliente³⁴. Quello del cambiamento climatico è un processo articolato che si colloca all’interno della c.d. *twin transition*, vale a dire quella ambientale ma anche quella digitale, in cui probabilmente lo sviluppo di nuove tecnologie possono favorire la c.d. *decarbonizzazione, carbon neutrality*.

Lo sforzo ecologico dell’Unione europea è sicuramente tangibile rispetto ad altre realtà continentali, basti pensare alla Dir. (UE) 2019/904/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell’incidenza di determinati prodotti di plastica sull’ambiente – nello specifico il riferimento è all’inquinamento marino

³⁴ La capacità di affrontare gli shock economici, sociali e ambientali e/o i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo, *ex art. 2 Reg. UE 2021/241*. B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *The pandemic curvature of democratic space/time. A legal perspective*, in D. PALANO (a cura di), *State of emergency. Italian democracy in times of pandemic*, Milano, 2022, 39; B. BOSCHETTI, *Ecosistemi culturali (e giuridici) per la cura della città*, in *Rapporto della Fondazione Ambrosianeum. Ripartire: il tempo della cura*, Milano, 2021.

da plastica – che annovera la c.d. *doppietta 25-30* e cioè l’obiettivo del 25% per il contenuto riciclato nelle bottiglie di plastica entro il 2025 e del 30% entro il 2030. Ancora, si ricordano le nuove norme in materia di imballaggi per far fronte a questa crescente fonte di rifiuti, D.M. 28 settembre 2022, n. 360, il cui scopo è quello di fornire chiarezza al consumatore mediante un’etichettatura idonea, anche rispetto alle plastiche a base biologica, compostabili e biodegradabili, che quindi elimini la potenziale confusione rispetto allo smaltimento degli imballaggi nei contenitori per il riciclo. Da ultimo, il *Green Deal* rimarca la riciclabilità dei rifiuti da imballaggi in plastica che dovrà essere aumentata al 55% entro il 2030.

Seppur lunga e tortuosa la strada verso la “neutralità climatica” deve restare il faro-guida da seguire, il che dovrebbe permettere di consegnare alle generazioni successive un “ambiente” migliore nel continuo rispetto di un approccio precauzionale da contestualizzare in ogni fase di questo percorso evolutivistico.

2. *L’importanza delle Comunità Energetiche Rinnovabili*

Un’applicazione pratica della transizione ecologica è rappresentata dalle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)³⁵ in virtù della fattiva collaborazione tra imprese, cittadini e amministrazione nella c.d. *peer production and sharing of renewable energy*. Queste traggono la loro *ratio* dal fatto che la totalità di soggetti privati e pubblici possono essere inquadrati quali consumatori e produttori di energia cooperando per il raggiungimento del proprio fabbisogno e mantenendo alta l’attenzio-

³⁵ Per un approfondimento sulle CER si l. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 385 ss.; G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull’“affidabilità” del sistema di incentivazione di cui al decreto RED II*, in *ambientediritto.it*, 2022, 1 ss.; C. EVANGHELIA PAPADIMITRIU, *Le comunità energetiche rinnovabili: le protagoniste della transizione ecologica*, in *Comun. internaz.*, 2023, 347 ss.

ne verso le fonti rinnovabili, quale forma di tutela ambientale³⁶. Tale collaborazione, quale forma di partenariato pubblico-privato³⁷, è strumentale per il raggiungimento di obiettivi economico-sociali e ambientali³⁸.

Le CER trovano il loro comparto di fonti normative sia a livello nazionale che europeo, in cui sono identificati gli elementi essenziali dei soggetti pubblici e privati partecipanti: la prima è la Dir. 2018/2001/UE (c.d. *RED II*) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018³⁹; la seconda è il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; la terza è stata l'art. 42-*bis* del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, "Milleproroghe", convertito con l. 28 febbraio 2020, n. 8.

³⁶ «In particolare, da lato privato i cittadini possono promuovere la costituzione delle CER e le imprese possono fare parte della comunità oppure occuparsi esclusivamente della gestione come soggetti "esterni"; dal lato pubblico le amministrazioni possono partecipare oppure limitarsi a supportare la realizzazione dei progetti». Così, C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, 2022, 112.

³⁷ Questo si fonda sul principio di sussidiarietà orizzontale, nello specifico cfr. l'art. 118, comma 4, Cost.

³⁸ «La finalità economica consiste nella riduzione dei costi che risultano minori utilizzando la propria energia rispetto a quella fornita dalla rete pubblica essendo esclusi gli oneri di sistema. La finalità sociale riguarda la creazione di una comunità di soggetti che collaborano tra loro e partecipano ai fabbisogni collettivi in modo responsabile e anche a vantaggio dei cittadini con minori risorse economiche. Infine, la finalità più evidente è quella ambientale che attiene alla promozione della produzione di energia rinnovabile al fine di abbandonare le fonti fossili per la transizione energetica». Sempre, C. MARI, *op. cit.*, 112.

³⁹ L'art. 22 annovera «una disciplina dettagliata sulle comunità energetiche. [...] Peraltro, l'importanza della collaborazione emerge anche nel punto quattro dell'art. 22, lett. e), che prevede la parità di trattamento tra i componenti delle CER. In particolare, la direttiva ritiene determinante un trattamento equo e non discriminatorio dei consumatori che partecipano alla CER per impedire l'imposizione di criteri troppo rigidi per eventuali nuovi membri o per categorie di partecipanti (pubblici o privati). [...] In altre parole, i soggetti pubblici e privati che fanno parte della comunità energetica sono posti in una condizione di sostanziale parità, nella quale le diverse posizioni giuridiche sono poste sullo stesso piano e in modo simmetrico». Così, C. MARI, *op. cit.*, 113-114.

Riconosciute come soggetti di diritto autonomo, le CER sono subordinate al rispetto di taluni requisiti (art. 31, comma 1, d.lgs. 199/2021): a) i servizi di che trattasi sono da fornire a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità, non rientra quello di realizzare profitti finanziari; b) l'esercizio dei poteri di controllo deve far capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche reso noto dall'ISTAT; c) per quanto riguarda le imprese, la partecipazione alla CER non può costituire attività commerciale e industriale principale; d) la partecipazione è aperta a tutti i consumatori, inclusi quelli vulnerabili o appartenenti a famiglie a basso reddito.

Relativamente alle modalità in cui le predette operano, le condizioni sono le seguenti (art. 31, comma 2, d.lgs. 199/2021): a) ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della CER; b) l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità, mentre l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione; c) i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio; d) i membri delle comunità possono accedere ai regimi di sostegno e agli strumenti di promozione (Titolo II, d.lgs. 199/2021) alle condizioni e con le modalità stabilite; e) la comunità può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri, può promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità.

Anche in questo caso, come trapelato in precedenza, la valenza delle informazioni costituisce lo snodo centrale, posto che

i cittadini e le imprese sono, a loro volta, messi in condizione di ottenere le medesime informazioni a disposizione della parte pubblica per un coinvolgimento attivo e paritario nelle comunità. Ciò emerge chiaramente dalla circostanza che – mediante le informazioni a disposizione – i privati possono svolgere un ruolo di promozione nei confronti dei soggetti non ancora coinvolti nei progetti in parallelo al ruolo di facilitatore dell’amministrazione. [...] I cittadini e le imprese devono essere a loro volta consapevoli dei vantaggi e delle opportunità relative a un coinvolgimento nella realizzazione delle comunità energetiche. In effetti, soltanto un’adeguata conoscenza delle modalità di intervento nelle comunità e delle conseguenze favorevoli in termini economici, sociali e ambientali consente una partecipazione attiva dei privati. Al contrario, la carenza di informazioni sui nuovi modelli di partenariato implica che i progetti siano promossi dalla sola parte pubblica o da un numero limitato di soggetti privati maggiormente “sensibili” alle tematiche ambientali, vanificando la finalità collaborativa e inclusiva presente nella normativa relativa alle CER⁴⁰.

3. *L’informazione quale strategia sostanziale realmente vincente per fronteggiare il greenwashing*

Ciò che emerge dalla trattazione *de qua* è la rilevanza delle informazioni⁴¹, si pensi a quelle fornite all’interno dei rapporti asimmetrici, nel diritto del consumo, che godono di un peso sostanziale nella valutazione della condotta del *professionel*.

In tale prospettiva, l’AGCM⁴² ha, per esempio, posto l’attenzione sui messaggi promozionali che mettono in rilievo la sostenibilità aziendale nonché dei relativi beni che circolano, precisando che la ragionevole decodifica operata dai consumatori è di trovarsi di fronte a un produttore che fa della tutela dell’ambiente uno dei suoi principali obiettivi

⁴⁰ C. MARI, *op. cit.*, 131-132.

⁴¹ Copiosa è la dottrina in materia di informazione, ma fra tutte le voci si segnala quella di D. RUSSO, *Sull’informazione nei contratti*, Napoli, 2016.

⁴² Con delibera 4 agosto 2016, n. 26137.

e verso la quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva. Questi sono suscettibili di indurre in errore i consumatori, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera b), c.cons., con riferimento alla vocazione ambientale e alla responsabilità sociale rivendicata dal produttore.

Tale *excursus* conduce a un altro dei problemi di matrice giusprivatistica/giuscommercialistica, vale a dire quello della responsabilità sociale dell'impresa dichiarante, rispetto alle aspettative *green* del consumatore medio, ingenerando un divario

tra apparenza e realtà, capace di influenzare il contraente svantaggiato dall'asimmetria informativa: oggetto di valutazione deve essere il comportamento dell'impresa che, affermandosi "socialmente responsabile", dichiara pubblicamente di rispettare il proprio codice e i principi ivi contenuti, ovvero si avvale di claims di sostenibilità, ma attua comportamenti diametralmente opposti dal punto di vista sociale o ambientale⁴³.

Ma le principali criticità, come si dirà, attengono ai profili rimediali. Nello specifico, in materia di concorrenza sleale, l'art. 2598, comma 3, c.c., censura qualsiasi mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

La rilevata "matrice comune degli artt. 1175, 1137, 1375 e 2598 n. 3 e la possibilità che quelle regole, al di là delle rigide ripartizioni geometriche, siano utilizzabili, in concorso fra loro, in settori peculiari di attività per precisare concretamente il contegno dovuto e le tutele esperibili"⁴⁴ ha chiari riflessi sulle modalità di controllo delle dichiarazioni e del comportamento del professionista durante la fase prenegoziale e sulla determinazione della sua responsabilità⁴⁵.

La surrichiamata buona fede finisce per divenire, pertanto, una clausola generale pervasiva, al di là della fase delle trattative di cui al-

⁴³ F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2021, 298.

⁴⁴ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 113.

⁴⁵ F. BERTELLI, *op. cit.*, 304.

l'art. 1337 c.c., che soddisfa l'«esigenza socialmente diffusa di chiarezza nei rapporti economici e di coerenza dei relativi comportamenti»⁴⁶, con la conseguenza dell'instaurarsi di obblighi precontrattuali di informazione concernenti «tutti i fatti e le circostanze che assumano rilievo ai fini di un'adeguata ponderazione dell'operazione economica che si intende realizzare»⁴⁷.

4. I rimedi avverso le pratiche commerciali scorrette nella lotta al greenwashing

Chiarito che il *greenwashing* costituisce una fattispecie di pubblicità ingannevole, *rectius* una pratica commerciale scorretta, è opportuno soffermarsi sulle reazioni del nostro ordinamento a fronte di tale illecito. Ebbene, il diritto italiano – recependo i modelli di *common law* importati dall'Unione europea – prevede che la violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette venga assoggettata, in prima battuta, a specifiche misure di *public enforcement* e, in seconda battuta, a rimedi civilistici giudiziari, di *private enforcement*⁴⁸.

Per quanto riguarda la figura del consumatore⁴⁹, i rimedi privatistici dovranno individuarsi tenendo conto, da un lato, della matrice europea della disciplina e, dall'altro, delle recentissime riforme intervenute.

⁴⁶ G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 80.

⁴⁷ G. CAPALDO, *Tutela del cliente e gestione d'impresa nei contratti bancari*, in A.R. ADIUTORI (a cura di), *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori. Giornata di studio in ricordo di Salvatore Pescatore (Roma 15 maggio 2009)*, Padova, 2012, 371 ss.

⁴⁸ A. GENOVESE, *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette. Anche con riferimento ai settori regolati*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 766.

⁴⁹ In questo scritto si è focalizzata l'attenzione sulla sola figura del consumatore; tuttavia, le condotte di *greenwashing* – determinando al contempo un atto di concorrenza sleale – possono essere lesive anche degli imprenditori concorrenti del *greenwasher*. Su questi profili, per ragioni di brevità, sia consentito il rinvio a F. CESAREO, G. PIROTTA, *op. cit.*, *passim*. I rimedi di *private enforcement* a favore di questi soggetti sono

Nella primigenia versione della Dir. 2005/29/CE, sulle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», mancava una disposizione che elencasse i rimedi civilistici in reazione a tale illecito; coerentemente, l'art. 11, comma 1, della medesima direttiva richiedeva che i singoli stati membri assicurassero l'esistenza di «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali [...] nell'interesse dei consumatori». Infine, il comma 2 del medesimo articolo imponeva (e impone tuttora) l'obbligo per gli stati membri di approvare disposizioni atte a promuovere azioni giudiziarie contro tali illeciti.

Alla luce della normativa europea, il legislatore interno decise di non dettagliare le azioni del consumatore nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, senza che ciò comportasse inattuazione della direttiva comunitaria⁵⁰.

Dando un segnale di forte discontinuità rispetto al passato, il legislatore europeo ha recentemente approvato la Dir. 2019/2169/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 con cui ha introdotto nella Dir. 2005/29/CE il nuovo art. 11-*bis*, rubricato «Rimedi»⁵¹; tale previsione ha definitivamente colmato la suddetta lacuna stimolando, altresì, l'intervento del legislatore italiano.

A distanza di alcuni anni, è quindi entrata in vigore la disciplina di attuazione della nuova direttiva (il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26) che ha modificato il codice del consumo, introducendo il nuovo comma 15-*bis*

enucleati nel codice civile e, nello specifico, negli artt. 2599 e 2600 c.c. (rispettivamente, tutela inibitoria e risarcitoria avverso l'illecito concorrenziale).

⁵⁰ V.C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. ind.*, 2020, 346. Sulle possibili interpretazioni del diritto interno, C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *NGCC*, 2019, 1 ss.; A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr.*, 2018, 689 ss.; F. GIRINELLI, *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta*, in *Jus Civile*, 2016, 449 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 gennaio 2021, n. 261; Cass., Ss.Uu., 15 gennaio 2009, n. 794.

⁵¹ Sulla direttiva, si v. L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 646 ss.; C. DALIA, *op. cit.*, 331 ss.

all'art. 27⁵². Tale disposizione sancisce il potere dei consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette di

ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori.

Per completezza, si evidenzia altresì che una parte della dottrina – valorizzando il fattore della difformità tra le caratteristiche pubblicizzate e quelle del bene venduto – ha sottolineato come una pratica commerciale scorretta possa altresì legittimare l'applicazione della normativa consumeristica in materia di conformità dei beni al contratto di vendita *ex artt.* 128 e ss. c.cons.⁵³. Se tale lettura fosse corretta, i rimedi attribuiti al consumatore sarebbero ulteriormente accresciuti, andando altresì a ricomprendere la riparazione o la sostituzione del bene difforme.

L'estrema complessità della questione, unitamente a ragioni di brevità, suggeriscono di non dilungarsi sul rapporto tra i suddetti rimedi⁵⁴, rimandando la trattazione della questione – per quanto d'interesse – all'analisi dei rimedi collettivi, che verrà di seguito sviluppata.

⁵² Sulla riforma, G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *NLCC*, 2023, 445 ss.

⁵³ Tale tesi si fonda sull'assunto secondo il quale il venditore sarebbe «contrattualmente vincolato alle dichiarazioni pronunciate prima della conclusione del contratto, nella misura in cui queste giochino un ruolo fondamentale nella scelta del consumatore», così G. MARCATAJO, *Trasparenza del mercato, tutela del consumatore, e green washing*, in *Jus*, 2022, 184 ss.; cfr. M. TOMMASINI, *Green claim e sostenibilità ambientale. Le tutele e i rimedi apprestati dall'ordinamento contro le pratiche di greenwashing*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 876 ss.

⁵⁴ Alle forme di tutela sopra indicate, deve aggiungersi la tutela inibitoria individuale per cui si è ormai addivenuti a un riconoscimento atipico generalizzato; sul tema, A. MOTTO, *Note per l'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 911 e 929.

5. *I rimedi collettivi: la class action ex art. 840-bis e ss. c.p.c. e l'azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.*

Premesso che, quantomeno astrattamente, i singoli consumatori sono dotati di un ampio ventaglio di rimedi privatistici avverso le pratiche commerciali scorrette, in questo paragrafo si valuterà se – e in che misura – tali strumenti siano esperibili in forma collettiva e se l'aggregazione delle situazioni giuridiche tutelabili sia conveniente nel reprimere il *greenwashing*.

Il primo rimedio da considerare è la *class action* di cui all'art. 840-bis e ss. c.p.c.; tale strumento – alla luce della propria regolamentazione – consente, a ciascun individuo danneggiato (il c.d. *lead plaintiff*) e alle «organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano» la tutela dei diritti concretamente lesi, di agire collettivamente «nei confronti delle imprese ovvero di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità» per il ristoro dei danni da questi provocati nello svolgimento delle loro attività.

Partendo dalle tematiche di legittimazione – e, nello specifico, dalla legittimazione passiva –, non sussistono particolari criticità poiché, costituendo il *greenwashing* una fattispecie di pubblicità ingannevole, la condotta è certamente ascrivibile all'attività imprenditoriale di promozione di prodotti o servizi⁵⁵.

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione attiva degli enti esponenziali, occorre chiarire che tali soggetti potranno promuovere una *class action* solo a seguito dell'iscrizione presso il pubblico elenco del Ministero della Giustizia di cui all'art. 840-bis, comma 2, c.p.c.⁵⁶. Peraltro, per accertare l'effettiva ricorribilità degli enti esponenziali alla *class action*, occorrerà chiarire la portata del nuovo art. 140-ter, comma 2, c.cons., ove è previsto che gli enti legittimati a proporre le nuove azioni rappresentative (ossia le organizzazioni a tutela dei consumatori) non possono «agire con l'azione di classe prevista» dal codice di rito

⁵⁵ V.R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action*, Ospaletto, 2019, 6 ss.

⁵⁶ Sull'argomento, D. DALFINO, *Forme di tutela e oggetto del processo*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione inibitoria collettiva*, Milano, 2021, 20 ss.

quando gli illeciti dedotti rientrano nella fattispecie dell'allegato II-*septies* c.cons. La questione verrà quindi chiarita nel prosieguo, quando verrà vagliata la fruibilità delle azioni rappresentative per reagire alle pratiche commerciali scorrette.

Il principale limite alla fruibilità della *class action* (anche per reprimere una condotta commerciale scorretta) deriva, però, dalle situazioni sostanziali ivi deducibili, i c.d. *diritti individuali omogenei*; tale concetto, di natura prettamente processuale, impone al giudice – vagliando l'ammissibilità dell'azione – di verificare l'omogeneità dei danni-conseguenza risarcibili a ciascun danneggiato⁵⁷, accertando altresì che la determinazione del *quantum* ristorabile prescinda da valutazioni eccessivamente personalizzate e dalla necessità di assumere prove costituenti diversificate per ciascun *class member*⁵⁸.

Venendo al *greenwashing*, considerato che i consumatori sono caratterizzati da un'identica soggettività giuridica⁵⁹, dal perseguimento di scopi tendenzialmente uniformi⁶⁰ e dall'operatività sul mercato in modo simile⁶¹, dovrebbe concludersi che essi si trovino in posizioni tenden-

⁵⁷ Sulla tematica, anche per ulteriori rinvii dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito il richiamo a F. CESAREO, G. PIROTTA, *op. cit.*, 227 ss.

⁵⁸ Così, R. DONZELLI, *op. cit.*, 22 ss.; l'impossibilità di assumere prove diverse da quelle documentali nella fase di adesione dei singoli danneggiati è espressamente sancita nell'art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.

⁵⁹ Malgrado taluno prediliga una nozione allargata di consumatore (E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, I, Torino, 2005, 33 ss.), la disciplina del codice del consumo e, nello specifico, la definizione di cui all'art. 3, come quella dell'art. 18, prevedono che il consumatore possa unicamente essere una persona fisica. Cfr. G. CHINÉ, *Sub. Art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2019, 20 ss.

⁶⁰ L'attività del consumatore – connotata dalla non professionalità – ha come scopo il soddisfacimento di un bisogno della sfera privata, personale o familiare. In giurisprudenza, Trib. Firenze, 1° ottobre 2014 e Trib. Trento, 3 settembre 2014, in *Banche dati Wolters Kluwer*; in dottrina, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 17 ss.

⁶¹ Quando opera, il consumatore si trova a concludere contratti in presenza di forti asimmetrie informative che rischiano di distorcere l'ordinato ed efficiente svolgimento delle dinamiche di mercato; v. S. STEFANELLI, *Il codice del consumo*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 185 ss.

zionalmente assimilabili e che possano intentare una *class action* non solo per la singola condotta ingannevole (che è evidentemente plurioffensiva), ma anche per gli illeciti abituali avvenuti, per esempio, con diversi strumenti di comunicazione⁶².

Per quanto attiene, invece, alla proficuità del rimedio, deve ritenersi che la *class action* – con l’istruttoria differenziata *ex art. 840-quinquies* c.p.c., favorevole al danneggiato⁶³ – possa agevolare il consumatore leso dal *greenwashing*, alleggerendo la sperequazione economica e informativa esistente tra le parti; malgrado ciò, la necessità di preservare la serialità delle pretese (la c.d. *commonality*)⁶⁴ rischia di rendere il rimedio inutilizzabile quando vengano richiesti pregnanti accertamenti personalizzati sui danni patiti da ciascun *class member*.

Accantonata l’azione di classe, occorre ora soffermarsi sulla seconda procedura citata, ossia sull’inibitoria collettiva di cui all’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. Tale azione – in virtù della disciplina positiva – consente «a chiunque abbia interesse», alle «organizzazioni» e alle «associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutarî comprendano la tutela degli interessi [concretamente] pregiudicati», di richiedere la «pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti» al fine di «ottenere l’or-

⁶² Cfr. Trib. Venezia, ord. 25 maggio 2017, in *Corr. giur.*, 2018, 216 ss. che ha pronunciato sul celeberrimo caso *Dieselgate*.

⁶³ Il *favor* a beneficio del danneggiato è riscontrabile nell’art. 840-*quinquies*, comma 3, c.p.c. nella parte in cui specifica che, in caso di nomina di un consulente tecnico d’ufficio, «l’obbligo di anticipare le spese e l’acconto sul compenso» è posto, di regola, «a carico del resistente» (sull’argomento A.D. DE SANTIS, *La trattazione, l’istruzione e la decisione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione inibitoria collettiva*, Milano, 2021, 158) e nell’art. 840-*quinquies*, commi da 5 a 13, c.p.c. che, disciplinando l’ordine di esibizione, prevedono ampie deroghe alla disciplina generale riguardanti: il criterio meno rigido di ammissibilità del mezzo, l’oggetto più ampio della richiesta istruttoria e, infine, le sanzioni più gravose per l’inottemperanza all’ordine del giudice (sul tema, A. MENGALI, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 2311 ss.).

⁶⁴ Sul concetto di *commonality* nel diritto statunitense, v. G. GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l’azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in *Judicium*, 16 settembre 2020; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell’azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, *passim*.

dine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva».

Dato che anche questa azione «può essere esperita nei confronti di imprese o di enti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità» per condotte relative allo «svolgimento delle loro rispettive attività»⁶⁵, non dovrebbero sussistere problemi di legittimazione passiva nell'utilizzo dell'azione avverso le pratiche commerciali scorrette e, quindi, il *greenwashing*.

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione attiva, anche in questo caso il legislatore ha riconosciuto la fruibilità dell'azione non solo agli enti esponenziali, ma anche a qualsiasi soggetto interessato a ottenere la cessazione della condotta illegittima⁶⁶. Per quanto attiene, quindi, alla prima categoria di legittimati, si rileva che – se anche in questo caso le associazioni dei consumatori dovranno ottenere l'iscrizione nel registro del Ministero della Giustizia, prima di intentare l'inibitoria – la proponibilità dell'azione non è certamente impedita dall'art. 140-ter, comma 2, c.cons. (in materia di azioni rappresentative), che influisce unicamente sull'esperibilità della *class action*. Per quanto concerne, invece, la seconda categoria di legittimati (quella dei c.d. *soggetti interessati*), è indubbio che ciascun consumatore potenzialmente pregiudicabile dalla pratica commerciale scorretta sia interessato alla cessazione della condotta illecita e a tutte le misure a essa conseguenti⁶⁷.

In merito alle situazioni soggettive tutelabili, l'inibitoria collettiva viene concessa per neutralizzare e impedire la reiterazione di una condotta illecita, potenzialmente lesiva di interessi collettivi (e non di “di-

⁶⁵ V.A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2298.

⁶⁶ Su questa specifica legittimazione attiva, A. BELLELLI, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, in *NGCC*, 2021, 1431 ss.

⁶⁷ La valida proponibilità dell'azione collettiva andrà valutata, nel caso concreto, tenendo anche conto dell'interesse ad agire in capo al consumatore. Ragioni di brevità non consentono in questa sede di soffermarsi sulla questione della legittimazione ad agire con l'azione inibitoria (anche collettiva) e sul suo intersecarsi con il diverso concetto di interesse ad agire; sul tema, sia quindi consentito rinviare – *ex plurimis* – a I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2330 ss.

ritti individuali omogenei”); in tal senso, quindi, il rimedio acquisisce natura preventiva poiché, inibendo una condotta illecita già realizzatasi, impedisce il verificarsi del danno o il suo aggravamento⁶⁸.

Accanto al capo inibitorio in senso stretto, il legislatore ha però previsto che il giudice investito dell’azione di cui all’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. può anche disporre tutte le «misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate».

Sull’ampiezza delle misure ripristinatorie la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate, giungendo spesso a opinioni non condivisibili; considerata – però – l’autonoma dignità dei rimedi risarcitori e restitutori⁶⁹, deve concludersi che la tutela ripristinatoria non possa condurre all’accertamento di diritti individuali in capo ai soggetti lesi, ma che – tuttalpiù – imponga degli «obblighi sostanziali tesi alla rimozione degli effetti prodotti dall’illecito, obblighi che vengono ricostruiti nella loro dimensione globale, aggregata e dunque generica»⁷⁰.

Tornando, dunque, alle pratiche commerciali scorrette, considerata l’idoneità dell’illecito a protrarsi e ripetersi nel tempo (per esempio sotto forma di campagne pubblicitarie durature o atte a riproposizione), l’esperibilità dell’inibitoria collettiva – accompagnata eventualmente da misure ripristinatorie⁷¹ – dovrebbe pacificamente ammettersi per reagire alle condotte illecite di “lavaggio verde”.

Nel complesso, il rimedio appare proficuo poiché, beneficiando del procedimento della *class action* (a cui l’art. 840-*sexiesdecies* fa espres-

⁶⁸ Sul punto, si vedano le attente osservazioni di A.D. DE SANTIS, *L’inibitoria collettiva: profili processuali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e inibitoria collettiva*, Milano, 2021, 278 ss.

⁶⁹ Cfr. D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action*, Ospedaletto, 2019, 240.

⁷⁰ Così, A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 256. Sul tema, nella vigenza dell’abrogata disciplina dell’inibitoria consumeristica ex art. 140 c.cons., cfr. A.D. DE SANTIS, *Questioni in tema di inibitoria collettiva, misure «ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori*, in *Giur.it.*, 2008, 2800 ss.

⁷¹ Si pensi al caso in cui il giudice, accanto all’inibizione dal commercializzare nuovi prodotti dotati di *green claims* ingannevoli, ordini al *greenwasher* di recuperare/riacquistare quelli già distribuiti tra i rivenditori.

so rinvio), attribuisce al proponente – sia esso l’ente esponenziale o il singolo interessato – l’istruttoria differenziata di cui si è accennato, che riduce il divario economico e informativo esistente tra le parti⁷². Desta, invece, qualche perplessità la scelta di imporre la separazione tra inibitoria collettiva e *class action* in caso di loro proposizione contestuale (art. 840-*sexiesdecies*, comma 9, c.p.c.)⁷³: considerati tutti i benefici legati al *simultaneus processus*, in ipotesi di palese mendacità o genericità del *claim*, il rapporto costi-benefici delle azioni collettive potrebbe far dubitare della loro preferibilità rispetto alle rispettive azioni individuali che sono ordinariamente cumulabili.

6. *Segue: le azioni rappresentative*

Proseguendo nell’analisi dei rimedi collettivi, non è possibile ignorare la recentissima entrata in vigore del d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, che – attuando la Dir. 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020⁷⁴ – ha introdotto nel Codice del consumo le *c.d. azioni rappresentative* (art. 140-*ter* e ss. c.cons.). Tali strumenti costituiscono un rimedio a

tutela degli interessi collettivi dei consumatori promoss[o], nelle [specifiche] materie di cui all’allegato II-*septies* [del codice del consumo], da un ente legittimato in quanto parte ricorrente per conto dei consumatori e finalizzata a ottenere un provvedimento inibitorio o un provvedimento compensativo

⁷² Nel senso della piena compatibilità tra la disciplina dell’istruttoria dell’azione di classe e l’inibitoria collettiva, si veda A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *op. cit.*, 245. Si vedano le osservazioni critiche di I. PAGNI, *op. cit.*, 2330 ss.

⁷³ In senso critico, A.D. DE SANTIS, *L’inibitoria collettiva: profili processuali*, cit., 282.

⁷⁴ Per l’analisi alla direttiva, R. CAPONI, *Ultime dell’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate)*, in *Foro it.*, 2019, V, 332 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Azioni “rappresentative” e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *NLCC*, 2022, 1010 ss.; M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 252.

a detrimento del professionista che ha commesso l'illecito consumistico (art. 140-ter c.cons.).

Prima di soffermarsi sulla nuova normativa, occorre, però, accertare che le pratiche commerciali scorrette rientrino nelle materie elencate dall'allegato II-*septies* al c.cons; se così non fosse, il nuovo rimedio collettivo non sarebbe infatti esperibile da parte degli enti legittimati. Ebbene, guardando al testo dell'allegato (e, nel dettaglio, al n. 14), deve ritenersi che l'espresso richiamo al d.lgs. n. 146/2007 legittimi indiscutibilmente la proposizione dell'azione rappresentativa per reprimere siffatto illecito⁷⁵.

In punto di legittimazione, assodato che i soggetti passivi sono i "professionisti" (ossia qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce per i fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale), nel novero dei legittimati attivi non troviamo i singoli consumatori pregiudicati, bensì le sole associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco istituito presso il Ministero dello sviluppo economico *ex art.* 137 c.cons.

Tale constatazione consente, da un lato, di confermare l'utilizzabilità del rimedio in caso di *greenwashing* e, dall'altro, come anticipato, di escludere la fruibilità della *class action* *ex art.* 840-bis e ss. c.p.c. da parte degli enti esponenziali a tutela dei consumatori.

Tra le novità di maggiore impatto introdotte dal d.lgs. n. 28/2023 troviamo sicuramente le forme di tutela richiedibili con le azioni rappresentative; se, infatti, la possibilità di ottenere provvedimenti inibitori non attribuisce maggiori utilità dell'inibitoria *ex art.* 840-*sexiesdecies* c.p.c., il provvedimento compensativo potrebbe soddisfare bisogni di tutela ben più ampi della *class action* codicistica⁷⁶.

⁷⁵ Nel senso della fruibilità del rimedio avverso le pratiche commerciali scorrette, G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" *privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette*, cit., 475 ss. e, nello specifico, per il *greenwashing*, G. MARCATAJO, *op. cit.*, 227 ss. Per una catalogazione delle materie individuate, v. M. BONA, *op. cit.*, 255 ss.

⁷⁶ Sull'estrema rilevanza della novità, v. G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, cit., 1032 ss., il quale rileva che per la prima volta viene sancita l'aggregabilità non solo dei diritti di credito, ma anche di diritti potestativi.

Per rendersene conto sarà sufficiente guardare all'art. 140-ter c.cons. ove prevede che il provvedimento compensativo costituisce la misura volta a «rimediare al pregiudizio subito dal consumatore, anche attraverso il pagamento di una somma di denaro, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo» ai sensi delle discipline sostanziali violate.

Tornando, quindi, ai rimedi individuali concessi in caso di *greenwashing*, dovrebbe ritenersi che – sul piano astratto – le associazioni dei consumatori, con le azioni rappresentative, possano richiedere non solo il risarcimento dei danni collettivo, ma anche – in presenza dei presupposti sostanziali – la risoluzione collettiva del contratto e la riduzione collettiva del prezzo⁷⁷. Inoltre, se la giurisprudenza confermerà l'applicazione della disciplina sulla difformità dei beni compravenduti ex artt. 128 e ss. c.cons. alle condotte commerciali scorrette, sarà possibile in tal sede – sempre in presenza dei presupposti sostanziali – chiedere la riparazione o la sostituzione collettiva del bene difforme⁷⁸.

Al di là dei presupposti sostanziali, il legislatore ha chiarito che – al pari della *class action* – anche l'azione rappresentativa compensativa sarà ammissibile solo in presenza di “diritti individuali omogenei” ex

⁷⁷ L'azionabilità collettiva dei diritti potestativi di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo incontreranno i medesimi limiti dell'azionabilità del rimedio in forma individuale; così, se il risarcimento del danno potrà essere fatto valere nei confronti di chiunque abbia commesso un illecito consumeristico tutelato con l'azione rappresentativa, la risoluzione e la riduzione del prezzo potranno essere esercitati solo nei confronti della controparte contrattuale. Ciò è evidente nei casi di *greenwashing*, ove l'azione risarcitoria potrà essere esercitata verso chiunque abbia diffuso il *claim* ingannevole, mentre la risoluzione e la riduzione del prezzo potranno essere utilizzati solo se la condotta ingannevole è imputabile direttamente dall'altro contraente. Cfr. G. DE CRISTOFARO, “Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette, cit., 490 ss.

⁷⁸ Anche in questo caso, la tutela collettiva sconterebbe i medesimi limiti sostanziali della tutela individuale; conseguentemente, se la riparazione e la sostituzione dovessero ritenersi astrattamente applicabili, il rimedio potrebbe essere concesso solo in presenza di un contratto di vendita di beni (come definiti dall'art. 128 c.cons.). Inoltre, i suddetti rimedi ripristinatori potranno essere riconosciuti solo ove la riparazione o la sostituzione del bene siano possibili e non impongano al venditore costi sproporzionati (art. 135-bis c.cons.).

art. 140-*septies*, comma 8, lett. c), c.cons.; ciò comporterà, inevitabilmente, l'assimilabilità tendenziale delle situazioni soggettive ivi tutelabili dagli enti legittimati⁷⁹.

A pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina di cui all'art. 27, comma 15-*bis*, c.cons., in presenza di un dettato normativo evidentemente lacunoso, è difficile trarre conclusioni certe sulla rinnovata ampiezza della tutela collettiva "compensatoria"; tuttavia, pare indiscutibile che la nuova tutela risolutoria, esercitata in forma collettiva, determini un importante passo avanti nell'esercizio aggregato delle pretese dei consumatori, anche in caso di *greenwashing*.

Chiariti questi profili meritevoli, deve però rilevarsi che l'*iter* procedimentale prescelto dal legislatore è certamente discutibile; nello specifico, la scelta di prevedere una disciplina unitaria per la prima fase del procedimento, comune a entrambe le forme di tutela (inibitoria e compensativa), presta il fianco a fondate critiche.

L'art. 140-*septies* c.cons. – rubricato «Azioni rappresentative» – disciplina, infatti, l'introduzione e la prima fase del rito applicabile, delineando dettagliatamente la presenza di un previo filtro di ammissibilità della procedura; ebbene, se questo preventivo vaglio assimila l'azione rappresentativa compensatoria alla *class action* codicistica, l'incombenza appesantisce immotivatamente le azioni rappresentative "inibitorie", introducendo una notevole discrepanza con l'azione inibitoria codicistica.

Nel complesso, la previsione di questo onere⁸⁰, l'introduzione di una specifica condizione di proponibilità dell'azione⁸¹ nonché la delinea-

⁷⁹ Al di là dell'oggetto della domanda, l'assimilabilità delle situazioni giuridiche soggettive dovrebbe presupporre l'omogeneità dei fatti posti a fondamento della domanda e della connotazione giuridica a essi attribuita. Inoltre, anche in questa sede, occorrerà che il giudice – in sede di ammissibilità dell'azione – accerti che la fase di adesione all'azione rappresentativa prescinda da valutazioni eccessivamente personalizzate e dalla necessità di assumere prove costituendo diversificate per ciascun consumatore.

⁸⁰ L'introduzione del vaglio di ammissibilità è certamente contraria alla finalità e alle caratteristiche della tutela inibitoria che – per sua natura – dovrebbe essere disposta celermente, prima che l'illecito determini il verificarsi di (ulteriori) danni.

⁸¹ L'art. 140-*octies* c.cons. prevede che l'azione rappresentativa inibitoria possa «essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui gli enti

zione di una disciplina istruttoria⁸² e sulle *astreintes*⁸³ meno favorevoli dell'inibitoria *ex art. 840-sexiesdecies* c.p.c., rischiano di depotenziare l'azione *de qua* a beneficio del rimedio codicistico.

Le criticità appaiono, invece, meno evidenti per l'azione compensativa poiché, oltre a non concorrere con l'azione codicistica, è caratterizzata da un *iter* processuale largamente sovrapponibile a quello della *class action*.

Tra le principali novità in materia di azioni rappresentative si trova, poi, la disciplina del *third party funding*, ossia dell'accordo con cui un soggetto – terzo alla controversia – si impegna a sostenere i costi della lite per una delle parti, a fronte di una frazione del credito eventualmente liquidato all'esito del giudizio⁸⁴. Il d.lgs. n. 28/2023 ha previsto norme di dettaglio volte a evitare conflitti di interessi, anche potenziali, tra il finanziatore dell'azione e i consumatori che ne beneficiano. Nello specifico, accanto a disposizioni di rilevanza amministrativa⁸⁵, il legi-

legittimati abbiano richiesto al professionista, a mezzo lettera raccomanda con avviso di ricevimento ovvero a mezzo posta elettronica certificata [...] la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori».

⁸² L'art. 140-*octies*, richiamando ai soli commi da 4 a 14 dell'art. 840-*quinquies* c.p.c., esclude che – nell'azione rappresentativa inibitoria – possa trovare applicazione il comma 3 di tale disposizione che prevede, di regola, l'anticipazione dei costi della CTU in capo al resistente.

⁸³ L'art. 140-*terdecies* c.cons. – che disciplina le *astreintes* nell'azione rappresentativa inibitoria – prevede dei limiti quantitativi per le misure di coercizione indiretta (da 1000 a 5000 euro per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo) nonché la destinazione di tali somme ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato; diversamente, l'art. 840-*sexiesdecies*, comma 6, c.p.c., richiamando all'art. 614-*bis* c.p.c., disciplina delle misure coercitive prive dei suddetti limiti quantitativi e attribuite alla controparte processuale.

⁸⁴ Su questo contratto, si veda E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 273 ss.

⁸⁵ L'art. 140-*quinquies* c.cons. precisa che, affinché l'associazione dei consumatori venga iscritta nell'elenco degli enti legittimati a proporre le azioni rappresentative, occorre, in primo luogo, prevedere «nello statuto regole [...] idonee ad assicurare l'indipendenza dell'associazione [...] nonché misure idonee a prevenire e risolvere conflitti

slatore ha opportunamente sancito che: (i) nel ricorso introduttivo dell'azione rappresentativa, «l'ente legittimato indichi [...] i finanziamenti dell'azione promossa, ricevuti o promessi da parte di terzi» (art. 140-*septies*, comma 5, c.cons); (ii) la domanda debba essere dichiarata inammissibile

quando l'azione è promossa in conflitto di interessi, in particolare se risulta che il soggetto che ha finanziato l'azione è concorrente del convenuto o dipende da quest'ultimo. In questo caso il giudice solleva anche di ufficio la questione ed assegna all'ente ricorrente un termine entro cui rifiutare o modificare il finanziamento.

In definitiva, l'opzione abbracciata dal legislatore in materia di *litigation funding* – prendendo atto di una realtà già diffusa nell'ordinamento giuridico italiano – deve condividersi poiché, disciplinando per la prima volta regole processuali in materia, ha reso “socialmente” tipico il contratto di finanziamento delle liti⁸⁶, senza dimenticare la primigenia funzione dell'azione rappresentativa che è la tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

Accanto a tale innovazione, il legislatore nazionale ha altresì positivamente la c.d. *azione rappresentativa transfrontaliera*; con tale strumento, gli enti rappresentativi italiani possono promuovere un'azione rappresentativa in un diverso stato membro e gli enti legittimati in altri stati europei potranno intentare l'azione collettiva davanti al giudice italiano⁸⁷.

di interesse» e, in secondo luogo, «rendere pubblico sul proprio sito internet [...] informazioni sulle proprie fonti di finanziamento».

⁸⁶ Così, M. DE PAMPILIS, «*Litigation funding*: i modelli di finanziamento del contenzioso tra luci e ombre», in *NGCC*, 2023, 451 ss.

⁸⁷ Nel primo caso, per potervi procedere, occorrerà che gli enti legittimati italiani – rispettosi di tutti i criteri dettati dall'art. 140-*quinquies* c.cons. – ottengano la previa iscrizione nella sezione speciale dell'elenco di cui all'art. 137 c.cons. e che esso venga comunicato alla Commissione europea che lo recepirà nell'elenco di cui all'art. 5, par. 1, comma 2, della Dir. 2020/1828/UE (ossia l'elenco degli enti legittimati a livello europeo); nel secondo caso, invece, gli enti legittimati di altri stati membri potranno agire, anche congiuntamente, davanti al giudice italiano a condizione che essi risultino iscritti nell'elenco europeo sopracitato. In altre parole, gli enti legittimati di stati membri terzi

L'introduzione di queste azioni *cross-border*, la cui disciplina meriterebbe di essere approfondita in uno specifico contributo, appare certamente utile a reprimere il fenomeno del *greenwashing* giacché – da un lato – impone agli stati membri di tutelare gli interessi collettivi non solo dei consumatori nazionali, ma di tutti i consumatori europei e – dall'altro – consente agli enti legittimati di diversi stati membri di coalizzarsi e promuovere, davanti a uno degli stati europei, un'unica azione rappresentativa a tutela dei consumatori⁸⁸.

7. Conclusioni

A seguito di questo breve *excursus*, deve concludersi che le scelte normative in materia di procedimenti collettivi sono in buona parte perfettibili, potendo persino minare all'effettiva tutela dei consumatori.

Se, infatti, a fronte della recente entrata in vigore delle azioni collettive codicistiche, si sarebbe auspicata l'attuazione della Dir. 2020/1828/UE mediante l'innesto di regole di dettaglio sugli *iter* collettivi già delineati, il legislatore ha invece optato per introdurre l'ennesimo rito *ad hoc*, dotato di regole tutte proprie e frutto di un *patchwork* normativo indigesto⁸⁹.

Peraltro, il moltiplicarsi dei rimedi collettivi – benché possa incrementare l'efficacia deterrente della disciplina sostanziale – risulta comunque meno efficiente di un effettivo rafforzamento delle singole reazioni ordinamentali già dettate; nello specifico, si fa riferimento – *in*

potranno promuovere un'azione rappresentativa in Italia a condizione che rispettino i requisiti determinati dagli stati membri di appartenenza e che – per tale ragione – vengano indicati alla Commissione europea come enti legittimati a promuovere azioni rappresentative transfrontaliere.

⁸⁸ Ragioni di opportunità avrebbero suggerito di affiancare a tale novità una modesta riforma del diritto internazionale privato e processuale; la novella, valorizzando le peculiarità della lite collettiva *cross-border*, avrebbe potuto risolvere tematiche legate alla giurisdizione e agli effetti del provvedimento collettivo all'interno degli stati membri; ma ciò non è avvenuto. Sulle carenze della disciplina europea di diritto internazionale privato e processuale, M. BONA, *op. cit.*, 255 ss.

⁸⁹ Per l'ammissibilità astratta di entrambe le ipotesi, G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, cit., 1022 ss.

primis – all’abbandono dei meccanismi di *opt in* a favore dell’*opt out* nelle azioni risarcitorie⁹⁰ e – inoltre – al superamento della legittimazione attiva agli enti esponenziali mediante un previo provvedimento di natura amministrativa⁹¹.

In definitiva, pare che la lotta al *greenwashing* – quale fenomeno ostativo al realizzarsi della transizione ecologica – necessiti di rimedi privatistici più pregnanti di quelli attualmente delineati nell’ordinamento italiano; in attesa dell’attuazione della direttiva “anti-*greenwashing*”, deve quindi auspicarsi che l’approvazione di tale disciplina costituisca l’occasione per una revisione dei rimedi avverso le pratiche commerciali scorrette, mediante una migliore descrizione delle tutele sostanziali concesse dall’art. 27, comma 15-*bis*, c.cons. e – *si licet* – l’introduzione di rimedi sanzionatori di natura privatistica (i c.d. *punitive damages*)⁹².

⁹⁰ G. GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l’azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in *Judicium*, 16 settembre 2020, par. 10; sulla maggiore efficacia deterrente dei sistemi con meccanismi di *opt-out*, V. VARANO, *Osservazioni conclusive*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 341 ss.; C. CONSOLO, *L’azione di classe di terza generazione*, *ivi*, 28. Sulla compatibilità dei rimedi di *opt out* con l’ordinamenti italiano, si veda Trib. Milano, sez. imprese., 25 ottobre 2018, n. 10773, in *Danno e Resp.*, 2019, 699 ss.

⁹¹ Tale innovazione parrebbe opportuna per tutte le azioni collettive non transfrontaliere. Cfr. R. DONZELLI, *op. cit.*, 40 ss. Sul tema, v. anche A. CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 126 ss. Diversamente, ragioni di opportunità potrebbero suggerire il mantenimento di siffatto meccanismo per le azioni rappresentative transfrontaliere; in questo caso, infatti, potrebbero necessitarsi rassicurazioni sulla natura dei soggetti legittimati in altri stati membri.

⁹² Sia consentito il richiamo a F. CESAREO, G. PIROTTA, *op. cit.*, 234 ss.

LA COMUNITÀ-STAKEHOLDER

IDENTIKIT DI UNA PROTAGONISTA EMERGENTE NELLA TRANSIZIONE DELLA GRANDE IMPRESA VERSO LA SOSTENIBILITÀ

Clara De Chirico

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Domande e metodologia di ricerca*. 3. *I caratteri della comunità-stakeholder*. 3.1. *Elemento geografico*. 3.2. *Pluralità di membri*. 3.3. *Identità collettiva*. 4. *Caso-studio*. 5. *Conclusioni*.

1. Introduzione

Tradizionalmente, le scienze sociali individuano comunità, Stato e mercato come i pilastri su cui si fonda la società. Per secoli, la comunità ha però rappresentato l'unico pilastro esistente, giocando un ruolo centrale nella società. Per esempio, nel feudo medievale la comunità si organizzava in maniera gerarchica, producendo e consumando i beni necessari al suo sostentamento, richiedendo al contempo consenso politico e coordinamento tra i membri. La sua rilevanza è stata col tempo oscurata dalla nascita di Stato e mercato, avvenuta solo in epoca moderna con l'affermazione degli Stati nazionali e delle democrazie liberali¹. Tale rilevanza, però, non è andata perduta; e anzi andrebbe oggi rivalutata.

La comunità bilancia gli eccessi di Stato e mercato. Durante i periodi di transizione – e quindi di crisi – Stato e mercato tendono a prendere il sopravvento, rischiando di generare fenomeni di autoritarismo o eccessi di liberismo. La problematicità di questi fenomeni sta, in un caso,

¹ R. RAJAN, *The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind*, New York, 2019.

nella soppressione della concorrenza e libertà economica e, nell'altro, nella condanna dei cittadini a subire gli effetti della instabilità del mercato². Nella genesi dell'art. 43 della Costituzione, per esempio, il riferimento alla comunità ha rappresentato uno strumento di mitigazione delle derive del liberismo economico, essendo in parte introdotto come limitazione all'interesse egoistico dell'imprenditore a danno della collettività³.

La comunità assume un'importanza incrementale anche nella transizione verso la sostenibilità. Lo sviluppo sostenibile, ossia la ricerca di soluzioni di compromesso dell'uso delle risorse disponibili, capace di soddisfare i bisogni delle generazioni presenti e future⁴, è promosso nelle comunità in cui si realizzino fenomeni di partecipazione e responsabilità collettiva⁵. La comunità offre anche una risposta ai fenomeni di frammentazione sociale e despazializzazione, tipici delle società contemporanee, valorizzando il legame con il territorio e la partecipazione diretta dei membri alla gestione di beni comuni⁶.

Il connubio comunità-sostenibilità appare confermato anche con riferimento alle istanze di sostenibilità sollevate nel diritto. Queste hanno trovato risposta in forme di partecipazione comunitaria alla produzione e consumo di risorse energetiche (come nel caso delle Comunità Energetiche Rinnovabili – CER) o di imprenditoria comunitaria (come nel caso delle Cooperative di Comunità – CC). Nelle CER la comunità locale si fa impresa, costituendo un autonomo soggetto di diritto privato, che (detiene e) gestisce di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e consuma l'energia prodotta⁷. La normativa mira a inco-

² R. RAJAN, *op. cit.*, 127.

³ A. MOLITERNI, S. PELLIZZARI, *La costituzione "dimenticata". La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori e utenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2021, 8.

⁴ G.H. BRUNDTLAND, WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, Oxford, 1987.

⁵ F. BERTI, *Per una sociologia della comunità*, Milano, 2005, 176; sui tratti negativi della comunità v. per es. P. GILROY, *There Ain't No Black in the Union Jack: The Cultural Politics of Race and Nation*, Londra, 2013.

⁶ F. BERTI, *op. cit.*, 163.

⁷ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

raggiare il coinvolgimento dei cittadini nella transizione energetica e perciò detta una notevole estensione del bacino di utenza alla CER, aperta a tutti i soggetti che vivono in prossimità dell'impianto di produzione⁸. Gli incentivi alla partecipazione di famiglie a basso reddito o vulnerabili⁹, permettono alle CER anche di coniugare sostenibilità ambientale e sociale. Le CC sono società cooperative di carattere locale¹⁰, in cui gli abitanti, agendo collettivamente, realizzano insieme i propri bisogni e aspirazioni individuali e avviano un processo di trasformazione culturale e politica che aiuti a superare la bipolarità tra Stato e mercato¹¹. Quella delle CC è, quindi, una qualifica attribuita a società cooperative che, operando nel territorio, perseguono l'interesse generale della comunità di riferimento¹². Pur perseguendo principalmente finalità sociali (per es. favoriscono un ampio coinvolgimento di lavoratori, utenti e soggetti interessati), l'ampia flessibilità dei settori di intervento permette alle CC di mirare anche a scopi ecologici¹³.

CER e CC mostrano che lo sviluppo sostenibile dipende dalla interrelazione tra impresa e comunità. Nelle CER la comunità non solo svolge attività d'impresa (attività stabile di produzione e scambio di energia elettrica) ma, a tal fine, richiede anche una collaborazione tra membri che possono essere – tra gli altri – persone fisiche, formazioni sociali (come parrocchie o associazioni studentesche), o società commerciali¹⁴. Similmente, nelle CC il soddisfacimento degli interessi dei

⁸ I membri devono essere connessi a una stessa catena di trasformazione di media-bassa tensione dell'energia elettrica (c.d. *cabina secondaria*).

⁹ d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 31 co. 1, lett. d).

¹⁰ Le CC sono disciplinate da normativa regionale.

¹¹ J. SFORZI, C. BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, in *Impresa Sociale*, 2019, 17.

¹² Proposta di legge C. 4588, presentata il 13 luglio 2017, intitolata "Disciplina delle cooperative di comunità", art. 1.

¹³ Es. Cooperativa Comunità Melpignano, nata per realizzare una rete diffusa di impianti fotovoltaici sulle abitazioni dei membri ed edifici pubblici, utilizzando risorse umane e professionali locali, riducendo l'impatto ambientale della produzione di energia elettrica e ottenendo un risparmio economico per i partecipanti.

¹⁴ È ammessa la partecipazione di PMI commerciali purché rispettino i requisiti di cui al d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, art. 42-bis, co. 3, lett. b).

membri è perseguito attraverso la costituzione di un'impresa *della e per* la comunità. Altri esempi includono le Società Benefit e gli Enti del Terzo Settore (ETS): le prime, perché perseguendo finalità di beneficio sociale oltre al profitto, devono definire quale comunità o gruppo sarà beneficiaria dell'attività di impresa; i secondi, perché mirano a coniugare il perseguimento di finalità solidaristiche con il possibile svolgimento di attività lucrative. Qui mi concentrerò esclusivamente su CER e CC, poiché esemplificano più chiaramente il collegamento tra comunità e impresa.

Il ruolo progressivamente assunto dalle comunità nel diritto positivo va di pari passo con l'attivismo che esse dimostrano nella pratica. Per esempio, nel 2001 la comunità di Cardiff costituiva l'organizzazione attivista Reservoir Action Group (RAG) per impedire lo sviluppo di un progetto industriale su alcune vicine riserve di acqua dolce e mantenerne l'accesso al pubblico. Il tentativo ha avuto successo, portando alla riapertura delle riserve a uso ricreativo della comunità¹⁵. Altro esempio è quello di alcune comunità di Porto Rico che, nel 2022, hanno agito in giudizio contro alcune multinazionali operanti nel settore dei combustibili fossili per il risarcimento dei danni provocati da fenomeni atmosferici estremi legati al cambiamento climatico, a cui tale industria ha contribuito in misura rilevante¹⁶.

Questi esempi mostrano il ruolo emergente della comunità come protagonista della transizione delle imprese verso la sostenibilità. In questo studio mi riferisco alle comunità-*stakeholder* come portatrici di interessi in relazione all'attività di impresa, che prescindono dalla sussistenza di rapporti contrattuali con essa e si giustificano con il rischio posto da tale attività per il loro benessere. Affinché la transizione sia efficace, però, va migliorato il grado di intelligibilità del concetto giuridico di comunità. La prossima sezione espone le lacune di ricerca e gli

¹⁵ 'A wonderful moment': Welsh reservoirs to reopen after 23-year battle, 20 luglio 2023, disponibile all'url <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/jul/20/a-wonderful-moment-welsh-reservoirs-to-reopen-after-23-year-battle>.

¹⁶ *She's on a Mission From God: Suing Big Oil for Climate Damages*, 19 luglio 2023, disponibile all'url <https://www.nytimes.com/2023/07/19/climate/climate-lawsuit-puerto-rico.html>.

strumenti metodologici impiegati per colmarle. La terza sezione si concentra sui tre caratteri principali della comunità-*stakeholder*, ossia, rispettivamente, l'elemento geografico, pluralistico e identitario. Individuata la definizione giuridica di comunità-*stakeholder* e le sue caratteristiche principali, la quarta sezione è dedicata alla verifica empirica dei risultati preliminari tramite l'analisi di un caso studio. Segue la conclusione.

2. Domande e metodologie di ricerca

Nel diritto italiano di “comunità” si parla con molte diverse accezioni e in vari ambiti di applicazione. Una è la comunità scolastica, che la legge distingue dalla comunità sociale e civica (con cui essa interagisce) e dalla comunità locale (beneficiaria della crescita culturale e civile derivante dall'operare della scuola nel territorio)¹⁷. Altri esempi sono le Comunità europee alla base dell'UE¹⁸, le comunità montane e isolate¹⁹, le comunità ebraiche²⁰, le comunità ecclesiali²¹, le comunità giovanili e terapeutiche destinatarie dei beni confiscati alla mafia²², le comunità energetiche di cittadini²³, le imprese sociali di comunità²⁴.

La frammentazione del concetto giuridico di comunità ostacola l'individuazione di un significato unitario per la comunità-*stakeholder*. Negli esempi menzionati, infatti, il concetto di comunità acquista un significato diverso e specifico in relazione all'ambito di applicazione in cui viene richiamato, impedendone l'estensione in altri ambiti. Inoltre, spesso il termine manca di definizione nella normativa di riferimento.

¹⁷ D.P.R. 31 maggio 1974, n. 416, artt. 1, 9.

¹⁸ Trattato sull'Unione europea, art. A.

¹⁹ d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 27 e 29.

²⁰ l. 8 marzo 1989, n. 101.

²¹ Per es., d.P.R. 21 luglio 1987, n. 350.

²² D.l. 6 settembre 2011, n. 159.

²³ D.l. 8 novembre 2021, n. 210, in attuazione della direttiva 2019/944/UE.

²⁴ D.d.I.S. 1650, presentato il 13 dicembre 2019, intitolato “Disposizioni in materia di imprese sociali di comunità”.

Questo, da una parte, impedisce di comprenderne appieno il significato e, dall'altra, mostra una scarsa attenzione del legislatore nella definizione di un concetto tanto ampio quanto essenziale per l'applicazione della disciplina. È di nuovo l'art. 43 Cost. a illustrarlo, avendo contribuito l'incertezza giuridica e semantica del termine comunità alla sua mancata attuazione²⁵. Offrire una definizione chiara e unitaria di comunità-*stakeholder* eviterebbe, quindi, che le norme che contribuiscono alla transizione verde delle imprese restino norme "fantasma". Inoltre, diversamente che in economia²⁶, in diritto non si sono avuti tentativi di ricognizione sistematica del concetto di comunità-*stakeholder*. Questo studio mira a colmare tale lacuna.

Qual è il significato giuridico di comunità-*stakeholder*? Quali sono le forme giuridiche in cui si manifesta e gli interessi di cui è portatrice? Nel ricercare una risposta a questi quesiti, adotterò come quadro teorico di riferimento la teoria dei beni comuni sviluppata dal Premio Nobel per l'economia Elinor Ostrom. Svolgendo una serie di analisi empiriche sulla gestione delle *Common Pool Resources* (qui chiamate *beni comuni*), Ostrom ha dimostrato che la gestione di tali beni da parte delle comunità può essere più efficace della gestione statale o privata. Per Ostrom i beni comuni consistono in un sistema di risorse naturali o artificiali che sia sufficientemente ampio da rendere costosa l'esclusione di alcuni potenziali beneficiari dall'ottenere i benefici derivanti dall'uso di tali risorse²⁷. I "beni" sono diversi dalle "cose" e designano una relazione funzionale tra queste e i loro beneficiari, in linea con l'enfasi che la teoria dei beni comuni pone sul loro valore d'uso e sulla loro interdipendenza con i beneficiari²⁸.

Gli studi di Ostrom pongono la comunità come alternativa a Stato e mercato nella gestione dei beni comuni e confutano la teoria della «tra-

²⁵ A. MOLITERNI, S. PELLIZZARI, *op. cit.*, 16.

²⁶ R.E. FREEMAN, L. DUNHAM, J. LIEDTKA, *Aumentare le applicazioni pratiche della teoria degli stakeholder, un'analisi specifica della comunità*, in R.E. FREEMAN, G. RUSCONI, M. DORIGATTI (a cura di), *Teoria degli stakeholder*, Milano, 2009.

²⁷ E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 2015, 30.

²⁸ F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto e Società*, 3, 2016, 381.

gedia dei *commons*» sviluppata da Garrett Hardin. Questi sosteneva che la gestione in comune di tali beni, per definizione scarsi, ne comporta l'esaurimento e pertanto andrebbero privatizzati²⁹. La lettura pessimistica della gestione comune dei beni è stata tradizionalmente adottata anche dal legislatore italiano, che l'ha ostacolata introducendo in vari ambiti norme di sfavore, come è accaduto per la liquidazione degli usi civici³⁰. Tuttavia, negli ultimi decenni, la letteratura giuridica si è arricchita di letture alternative, specie nel diritto costituzionale. Ugo Mattei e la Commissione Rodotà hanno contribuito a riaffermare la natura autonoma dei beni comuni rispetto al paradigma pubblico/privato e la loro funzione essenziale per la vita umana³¹.

In questa prospettiva, i beni comuni sono un'alternativa al potere delle grandi *corporations* e un potenziale strumento di contenimento dei rischi degli eccessi dell'individualismo capitalista. Essi offrono un'interessante cornice in cui inquadrare uno studio del rapporto tra comunità e impresa in transizione. In particolare, i beni comuni sono qui concepiti come il perno attorno al quale ruota il rapporto tra impresa e comunità e, quindi, anche gli interessi di cui la seconda è portatrice rispetto alla prima. Come si vedrà oltre, il collegamento comunità-beni comuni influenza la definizione e i caratteri della comunità-*stakeholder*. Poi, è proprio la presenza di beni comuni, che “stanno” tra comunità e impresa, a far sorgere l'interesse della comunità sulla loro gestione e tutela, rendendola appunto *stakeholder*. I beni comuni rappresentano quindi uno strumento imprescindibile per rispondere alle domande di ricerca.

La teoria dei beni comuni offre anche un'alternativa alla teoria degli *stakeholder*, base su cui i precedenti studi economici sulle comunità-*stakeholder* hanno trovato fondamento. Questa teoria afferma che gli amministratori dovrebbero riconoscere la legittimità degli interessi avanzati da soggetti esterni all'impresa e cercare di soddisfarli, in con-

²⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, 1243.

³⁰ l. 16 giugno 1927, n. 1766; r.d. 26 febbraio 1928, n. 332.

³¹ U. MATTEI, *Beni comuni: Un manifesto*, Bari-Roma, 2011; COMMISSIONE RODOTÀ - PER LA MODIFICA DELLE NORME DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI BENI PUBBLICI, *Proposta di articolato*, 2007.

siderazione del contributo che essi offrono al successo della società³². Questi studi hanno riconosciuto l'importanza di definire la comunità nel suo rapporto con l'impresa per realizzare una gestione societaria efficace. I principi della teoria degli *stakeholder*, però, non paiono pienamente condivisibili per la ricerca in corso. Essi adottano una prospettiva incentrata sull'impresa e mirano principalmente a offrire soluzioni che ne migliorino la performance. Invece, trascurano o minimizzano gli interessi degli *stakeholder*, considerandoli legittimi solo se capaci di influire negativamente su tale performance³³.

Nel ricercare il significato di comunità-*stakeholder*, integrerò l'interpretazione del diritto positivo con le scienze sociali. Partirò dalla sociologia (che ha individuato tre elementi base della comunità: geografico, pluralistico, identitario) e li analizzerò nella disciplina di CER e CC. Questo esercizio, seppure inusuale nel diritto commerciale, risponde alle istanze di una parte della dottrina che ha evidenziato la necessità di utilizzare la sociologia per colmarne le lacune³⁴. Mi distaccherò quindi dalla tradizionale lettura contrattualistica dell'impresa, che esclude la rilevanza di soggetti esterni all'impresa e non legati a essa da un contratto. All'analisi teorica del concetto di comunità-*stakeholder*, seguirà quella del caso-studio relativa alla cava di gesso di Monte Tondo (RA). Il caso-studio permetterà di verificare e validare le conclusioni raggiunte³⁵, realizzando un'analisi multi-metodo conforme ai principi teorici dei beni comuni³⁶. Si rinvia al prosieguo per i criteri di selezione del caso e lo svolgimento. Quanto ai limiti, la ricerca verte sul rapporto comunità-grande impresa, cioè impresa azionaria complessa e intorno a cui ruotano numerosi interessi diversi. Inoltre, si considerano soltanto i

³² T. DONALDSON, L.E. PRESTON, *La teoria degli stakeholder dell'impresa*, in R.E. FREEMAN, G. RUSCONI, M. DORIGATTI (a cura di), *Teoria degli stakeholder*, Milano, 2009.

³³ L. CALVANO, *Multinational Corporations and Local Communities: A Critical Analysis of Conflict*, in *Journal of Business Ethics*, 82, 2008, 796.

³⁴ U. TOMBARI, *Potere e interessi nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019.

³⁵ A. ARGYROU, *Making the Case for Case Studies in Empirical Legal Research*, in *Utrecht Law Review*, 13, 2017, 95.

³⁶ A.R. POTEETE, *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton, 2010.

beni comuni risorse naturali, tralasciando quelli di altra natura, pur riconoscendone lo stretto collegamento alle tematiche affrontate³⁷.

3. I caratteri della comunità-stakeholder

Come in diritto, anche in sociologia, storicamente occupatasi di comunità³⁸, questo concetto è frammentario e controverso³⁹. Ciò sembra confermare l'inesistenza di una definizione univoca di comunità, che invece varia a seconda del contesto di applicazione e dell'interprete. Al contempo, l'idea di una definizione "a taglia unica" colliderebbe con la natura relazionale del concetto di comunità, che dipende sia dai beni a cui è connessa, sia dai soggetti con cui si relaziona attraverso tali beni (l'impresa)⁴⁰. Ciononostante, uno studio esplorativo delle varie definizioni di comunità offerte in letteratura ha individuato tre elementi comuni a tutte: un elemento geografico, pluralistico e identitario⁴¹. Analizzati singolarmente e in relazione a CER e CC, essi permettono di definire la comunità-stakeholder. La scomposizione in elementi-chiave è necessaria a fini esplicativi, sebbene nella realtà essi si confondono e influenzano reciprocamente.

3.1. Elemento geografico

Innanzitutto, la comunità si caratterizza per l'area geografica di appartenenza dei suoi membri. L'elemento geografico accomuna tutte le

³⁷ Cfr. sul lavoro, U. MATTEI, *Lavoro e beni comuni, o il lavoro bene comune*, in *EuroNomade*, 8 maggio 2014, <http://www.euronomade.info/?p=2328>, ultimo accesso 27 luglio 2023; A. FUMAGALLI, *Lavoro male comune*, Milano, 2013.

³⁸ F. TONNIES, *Community and Society*, New York, 1988; Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Bari-Roma, 2001.

³⁹ T. HYLAND, B. MERRILL, *Colleges and Their Communities. Community: A Contested Concept*, in *The Changing Face of Further Education: Lifelong Learning, Inclusion and Community Values in Further Education*, Londra, 2003.

⁴⁰ F. VIOLA, *op. cit.*, 393.

⁴¹ G.A. HILLERY, *Definitions of Community: Areas of Agreement*, in *Rural sociology*, 20, 1995, 111.

definizioni di comunità e, laddove non sia menzionato espressamente, comunque non è escluso⁴². Lo sviluppo tecnologico, tuttavia, ha portato all'affermazione dell'esistenza di comunità virtuali, cioè fondate su aspetti emotivi condivisi e generalmente operanti nel cyberspazio (come accade, per esempio, nelle famiglie che adottano dall'estero)⁴³. Anche gli studi economici sulla comunità-*stakeholder* ne riconoscono il carattere virtuale. Essi definiscono la «comunità virtuale di supporto» come «gruppo d'opposizione» dell'impresa, ossia insieme di individui portatori di interessi confliggenti con essa e accomunati esclusivamente dall'oggetto di opposizione⁴⁴.

Tuttavia, in entrambe le materie, l'esistenza di comunità virtuali non nega la presenza di un collegamento geografico tra i membri, benché esso da fisico diventi virtuale e/o emotivo⁴⁵. Negli esempi fatti, esso consisterebbe, da un lato, nel luogo di origine (internazionale) dei figli adottivi e nell'appartenenza linguistico-culturale delle famiglie a un'area geografica omogenea e, dall'altro, nell'identificazione della comunità virtuale come sottocategoria di una più generale nozione di comunità, caratterizzata dai tre elementi classici (anche geografico).

Nel diritto, CER e CC esprimono entrambe una forte prossimità tra comunità e territorio⁴⁶. Nelle CER, essa dipende dalla necessità che i membri operino nella stessa zona di mercato e siano connessi alla medesima catena di trasformazione di alta-media tensione dell'energia elettrica (c.d. *cabina primaria*) affinché possano partecipare alla comunità e beneficiare dell'energia autoprodotta⁴⁷. Nelle CC, la normativa richiede che esse stabiliscano la propria sede e operino in uno o più

⁴² G.A. HILLERY, *op. cit.*, 111.

⁴³ F. BERTI, *op. cit.*, 127; S. HOWELL, *Community beyond Place; Adoptive Families in Norway*, in V. AMIT, *Realizing community concepts, social relationships and sentiments*, Londra, 2002, 96.

⁴⁴ R.E. FREEMAN, L. DUNHAM, J. LIEDTKA, *op. cit.*

⁴⁵ A.R. MONTANI, *Gli spazi della comunità*, in *Teorie e ricerche sulle comunità locali*, Milano, 2003, cap. 2.

⁴⁶ A. GRIGNANI et al., *Community Cooperative: A New Legal Form for Enhancing Social Capital for the Development of Renewable Energy Communities in Italy*, in *Energies*, 14, 2021, 7029.

⁴⁷ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 31.

comuni della Regione⁴⁸. In entrambi i casi, quindi, il legame tra comunità e territorio è essenziale per la sua esistenza e il raggiungimento delle finalità di legge. Nelle CER, la prossimità tra impianto di produzione dell'energia elettrica e consumatore permette di realizzarne l'autoconsumo istantaneo in sito, raggiungendo gli obiettivi di sostenibilità e risparmio economico che ne hanno giustificato l'introduzione. Nelle CC, il fatto che i membri vivano nello stesso territorio permette di perseguire l'interesse generale della comunità e promuovere la partecipazione dei cittadini alla gestione e valorizzazione di beni o servizi collettivi, ossia risorse di cui possono beneficiare tutti i residenti.

Se il perseguimento dei fini istituzionali della comunità ne richiede la vicinanza al territorio, allora l'ammissibilità di un'estensione virtuale della comunità-*stakeholder* dovrebbe essere valutata in base all'attività svolta e, quindi, ai beni in relazione ai quali essa opera. I beni comuni possono essere risorse naturali (es. salubrità dell'aria) o artificiali (es. ricerca scientifica), materiali (es. acqua potabile) o immateriali (es. internet)⁴⁹. I beni risorse naturali sono (sistemi di) risorse scarse⁵⁰, facilmente deperibili se sovrautilizzate⁵¹. La teoria dei beni comuni dimostra che la gestione da parte delle comunità locali può essere più efficiente rispetto che se affidata a Stato o mercato. La comunità, infatti, può essere più adatta alla soluzione dei problemi che tale gestione comporta e, non perseguendo il profitto, garantire la sostenibilità del bene nel lungo periodo. Tuttavia, la gestione collettiva sarebbe giustificabile solo se la comunità abbia caratteristiche tali da renderla idonea allo scopo. Di tali caratteristiche, le comunità virtuali difettano.

⁴⁸ L. reg. Umbria 11 aprile 2019, n. 2.

⁴⁹ Mi riferisco a protocolli e contenuti digitali che, innestandosi su server informatici (fisici), compongono il sistema Internet; L. LESSIG, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, I ed., New York, 2001.

⁵⁰ Per cui l'utilizzo della risorsa da parte di alcuni ne limita l'utilizzo da parte di altri.

⁵¹ Sovrautilizzo indica l'appropriazione di unità di risorsa in misura superiore alla capacità della risorsa di riprodurre nuove unità. E. OSTROM, *op. cit.*, 36; F. VIOLA, *op. cit.*, 386-388.

In primo luogo, le comunità virtuali sono comunità «liquide» o «a transitorietà elevata», in cui i legami tra i membri sono superficiali e pertanto facilmente recidibili⁵². Ciò le rende instabili e, come tali, inadatte alla gestione di beni complessi e di lunga durata. Inoltre, le comunità virtuali mostrano maggiore difficoltà nella composizione dei conflitti tra i membri, risultando pienamente funzionanti solo in caso di piena omogeneità tra i membri⁵³. Poiché i problemi di gestione dei beni comuni sono principalmente problemi di organizzazione e collaborazione tra i beneficiari della risorsa comune⁵⁴, le comunità virtuali sarebbero inadatte a tale scopo. Alla “debolezza” delle comunità virtuali contribuisce, poi, anche la facilità di anonimizzazione o contraffazione dell’identità che ostacola lo sviluppo di relazioni di fiducia tra i membri⁵⁵. Infine, rinunciare alla fisicità del faccia-a-faccia nelle comunità virtuali, segnerebbe un paradosso rispetto ai benefici per la vita e la realizzazione umana che la gestione e il godimento condiviso del bene dovrebbe comportare⁵⁶.

Nelle comunità-*stakeholder*, poi, la possibile virtualità dev’essere valutata nel loro rapporto con l’impresa. La despazializzazione dell’attività produttiva è uno strumento di esercizio del potere della grande impresa sulla comunità, caratterizzata invece da un attaccamento al territorio. Tale attaccamento, inteso dall’impresa come rigidità, è in genere da essa rifiutato in favore di una quanto più ampia mobilità di risorse⁵⁷. Pertanto, il legame con il territorio costituisce un’importante caratteristica della comunità che la separa dal modello capitalista d’impresa e a cui permette di offrire un’alternativa.

In conclusione, le comunità-*stakeholder* che si sviluppano intorno a risorse naturali devono avere un’estensione territoriale fisica e non solo virtuale. Ciò comunque non escluderebbe che esse possano servirsi *an-*

⁵² Z. BAUMAN, *op. cit.*

⁵³ F. BERTI, *op. cit.*, 130.

⁵⁴ E. OSTROM, *op. cit.*, 39.

⁵⁵ F. BERTI, *op. cit.*, 140.

⁵⁶ COMMISSIONE RODOTÀ, *op. cit.*, art. 1 co. 3 lett. c).

⁵⁷ N.E. LONG, *The Corporation and the Local Community*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 343, 1962, 118.

che di una comunità virtuale di supporto a quella reale, come avviene, per esempio, con l'avvio di un canale social per la pubblicizzazione dell'attività svolta e il coordinamento interno.

3.2. *Pluralità di membri*

Secondo elemento della comunità è la pluralità di membri e di relazioni sociali tra essi⁵⁸. In sociologia, la pluralità non rappresenta un problema, ma una caratteristica ontologica della comunità. Richard Jenkins afferma che nella comunità le differenze di opinioni sono inevitabili e identifica la comunità come un ombrello sotto il quale la diversità prospera⁵⁹. Omogeneità e uniformità tra i membri sono, invece, apparenti e servono solo per permettere al gruppo di operare con l'esterno. In questa prospettiva, quindi, diversità tra i membri e coesione del gruppo non sono necessariamente in conflitto. Essi trovano un punto di incontro nella forma della comunità: mentre il contenuto cambia in ragione della molteplicità dei membri, la forma resta stabile a simboleggiare ciò che i membri hanno in comune⁶⁰.

In diritto, invece, la pluralità rappresenta un potenziale problema all'agire del gruppo. Per esempio, in tema di legittimazione ad agire degli enti esponenziali, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'interesse collettivo come interesse di tutti gli appartenenti a una categoria unitariamente considerata, escludendone l'esistenza se relativo solo ad alcuni di essi⁶¹. Per risolvere questo problema di eterogeneità dei membri, si può partire dalla tesi di Jenkins e individuare la forma che la comunità assume nel diritto positivo.

La normativa di recepimento descrive le CER semplicemente come autonomi soggetti di diritto⁶², mentre la regolamentazione transitoria disposta dall'ARERA nel 2020 (vigente fino a febbraio 2023) suggeriva

⁵⁸ G.A. HILLERY, *op. cit.*

⁵⁹ R. JENKINS, *Symbolising Belonging*, in *Social Identity*, Londra, 2014, 146.

⁶⁰ R. JENKINS, *op. cit.*, 139.

⁶¹ G. SERRA, *Legittimazione ad agire degli enti esponenziali in ipotesi di conflitto di interessi – Il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 595.

⁶² D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 31.

la possibilità di costituire CER in qualsiasi forma giuridica esistente (associazione, cooperativa, consorzio, ecc.), purché potessero agire in proprio nome, esercitare diritti ed essere soggette a obblighi⁶³. La normativa, però, prevedendo che l'azione delle CER sia primariamente gratuita, parzialmente ha escluso la forma societaria da quelle astrattamente utilizzabili per la loro costituzione⁶⁴. Quanto alle CC, esse sono società cooperative *ex artt. 2511 e ss. c.c.*⁶⁵.

CER e CC offrono spunti interessanti per individuare la forma giuridica delle comunità-*stakeholder*. Esse si caratterizzano per l'ampiezza dei soggetti coinvolti e degli interessi considerati, nonché per la valorizzazione delle relazioni interpersonali tra essi. Entrambe, infatti, adottano la politica della «porta aperta» e forme di partecipazione attiva degli *stakeholder*⁶⁶. Queste caratteristiche collimano con i principi della teoria dei beni comuni, la cui gestione dovrebbe avvenire attraverso meccanismi di partecipazione democratica e diffusione del potere tra i membri⁶⁷.

Tuttavia, la forma di CER e CC non può essere pianamente estesa alle comunità-*stakeholder* perché è strettamente legata agli obiettivi legislativi perseguiti con la loro introduzione. Inoltre, l'ampiezza delle forme giuridiche assumibili dalle CER non offre un criterio chiaro per l'individuazione della comunità-*stakeholder*, che qui mi propongo di ricercare. L'adozione di una forma cooperativa, infine, sfumerebbe le differenze tra comunità e (grande) impresa perché, anche se l'attività

⁶³ Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambienti (ARERA), delibera del 4 agosto 2020 n. 318/2020/R/eel, intitolata "Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile", disponibile all'url <https://www.arera.it/it/docs/20/318-20.htm>.

⁶⁴ V. CAPPELLI, *Appunti per Un Inquadramento Privatistico Dell'autoconsumo Di Energia Rinnovabile Nel Mercato Elettrico: Il Caso Delle Comunità Energetiche*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2023, 381.

⁶⁵ L.r. Umbria 11 aprile 2019, n. 2, art. 2.

⁶⁶ A. GRIGNANI et al., *op. cit.*

⁶⁷ U. MATTEI, *Lavoro e beni comuni*, cit., 79-80.

non fosse destinata al mercato⁶⁸ (coop. pure), essa sarebbe svolta a fini egoistici o, comunque (coop. sociali), imprenditorialmente (si pensi alla struttura e alla possibile ripartizione degli utili). Queste caratteristiche non sarebbero in linea con la visione olistica richiesta per la gestione dei beni comuni.

La forma giuridica del movimento è stata suggerita come preferibile per la gestione collettiva dei beni comuni. Questa, da un lato, sarebbe confacente alle esigenze di conservazione dei beni e di godimento degli stessi da parte dei membri della comunità; e dall'altro lato, pur avendo carattere politico (si pensi ai movimenti referendari per l'acqua pubblica), non si organizzerebbe attorno a una struttura gerarchica, come accade nei partiti⁶⁹. Anche questa soluzione, però, non sembra rispondere alle nostre esigenze di certezza giuridica.

In primis, i movimenti mancano di una disciplina specifica, essendo destinatari insieme ai partiti solo di una normativa frammentaria e di natura principalmente economica. Come per tutte le associazioni non riconosciute *ex art. 36 c.c.*, essi mancano di riconoscimento giuridico, caratterizzandosi per la libertà delle forme dell'atto costitutivo, la mancanza di personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale imperfetta⁷⁰. Queste caratteristiche, se da una parte ne aumentano la flessibilità, dall'altra li rendono più instabili nel tempo e dai confini più incerti. La libertà di forme costitutive permette al movimento di potersi generare oralmente e senza pubblicità per i terzi, rendendone difficile l'individuazione. Poi, reggendosi su accordi informali tra associati, sarebbe difficile controllarne la gestione democratica. Infine, la mancanza di personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale imperfetta comportano l'assenza di una separazione patrimoniale tra l'ente e il membro che agisce in suo nome e per suo conto. Questa possibile confusione tra soggetti colliderebbe con il riconoscimento di un'identità autonoma della comunità, di cui dirò oltre⁷¹.

⁶⁸ COMMISSIONE RODOTÀ, *op. cit.* (natura fuori mercato dei beni comuni).

⁶⁹ U. MATTEL, *Beni comuni*, cit., 80.

⁷⁰ App. Napoli, sez. I, sent. 30 giugno 2011, n. 2457.

⁷¹ Per approfondire v. R. D'ALESSANDRO, *Dal voto alla piazza: Partiti e movimenti nella società globale*, Roma, 2013.

Per la comunità-*stakeholder* dovrebbe preferirsi la forma giuridica dell'associazione riconosciuta. L'associazione, istituzione democratica e non gerarchica, risponde pienamente alla natura dei beni comuni e alle esigenze di gestione degli stessi⁷². Rispetto alle cooperative (anche sociali o CC), nell'associazione, scopo lucrativo e distribuzione degli utili ai soci sono interamente esclusi⁷³, valorizzando gli obiettivi di salvaguardia del bene comune. La denominazione di ETS non sarebbe invece indispensabile, perché potrebbe comprimere il ventaglio di attività realizzabili⁷⁴. L'associazione è preferibile anche rispetto agli altri enti del primo libro, Titolo II c.c. Rispetto alle fondazioni, essa richiede plurisoggettività dei membri, in conformità al concetto di comunità e al suo secondo elemento-chiave. Inoltre, la prevalenza dell'elemento personale su quello patrimoniale, che differenzia le associazioni dalle fondazioni (anche da quelle c.d. *partecipate*), rispecchia la connessione tra persona e risorsa sostenuta dalla teoria dei beni comuni. Infine, rispetto ai comitati, generalmente non riconosciuti e formati per la realizzazione di uno specifico fine o evento, l'associazione riconosciuta avrebbe maggiore stabilità temporale.

Considerato il rapporto tra comunità e impresa, la forma associativa riconosciuta sembra anche più adatta a facilitarne le interazioni. Se, infatti, l'impresa è istituzione di diritto privato caratterizzata da un elevato livello di organizzazione e certezza giuridica, è preferibile che anche la comunità-*stakeholder* abbia un certo livello di "istituzionalizzazione" per facilitarne i rapporti. La disciplina degli enti del primo libro Titolo II c.c. – e in particolare quella delle associazioni – sarebbe il miglior strumento a tal fine poiché gioverebbe la comunità di una disciplina chiara e di una rilevanza empirica e *status* giuridico tali da potersi

⁷² L'adozione del principio plutocratico nelle associazioni di azionisti porta a escluderle dal novero delle forme giuridiche collettive di «stake-holder» (in senso ampio); cfr. E. CHICCO, *Associazioni di azionisti (art. 141, D.Lgs. 24.2.1998, n. 58)*, in N. ABRIANI, *Codice delle società*, II ed., Torino, 2016.

⁷³ M. PORZIO, *Associazioni, fondazioni e società nell'evoluzione dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2021, 221.

⁷⁴ Le attività ammesse dalla legge per gli ETS sono previste dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, art. 5.

confrontare con l'impresa. Suggestiva a tal proposito è la prospettata ricollocazione della disciplina degli enti del primo libro accanto a quella delle società, prevista dal CTS ma non ancora attuata⁷⁵.

3.3. *Identità collettiva*

L'ultimo elemento-chiave della comunità è quello identitario. Dell'identità della comunità verso l'esterno ho detto sopra. Qui adotto, invece, una prospettiva interna, che la vede connessa all'obiettivo perseguito e all'interesse di cui la comunità è portatrice.

In sociologia, l'identità consiste nella «presenza di alcune caratteristiche comuni al di là dell'area geografica»⁷⁶. Sebbene nelle diverse definizioni accademiche questo elemento sia stato variamente declinato⁷⁷, ciò che rileva per l'individuazione di un'identità collettiva è l'esistenza di una percezione condivisa tra i membri di appartenenza alla comunità. Essa può derivare, per esempio, dall'adozione tra i membri di un certo stile di vita condiviso, che può fondarsi su varie basi (culturali, geografiche, etniche, ecc.)⁷⁸. La presenza di una identità propria della comunità comporta anche che essa resti la stessa anche al variare di alcuni o tutti i suoi membri⁷⁹.

Nelle CER e CC, l'identità collettiva può essere individuata guardando all'obiettivo normativo della loro azione. Esso, infatti, le distingue dalle altre forme di collettività istituzionalizzata e ne giustifica l'esistenza rispetto all'azione individuale dei membri. In generale, CER e CC perseguono la creazione di esternalità positive in ambito sociale, economico e ambientale attraverso forme di governo collettivo di beni

⁷⁵ A. FUSARO, *Dalla frammentazione legislativa alla ri-codificazione? Traiettorie di una disciplina per gli enti non lucrativi*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2022, 910.

⁷⁶ G.A. HILLERY, *op. cit.*

⁷⁷ G.A. HILLERY, *op. cit.*

⁷⁸ J. GRAY, *Community as Place-Making: Ram Auctions in the Scottish Borderland*, in V. AMIT, *op. cit.*

⁷⁹ D.G. NEWMAN, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights Held by Groups*, Oxford, 2011.

o servizi di interesse generale⁸⁰. Nelle CER, l'obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali ai membri e nelle aree geografiche in cui la comunità opera⁸¹, mentre le CC sorgono con lo scopo di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico e degrado sociale e di perseguire l'interesse generale della comunità in cui operano⁸².

Individuare l'obiettivo della comunità permette anche di determinare l'interesse di cui essa è portatrice. Storicamente, il concetto di «interesse di gruppo» è stato incerto e ha visto alternarsi concezioni aggregative e non aggregative, a seconda che tale interesse fosse inteso come somma degli interessi individuali dei membri o come autonomo da quelli⁸³. Il problema di questa dicotomia di approcci stava però nel negare l'esistenza di una terza via che, da una parte, riconoscesse il legame tra interesse collettivo e interessi individuali dei membri; e, dall'altra, mantenesse l'autonomia del primo dai secondi. Infatti, il c.d. *principio umanistico* prevede che l'interesse collettivo sia legittimo se risponde agli interessi dei membri e che da essi debba trarre origine. Al contempo, però, l'interesse collettivo non si riduce a mera somma di interessi individuali dei membri, ma è autonomo da essi e funzionale a facilitarne il raggiungimento⁸⁴. Questa funzionalità giustifica il ricorso all'azione collettiva, che diventa preferibile all'azione dei singoli membri.

Il superamento della dicotomia tra concezioni aggregative e non è stato argomentato nella dottrina processualciviltistica, che ha inteso il concetto di interesse collettivo come quello alla realizzazione di una situazione della realtà capace di soddisfare simultaneamente gli interessi individuali dei membri. A tal fine, è necessario che gli interessi dei membri della comunità siano compatibili e concorrenti. Compatibilità significa che il soddisfacimento dell'interesse individuale di un membro non esclude il soddisfacimento di un altro membro. Concorrenza

⁸⁰ A. GRIGNANI et al., *op. cit.*

⁸¹ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, art. 31, co. 1, lett. b).

⁸² L. reg. Umbria 11 aprile 2019, n. 2, art. 2.

⁸³ R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, cap. 5; D.G. NEWMAN, *op. cit.*

⁸⁴ D.G. NEWMAN, *op. cit.*, 61-62.

significa, invece, che al realizzarsi di un interesse individuale di un membro consegue necessariamente il realizzarsi dell'interesse individuale di un altro membro perché una situazione favorevole soddisfa contemporaneamente due o più interessi⁸⁵.

Tutto questo porta a ritenere che l'interesse della comunità-*stakeholder* consiste nella partecipazione alla gestione di uno o più beni comuni, per garantirne la fruizione collettiva nel presente e la conservazione a beneficio delle generazioni future. L'oggetto dell'azione della comunità è il bene comune. Infatti, si è visto sussistere un collegamento reciproco tra i due, che deriva dalla natura del bene comune come funzionale a più persone, ma al contempo dipendente da esse per la sua conservazione. Questo legame prescinde dalla proprietà sulla risorsa (se applicabile) e rende la comunità il soggetto a cui tale risorsa appartiene, non nel senso dominicale ma in senso funzionale⁸⁶ e ontologico⁸⁷.

Due quesiti sorgono con riferimento all'identità della comunità. Il primo scaturisce dalla connessione esistente tra l'interesse della comunità e gli interessi individuali dei membri: cosa accadrebbe all'identità della comunità se gli interessi dei membri, cambiando nel tempo, entrassero in conflitto con l'interesse della comunità?

Per rispondere al quesito bisogna innanzitutto verificare se e quando possa scaturire un conflitto di interessi tra membri e comunità. Si è detto che l'interesse della comunità consiste nel soddisfacimento di più interessi individuali dei membri, tra loro compatibili e concorrenti. Quindi, un conflitto tra interessi individuali e interesse collettivo si potrebbe avere solo se compatibilità e concorrenza tra gli interessi dei membri vengano meno. Questi conflitti possono definirsi «pervasivi», cioè conflitti che impediscono a uno dei due interessi di essere soddisfatto senza detrimento per l'altro⁸⁸. In questi casi, verrebbe violato il principio umanistico, comportando l'illegittimità della comunità.

I conflitti pervasivi compromettono la stabilità della comunità, negandone l'idoneità alla gestione di beni comuni. Per ovviare a questo

⁸⁵ R. DONZELLI, *op. cit.*, 272-273; 300.

⁸⁶ COMMISSIONE RODOTÀ, *op. cit.*

⁸⁷ U. MATTEL, *Beni comuni*, cit. ("siamo" (partecipi del) bene comune).

⁸⁸ Introduce il concetto D.G. NEWMAN, *op. cit.*

limite e permettere il rispetto prolungato del principio umanistico, le comunità possono servirsi di due meccanismi molto noti: garantire ai membri il diritto di *voice* (cioè di influire sul contenuto delle decisioni collettive) e il diritto di *exit* (cioè la libertà di uscire dalla comunità). Nell'introdurre questi concetti, Dwight Newman afferma che la disponibilità di *voice* ed *exit* per i membri della comunità è rimessa alla discrezionalità del gruppo, potendo la comunità ben servire gli interessi dei membri anche reprimendo uno o entrambi i diritti. Ciò accade, per esempio, in alcune comunità religiose, in cui la soppressione delle libertà di uscita e influenza sul gruppo viene giustificata dalla difesa di certi valori spirituali e interessi religiosi⁸⁹.

Se la tesi della facoltatività di *voice* ed *exit* vale per le comunità in generale studiate da Newman, credo, invece, che un discorso differente vada fatto per le comunità-*stakeholder*. Questo studio considera i gruppi di individui interessati alla salvaguardia di risorse naturali minacciate dall'attività di impresa, adottando la cornice teorica dei beni comuni. Questa teoria sostiene l'efficienza di una gestione collettiva di tali beni, affermando la preferenza per una gestione condivisa da parte degli utenti⁹⁰. A tal fine, la gestione del bene comune deve fondarsi su principi di partecipazione democratica alle decisioni collettive e di libertà di uscita in caso di conflitto d'interessi tra l'individuo e il gruppo⁹¹. Questi strumenti garantiscono la valorizzazione del bene comune come risorsa funzionale alla realizzazione della persona umana e legittimano la comunità-*stakeholder*.

Conflitti «semplici» si hanno, invece, se la realizzazione contestuale di più interessi è possibile attraverso l'individuazione di una relazione interna a essi. Questi sono meno problematici dei precedenti, poiché la conflittualità tra interessi è solo apparente⁹². Per esempio, rispetto a un'attività di impresa a elevato impatto ambientale, possono coesistere in capo ai membri di una comunità sia l'interesse alla protezione am-

⁸⁹ D.G. NEWMAN, *op. cit.*, 174 (richiamando le comunità Amish).

⁹⁰ E. OSTROM, *op. cit.* (rigetta in ricorso al dilemma del prigioniero (gioco non cooperativo) come strumento di analisi della gestione dei beni comuni).

⁹¹ U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., 93-94.

⁹² D.G. NEWMAN, *op. cit.*, 95.

bientale sia quello a mantenere il posto di lavoro. Questi interessi sono internamente collegati poiché sono entrambi espressione di una visione olistica della vita umana, strettamente connessa a territorio e lavoro⁹³. Perciò essi non generano un conflitto pervasivo che possa compromettere la stabilità della comunità, ma un conflitto semplice, risolvibile attraverso l'individuazione di un interesse in comune.

Il secondo quesito attiene, invece, ai diritti della comunità. L'appartenenza funzionale dei beni alla comunità e l'interesse di questa alla loro salvaguardia comporta l'insorgenza di diritti collettivi e doveri in capo ai terzi?

Per Newman, gli interessi collettivi danno vita a diritti collettivi quando hanno una forza tale da far nascere un dovere in capo a un terzo. Ciò accade principalmente quando dal soddisfacimento di interessi collettivi dipende il soddisfacimento di interessi individuali. Newman sostiene che quando l'oggetto dell'interesse collettivo è funzionale al prosperare di una collettività e non è facilmente individualizzabile, allora l'interesse collettivo è primario e quello individuale è secondario. L'interesse alla tutela dei beni comuni sarebbe pertanto interesse primario. In simili casi, se l'interesse individuale (secondario) è capace di fondare un diritto, allora anche l'interesse collettivo (primario), da cui la realizzazione dell'interesse secondario dipende, deve poter fondare un diritto (che sarà, appunto, collettivo). Un esempio è il riconoscimento dei diritti di proprietà collettiva sulla terra in capo alle comunità indigene americane, scaturito dal riconoscimento che, nella cultura indigena, quei diritti collettivi sono fondamentali per la realizzazione dei diritti individuali dei membri⁹⁴.

Questa interpretazione, però, pone il problema della natura legale o solo morale dei diritti collettivi, che è legato al fatto che tali diritti hanno raramente un riconoscimento normativo. Un diritto ha natura morale quando esiste a prescindere dalla previsione normativa, mentre ha natura legale quando è sancito dalla legge. L'esistenza di diritti morali della comunità è argomentata da Newman e deriva sia dalla funzionalità di

⁹³ U. MATTEL, *Lavoro e beni comuni*, cit.

⁹⁴ D.G. NEWMAN, *op. cit.*, 75-79.

tali diritti alla realizzazione di diritti individuali, sia dalla presenza di responsabilità morali in capo alla comunità, legate alla disponibilità di mezzi (struttura e valori condivisi) attraverso cui perseguirli⁹⁵. Pertanto, le comunità-*stakeholder* avrebbero sicuramente diritti morali.

Diversamente, il riconoscimento di diritti legali della comunità dipende dall'esistenza di una previsione normativa che dia rilevanza giuridica all'interesse collettivo che, altrimenti, resta un semplice interesse di fatto. Tale previsione dovrebbe definire il comportamento doveroso necessario alla realizzazione dell'interesse tutelato dalla norma e dovrebbe attribuire al titolare dell'interesse (la comunità) il potere di azione processuale per la sua tutela⁹⁶. Tuttavia, l'esistenza di simili previsioni non è scontata per le comunità-*stakeholder*, poiché la normativa vigente non riconosce a soggetti collettivi privati il diritto di agire in sede giurisdizionale per il risarcimento del danno ambientale subito. Tale prerogativa è riservata alle istituzioni pubbliche⁹⁷. Di conseguenza, la comunità non avrebbe un diritto a tutela del suo interesse, né mezzi giurisdizionali per l'accertamento e il risarcimento del danno subito.

Questa conclusione confligge con la rilevanza che la gestione collettiva dei beni comuni sta acquistando a livello scientifico e normativo, come illustrato in apertura. Se sul piano della gestione dei beni comuni, la comunità rappresenta un'istituzione alternativa a Stato e mercato, allora a essa dovrebbero anche essere attribuiti diritti sostanziali e processuali che la possano rendere autonoma nella loro tutela. Ciò sarebbe in linea con la pronuncia della Corte costituzionale che ha affermato la possibilità, per soggetti diversi dallo Stato, di agire in giudizio per i danni specifici da essi subiti, ricorrendo alla disciplina generale del danno posta dal Codice civile⁹⁸. In pratica, l'azione della comunità permetterebbe anche di superare i limiti dell'intervento statale, essendo stata l'Italia più volte condannata dalla CEDU per l'inadeguato bilan-

⁹⁵ D.G. NEWMAN, *op. cit.*, 52.

⁹⁶ R. DONZELLI, *op. cit.*

⁹⁷ D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 306, che riconosce alle persone colpite da danno ambientale e delle ONG a protezione dell'ambiente solo il diritto di promuovere l'intervento statale per l'adozione di provvedimenti preventivi o di ripristino.

⁹⁸ C. cost., sent. 1 giugno 2016, n. 126.

ciamento di interessi economici e ambientali in relazione all'attività di impresa⁹⁹. Ciò detto, l'intervento statale resta comunque preferibile laddove la gestione collettiva del bene comune non rappresenti la soluzione più efficiente¹⁰⁰.

Infine, al riconoscimento di diritti collettivi sui beni comuni, dovrebbe seguire l'insorgenza di un comportamento doveroso in capo ai terzi, necessario alla realizzazione dell'interesse collettivo. Dovrebbe trattarsi di un dovere di protezione del bene comune a garanzia della sua funzione collettiva. In primo luogo, essendo i beni comuni tipicamente fragili e soggetti a deperimento per sovrautilizzo, la loro esistenza dipende dal fatto che gli utenti se ne appropriino in maniera sostenibile. Cioè, se la risorsa è rinnovabile, gli utenti dovrebbero appropriarsi di un numero di unità di risorsa non superiore alle unità riproducibili in un determinato periodo di tempo; se la risorsa non è rinnovabile, l'appropriazione non dovrebbe superare un numero di unità tale da poterne garantire la fruizione anche alle generazioni future. Inoltre, l'insorgenza di un dovere di protezione dei beni comuni in capo ai terzi faciliterebbe l'attuazione dei principi costituzionali di tutela della vita, salvaguardia dell'ambiente e bilanciamento tra attività economica e utilità sociale¹⁰¹.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, la comunità-*stakeholder* sarebbe portatrice di un interesse proprio e unitario, anche in presenza di eventuali conflitti di interessi tra membri, se a essi sono garantiti diritti di *voice* ed *exit*. Poi, in conformità ai principi dell'ordinamento, le dovrebbero essere riconosciuti anche diritti morali e legali, che ne giustificerebbero il potere di azione processuale e l'insorgenza di un dovere di protezione in capo ai terzi.

⁹⁹ C. Edu, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella c. Italia*; C. Edu, sent. 5 maggio 2022, *A.A. e altri c. Italia*.

¹⁰⁰ E. OSTROM, *op. cit.* (che ha formulato una cornice complessa di situazioni e criteri che, se insoddisfatti, rendono la comunità un'istituzione poco adatta alla gestione dei beni comuni).

¹⁰¹ Artt. 2, 9 e 41 Cost.

4. *Caso-studio*

Dalle precedenti sezioni emergono le seguenti conclusioni preliminari:

- la comunità-*stakeholder* si contraddistingue per tre elementi-chiave (geografico, pluralistico, identitario);
- essa ha sempre una dimensione geografica, pur potendo creare estensioni virtuali di supporto;
- sul piano esterno, la sua coesione è garantita dalla forma giuridica assunta, preferibilmente di associazione riconosciuta;
- sul piano interno, la sua identità coincide con l'interesse collettivo – autonomo dall'interesse dei membri ma a essi funzionalmente connesso – alla partecipazione nella gestione di beni comuni per garantirne l'utilizzo sostenibile;
- la presenza di eventuali conflitti di interessi tra membri e comunità si risolve garantendo ai membri diritto di *voice* ed *exit*;
- il riconoscimento di diritti sostanziali e processuali alla comunità e di un dovere di protezione in capo ai terzi è necessario perché essa funga da reale alternativa a Stato e mercato nella gestione dei beni comuni.

Questa sezione presenta un caso-studio finalizzato a verificarle empiricamente. Esso analizza l'esperienza della cava di Monte Tondo, situata sulla Via del Gesso, tra i comuni di Casola Valsenio e Riolo Terme (RA). Il proseguimento dell'attività estrattiva e l'ampliamento dell'area di scavo, prospettate dalla concessionaria multinazionale Saint Gobain, hanno generato un confronto tra le diverse parti sociali sul futuro del sito.

Ho selezionato il caso in base a facilità di analisi, molteplicità di interessi coinvolti e rilevanza in termini di sostenibilità. Ho svolto un'analisi documentale, utilizzando risorse disponibili su internet e *open access*. Le fonti primarie includono gli statuti associativi della Federazione Speleologica Regionale dell'Emilia-Romagna (FSRER) e di Legambiente. La vicenda di Monte Tondo si sta concludendo a favore di una soluzione di compromesso che rigetta la proposta espansiva

della società e permette l'approfondimento dell'attività estrattiva nelle zone già escavate per circa un altro decennio¹⁰². Ciò chiarito, mi concentrerò ora sulle comunità che hanno avanzato interessi in relazione all'attività estrattiva per vagliarne la rispondenza alle suddette conclusioni. In linea con i presupposti della ricerca, il focus verterà sugli interessi ambientali.

Gli interessi coinvolti nella vicenda in esame sono principalmente di natura ambientale (tutela del paesaggio, della flora e della fauna) ed economica (mantenimento del posto di lavoro). Gli interessi economici, giustificati dalla rilevanza della cava per l'economia del territorio poiché unico polo estrattivo a livello regionale e che dà impiego a circa 150 lavoratori¹⁰³, sono stati avanzati principalmente a livello politico¹⁰⁴ e sindacale¹⁰⁵. Quanto agli interessi ambientali, invece, essi muovono dall'unicità naturalistica e speleologica della Vena del Gesso romagnola, concentrandosi principalmente sulla tutela dell'ambiente carsico che la contraddistingue e che costituisce habitat favorevole per specie animali (chiroterteri) e vegetali (felci) a rischio di estinzione. L'attività estrattiva, alterandone la morfologia e inquinando il territorio con rumori e vibrazioni, ne mette a rischio la sopravvivenza¹⁰⁶. A Monte Tondo, questi interessi sono stati portati avanti da FSRER e Legambiente, che si sono entrambe opposte all'espansione del sito estrattivo proposta dalla società¹⁰⁷.

¹⁰² PROVINCIA DI RAVENNA, *Variante PIAE/PAE - Cava Di Monte Tondo*, 2023, <https://bit.ly/3LoHVtb>.

¹⁰³ Indotto compreso, PROVINCIA DI RAVENNA, *Polo Unico Regionale Del Gesso Di Monte Tondo: Relazione Fase 2*, 2021, 2, <https://bit.ly/468mdkU>.

¹⁰⁴ CONSIGLIO COMUNALE DI CASOLA VALSENIO, *Mozione-Documento Di Indirizzo*, 27 ottobre 2021, <https://bit.ly/3Zgyfdo>.

¹⁰⁵ CGIL RAVENNA, *Lavoro e Ambiente Possono Convivere*, <https://bit.ly/44SrMTD>.

¹⁰⁶ PROVINCIA DI RAVENNA, *Polo Unico Regionale Del Gesso Di Monte Tondo: Relazione Fase 2*, cit., par. 9.

¹⁰⁷ FSRER, *Considerazioni e Richiesta Di Intervento Della Regione Sul Piano Territoriale Del Parco Regionale Della Vena Del Gesso Romagnola*, 2023, <https://bit.ly/3r6xT99>; LEGAMBIENTE FAENZA, *Cava Di Monte Tondo: No All'ampliamento Dell'area Estrattiva*, 4 novembre 2022, <https://bit.ly/3PjWGhL>.

La FSRER è un'associazione di promozione sociale (APS), ossia un ETS *ex* d.lgs. 117/2017 che riunisce diversi gruppi speleologici locali. Sul piano geografico, l'ammissione dei gruppi alla Federazione dipende dall'aver sede nel territorio regionale nonché dall'aver precedentemente collaborato, a livello regionale, con altri gruppi speleologici federati (art. 8 dello Statuto). Il collegamento tra comunità e territorio è quindi confermato, seppure la FSRER si avvalga di strumenti virtuali per la divulgazione delle attività svolte (sito web e pagina Facebook). Sul piano dell'appartenenza, l'associazione adotta il principio della porta aperta e permette un numero di aderenti illimitato (art. 3). In conformità al Codice del Terzo Settore (CTS), persegue finalità di interesse generale prevalentemente a favore degli associati e di terzi, esclude la promozione di interessi economici, politici o sindacali nonché la distribuzione di utili ai membri e, in caso di scioglimento, prevede di devolvere il patrimonio residuo alla Società Speleologica Italiana (artt. 1; 2; 10). Sebbene operi da quasi cinquant'anni, la FSRER non gode di riconoscimento, non risultando iscritta nel Registro delle Persone Giuridiche territoriale né nel Registro Unico degli Enti del Terzo Settore (RUNTS).

A livello identitario, oggetti della FSRER sono la protezione e valorizzazione dei beni ambientali e paesaggistici presenti nelle zone carsiche e aree di interesse speleologico (art. 1). L'adesione alla Federazione è a tempo indeterminato, fermo restando il diritto di recesso dei membri e la necessità di motivare eventuali eccezioni in relazione al raggiungimento dei fini associativi (art. 3). I membri partecipano e votano nelle assemblee tramite i propri rappresentanti, pur potendo altri soci del gruppo federato partecipare come uditori. L'informazione dei votanti sulle deliberazioni è garantita anche attraverso l'esclusione di varie ed eventuali dall'o.d.g. nelle assemblee straordinarie; e, inoltre, le deliberazioni sono assunte a maggioranza (artt. 3-4). L'oggetto sociale è perseguito tramite tutti gli strumenti tecnici, politici e amministrativi ritenuti utili a tal fine e utilizzando le risorse economiche ottenute dalle attività svolte (art. 2).

Legambiente Nazionale (LN) è la rete associativa a cui appartiene il Circolo di Faenza, direttamente coinvolto nella vicenda di Monte Ton-

do¹⁰⁸. Lo statuto di LN detta i principi a cui tutti i circoli sono tenuti a conformarsi; perciò, l'ho analizzato ai fini di questa ricerca (art. 32 dello Statuto). LN si dirama sul territorio nazionale e internazionale tramite articolazioni territoriali costituite da comitati regionali e delle province autonome e circoli territoriali. Comitati e circoli sono soci di LN e si organizzano autonomamente in relazione al loro ambito territoriale (art. 31). Pertanto, anche qui il collegamento tra comunità e territorio è garantito, pur avendo il gruppo estensioni virtuali (sito web e pagina Facebook). Sul piano giuridico, LN è ETS iscritto al RUNTS e le sue articolazioni sono dotate di autonomia giuridica, amministrativa e patrimoniale (artt. 1; 43). LN persegue finalità non lucrative né politiche o sindacali, vieta la distribuzione di utili o fondi ad associati e terzi e svolge le proprie attività avvalendosi prevalentemente dell'attività di volontariato dei propri soci e degli aderenti agli enti associati (artt. 3; 42; 5). Gli scopi solidaristici dell'associazione sono confermati dall'incompatibilità tra cariche di rappresentanza politica e cariche associative e dalla devoluzione del patrimonio netto dell'associazione ad altri ETS in caso di scioglimento (artt. 37; 45).

Oggetto dell'attività dell'ente sono la tutela e la valorizzazione dell'ambiente e l'utilizzazione accorta delle risorse naturali. Tali scopi sono perseguiti anche attraverso la gestione di aree naturali protette e di importanza naturalistica, di attivazione di campagne internazionali in difesa del clima e dell'ambiente, nonché di promozione della cultura dei beni comuni quale condizione indispensabile per uno sviluppo economico giusto (art. 5). A tal fine, Legambiente dispone di strumenti giuridici e processuali e di un Centro di Azione giuridica dedicato (artt. 5; 28). Questi elementi, non solo definiscono l'identità della comunità che compone l'associazione, ma ne assicurano anche la capacità di gestione dei beni comuni, come osservato precedentemente. Infine, *exit* e *voice* sono garantiti a tutti i soci (art. 8).

L'analisi degli statuti di FSRER e LN conferma l'idoneità degli elementi geografico, pluralistico e identitario alla definizione giuridica

¹⁰⁸ *Cava di Monte Tondo: no all'ampliamento dell'area estrattiva, 4 novembre 2022*, disponibile all'url <https://www.legambientefaenza.it/temi/vena-del-gesso/>.

della comunità-*stakeholder*. Gli statuti esaminati, infatti, prevedono un legame tra comunità e territorio, ne segnano la forma giuridica e ne definiscono attività e scopi. Anche *exit* e *voice* sono sempre garantiti, rendendo la comunità unita anche in caso di conflitti di interesse. Infine, l'assenza di riconoscimento per la FSRER non contraddice la conclusione raggiunta perché la sua presenza storica sul territorio permette di moderarne i rischi di instabilità e opacità indicati alla sez. 3.2, sebbene l'iscrizione nei pubblici registri sia da preferire.

5. Conclusioni

Il paper riporta uno studio teorico e pratico sulle comunità-*stakeholder*, finalizzato a fornirne una definizione giuridica unitaria e identificarne i caratteri principali. Esso si giustifica con la necessità di dare un volto a una protagonista emergente della transizione verso la sostenibilità. Partendo dalla teoria dei beni comuni, ho individuato gli elementi-chiave delle comunità-*stakeholder* comparando la definizione sociologica di comunità con i modelli giuridici di CER e CC. In via preliminare, ho concluso che la comunità-*stakeholder* si genera attorno a tali beni e mira a promuoverne l'uso sostenibile e diffuso, contrappo-ndosi al sovrautilizzo industriale. Poi, attraverso un caso-studio, ho confermato questi risultati, guardando a come la comunità si è organizzata nella vicenda estrattiva di Monte Tondo. L'adozione della teoria dei beni comuni era finora sconosciuta al diritto commerciale. Individuando lo *status* giuridico della comunità e la sua importanza per la sopravvivenza dei beni comuni, questo studio pone le basi per il riconoscimento di una tutela risarcitoria collettiva per i danni cagionati dall'impresa al bene protetto.

LE SFIDE DEL DIRITTO SOCIETARIO NEL NUOVO PARADIGMA DELL'IMPRESA 'SOSTENIBILE'

Federica De Gottardo

SOMMARIO: 1. *L'emersione del concetto di «sostenibilità dell'impresa» nella transizione ecologica del nuovo Millennio.* 2. *Il substrato teorico del paradigma della sostenibilità. Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainable Corporate Governance.* 3. *Il complesso scenario giuridico.* 3.1. *Il diritto dell'Unione europea tra obblighi di trasparenza e norme di condotta.* 3.2. *Il panorama nazionale tra recepimento della normativa UE e interventi settoriali.* 3.3. *Le prassi operative. L'autodisciplina e il ruolo chiave degli investitori istituzionali.* 4. *L'impatto effettivo del paradigma della sostenibilità sulla Corporate Governance delle società italiane.* 5. *Considerazioni conclusive. Incertezze definitorie e prospettive future.*

1. L'emersione del concetto di «sostenibilità dell'impresa» nella transizione ecologica del nuovo Millennio

Nell'ultimo decennio, espressioni quali «sostenibilità dell'impresa», «responsabilità sociale», «impatto ambientale dell'attività economica» sono entrate nel comune vocabolario giuridico e si sono imposte al centro del dibattito economico, politico e accademico, al punto da costituire – pur con l'irrisolto portato di indeterminatezza che le caratterizza – il riferimento pressoché obbligato di ogni riflessione giuridica in tema di impresa. Purtuttavia, il rilievo così esteso oggi riconosciuto alla cura dei c.d. *fattori ESG (Environmental, Social, Governance)*¹ ha radici

¹ Il termine *Environmental* riguarda la tutela dell'ambiente e, nello specifico, gli aspetti connessi con il cambiamento climatico; il termine *Social* comprende la tutela dei diritti umani, il rispetto degli *standard* lavorativi e, in generale, la considerazione degli *stakeholder* che orbitano attorno all'attività imprenditoriale; il termine *Governance* si riferisce al governo societario e a tutte le questioni a ciò connesse. V. ampiamente al riguardo, R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa*, Bologna, 2020, 1 ss. Il pri-

estremamente recenti: è solo con l'inizio del nuovo Millennio² – quando, cioè, si riteneva ormai risolto a favore della teoria contrattualistica lo storico scontro tra le tradizionali concezioni dell'impresa³ – che nello scenario internazionale ed europeo inizia a maturare l'idea per cui il compito di perseguire finalità sociali e di tutela ambientale non sia confinato alle prerogative dei legislatori nazionali e sovranazionale, ma possa e debba essere esteso direttamente alle imprese e, in particolare,

mo utilizzo del termine “ESG” è fatto risalire a una dichiarazione resa nel 2000 dall'allora segretario generale dell'ONU. Per la storia dell'origine e della successiva evoluzione della formula «fattori ESG» v. E. POLLMAN, *The Making and Meaning of ESG*, ecki Law Working Paper N. 659/2022, September 2022.

² Il Rapporto Assonime, *Doveri degli amministratori e sostenibilità* (Note e Studi 6/2021, in *Riv. soc.*, 2021, 2-3, 387 ss.) individua come momento di emersione del nuovo paradigma della sostenibilità dell'impresa il *Global Compact* del 2000, vale a dire l'iniziativa partita dalle Nazioni Unite per incoraggiare le imprese mondiali ad adottare politiche economiche sostenibili e a rendere pubblici i risultati delle azioni in tal senso intraprese, cui è seguito a distanza di pochi anni il Rapporto *Who Cares Wins 2004-2008*, commissionato alla IFC *International Finance Corporation – World Bank Group*. È degna di nota la circostanza per cui il *Global Compact* è stato pubblicato nello stesso anno del noto saggio di H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The End of History for Corporate Law*, Jan. 2000, reperibile in S.S.R.N., in cui si è sostenuta l'affermazione definitiva dello scopo dell'impresa inteso come massimizzazione dello *shareholder value* (su cui *infra* nel testo).

³ La letteratura in tema di tesi istituzionalistiche e contrattualistiche nella concezione dell'impresa è sterminata. Per l'inquadramento della questione, anche nella prospettiva dell'evoluzione delle riflessioni in chiave di responsabilità sociale dell'impresa, v. tra tutti P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; Id., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.; G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 693 ss.; R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa. Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2006, 83 ss.; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649 ss.; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.; M. RICOLFI, *Istituzionalismo, contrattualismo, storia*, in M. CALLEGARI, S.A. CERRATO, E.R. DESANA (a cura di), *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022, 55 ss.

alle grandi imprese⁴. L'idea di fondo è quella per cui, in un contesto economico ormai completamente globalizzato, la grande impresa avrebbe l'attitudine a promuovere un innalzamento capillare delle soglie di tutela difficilmente replicabile in sede normativa. Mentre, infatti, la potestà legislativa di imporre determinati *standard* di tutela sociale e ambientale soffre il limite dei confini territoriali, è di contro immediatamente intuibile come, ove posta in capo all'impresa multinazionale, la promozione di condotte virtuose sotto il profilo dell'impatto sull'ambiente e/o della salvaguardia dei diritti umani mostra maggiori potenzialità di diffusione «orizzontale».

Un simile approdo non può che essere in sé pienamente condivisibile sul piano astratto, in ragione tanto dell'indubbio valore ormai coralmente riconosciuto all'obiettivo finale della sostenibilità (soprattutto della sostenibilità ambientale), quanto dell'efficienza di un modello che sfrutta la naturale transnazionalità della grande impresa per superare il limite di sovranità e vincolatività territoriale della legislazione. È tuttavia sul terreno applicativo che, oltre le dichiarazioni programmatiche e le declamazioni di principio, l'auspicato mutamento di paradigma nella considerazione del ruolo della (grande) impresa presenta al diritto societario sfide senza precedenti.

Il movimento socioculturale innescato a livello internazionale dalla crisi finanziaria del 2008 ha segnato sul piano giuridico l'inizio di un'epoca di profonda transizione che, prendendo le mosse dagli Accordi di Parigi sul clima e dall'Agenda ONU per il 2030 (entrambi del

⁴ Pur individuando quali destinatari degli impegni di tutela i soli Stati nazionali, il tema della «sostenibilità» ambientale era invero emerso già a partire dagli anni Settanta e in particolare in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano di Stoccolma del 1972, ove per la prima volta è stata ufficialmente posta l'attenzione sulla necessità di salvaguardare le risorse naturali, onde migliorare in modo duraturo le condizioni di vita dell'umanità. A distanza di un decennio, sempre nell'ambito delle attività dell'ONU, l'allora Presidente della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo (WCED) Gro Harlem Brundtland ha presentato il celebre Rapporto «Our common future» (noto anche come *Rapporto Brundtland*) del 1987. Per gli ulteriori, numerosi elaborati e conferenze internazionali sul tema dello sviluppo sostenibile v. la rassegna di G. ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. Impr.*, 2021, 3, 721 ss.

2015)⁵, ha condotto al progressivo ingresso della «sostenibilità» negli ordinamenti giuridici. In un'epoca di incertezza e febbrile innovazione normativa, preliminare a ogni riflessione sull'opportunità di riconsiderare la tradizionale concezione dello scopo della società e dei connessi obblighi gestori appare dunque la ricostruzione analitica, da un lato, del substrato teorico-concettuale sotteso al nuovo faro guida della *Sustainable Corporate Governance* e, dall'altro, del quadro giuridico che oggi si presenta al legislatore e all'interprete.

2. *Il substrato teorico del paradigma della sostenibilità. Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainable Corporate Governance*

Il tema della «sostenibilità dell'impresa», oggi generalmente riconosciuto come *new paradigm* cui sembra dover inevitabilmente tendere il mondo imprenditoriale⁶, coinvolge aspetti centrali del diritto societario: la discussione in punto di sostenibilità involge infatti questioni di vertice, volte a individuare l'esatto legame intercorrente tra i modelli di *governance* dell'impresa societaria, gli interessi che la medesima è chiamata a soddisfare, gli scenari di breve o medio-lungo termine e – naturalmente – le responsabilità che nascono dalle condotte dell'impresa.

Nel panorama dottrinale, l'emersione dei temi della sostenibilità ha inizialmente prodotto una rinnovata attenzione per il dibattito – invero risalente agli anni Ottanta, seppur confinato a opinioni minoritarie⁷ – in

⁵ Gli Accordi di Parigi sul clima del 2015 hanno definito il piano d'azione per limitare il riscaldamento climatico e mitigare l'impatto delle attività umane sul clima. La Risoluzione n. 70/1 dell'ONU del 25 settembre 2015, che ha varato l'Agenda ONU per il 2030 sullo «sviluppo sostenibile», prevede 17 obiettivi di sviluppo sostenibile rivolti anche direttamente agli investitori e alle grandi imprese azionarie.

⁶ L'espressione «new paradigm» si rinviene nel documento *The New Paradigm. A Roadmap of an Implicit Corporate Governance Partnership, Between Corporations and Investors to Achieve Sustainable Long-Term Investment and Growth*, discusso da Martin Lipton in occasione dell'*International Business Council of the World Economic Forum* del 2 settembre 2016.

⁷ L'origine riconosciuta della teoria della *Corporate Social Responsibility* (CSR), per lungo tempo avversata dall'ideologia liberista, è l'opera di R.E. FREEMAN, *Strategic*

tema di *Corporate Social Responsibility* (CSR)⁸. Al fondo della teoria della responsabilità sociale dell'impresa vi è la convinzione, maturata nel campo degli studi aziendalistici, che la tutela da parte dell'impresa degli interessi degli *stakeholder* (vale a dire di interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli dei soli azionisti) rappresenti una strategia idonea ad arginare le derive del modello capitalistico⁹. Al tradizionale *shareholderism* di stampo contrattualista – per il quale l'obiettivo della società sarebbe quello (e solo quello) della massimizzazione del profitto dei soci – la CSR affianca dunque l'idea dello *stakeholderism*, per cui lo scopo dell'impresa non sarebbe né dovrebbe essere limitato allo *shareholder value*, ma dovrebbe al contrario essere integrato con il perseguimento dell'interesse di quei soggetti (gli *stakeholder*, appunto) in qualche modo coinvolti nell'attività di impresa, vale a dire: creditori, clienti, fornitori, comunità locali, fino alla società umana nel suo insieme.

Management. A Stakeholder Approach, Boston, 1984. Per un approfondimento delle radici storico-culturali della teoria nella dottrina statunitense, v. L. MORRI, «C'era una volta in America...». *Una nota sulle origini della responsabilità sociale d'impresa*, in *Sociologia del lavoro*, 2007, n. 106-7, 13 ss. Per un inquadramento generale del tema, v. G. RUSCONI, M. DORIGATTI, *La responsabilità sociale d'impresa*, Milano, 2004.

⁸ Nata e sviluppatasi nella dottrina statunitense, la teoria della responsabilità sociale d'impresa è stata definita nell'ambito dell'Unione europea come «l'integrazione su base volontaria dei problemi sociali e ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con altre parti» (v. Libro Verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 2001; *Comunicazione della Commissione relativa alla Responsabilità sociale delle imprese: un contributo allo sviluppo sostenibile*, 2002). I caratteri della teoria sono riassumibili nella presenza di due elementi: (i) un impegno su base esclusivamente volontaria, da parte dell'impresa, ad adottare condotte sostenibili anche oltre – e il punto è di estremo rilievo – il minimo legale e regolamentare previsto; (ii) l'adozione di strategie economiche specificamente improntate a criteri di sostenibilità sociale e ambientale. Per una compiuta analisi della *Corporate Social Responsibility* nella dottrina italiana, v. per tutti M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 1 ss., ove è operata la ricostruzione della teoria dell'impresa e della sua evoluzione nel tempo sino a giungere al nuovo paradigma della *Corporate Social Responsibility*; R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, cit., 83 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹ V. sul punto M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali*, cit., 1 ss., spec. 18-19.

La teoria predica, in altri termini, la possibilità economicamente razionale di conciliare gli interessi degli *stakeholder* non finanziari con l'interesse dei finanziatori dell'impresa alla redditività dell'investimento¹⁰.

In una prospettiva più marcatamente giuridica, entro questa cornice concettuale la dottrina tanto statunitense quanto italiana¹¹ ha poi declinato due diverse versioni dello *stakeholderism*. Da un lato, vi sarebbe lo *stakeholderism* c.d. *strumentale* o *democratico*, pienamente compatibile con lo scopo lucrativo della società di capitali, per cui l'invocata considerazione di interessi ulteriori rispetto a quelli dei soci risulta in ultima istanza funzionale alla massimizzazione del profitto per questi ultimi¹². Dall'altro lato, in un'ottica più radicale, vi sarebbe lo *stakeholderism* «pluralista» o «istituzionalista», secondo cui il perseguimento degli interessi degli *stakeholder* non sarebbe confinato al ruolo di *mezzo* subordinato al *fine* lucrativo, ma un vero e proprio fine in sé, da bilanciare con lo *shareholder value*; in questa visione, la società non avrebbe più

¹⁰ In argomento, S. ROSSI, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, cit., 99 ss., spec. 107-108.

¹¹ Per una rassegna delle accezioni di *stakeholderism* nel senso indicato nel testo v. S. MILES, *Stakeholder theory classification: A Theoretical and empirical evaluation of definitions*, in *J. Bus. Ethics*, 2017, 437-459; nella dottrina italiana, v. il recente contributo di E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, 2022, 1 ss. La dottrina statunitense propone la distinzione tra *stakeholderism* strumentale e *stakeholderism* pluralista: v. per tutti L. BEBCHUCK, R. TALLARITA, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, in *Cornell L. R.*, 2020, 91-177. Con contenuti sovrapponibili ma riprendendo gli schemi concettuali della tradizionale dicotomia nella concezione dello scopo dell'impresa, la dottrina italiana distingue invece le due accezioni in *stakeholderism* democratico e *stakeholderism* istituzionalista: v. per tutti F. DENOZZA, A. STABILINI, *Uncertainty, externalities and collective action problems: correcting the short-term bias through a multi-stakeholder approach*, in *Rivista ODC*, 2021, 1079 ss.

¹² In questo senso, la scelta di compiere azioni imprenditoriali che si traducono in una maggiore attenzione all'impatto ambientale dell'attività produttiva rispetto al mero rispetto della normativa vigente è frutto di una ponderazione a monte che ravvisa in ogni caso in tale scelta la massimizzazione del profitto finale per i soci; tale concezione dello *stakeholderism* non sradica evidentemente la preminenza dello scopo lucrativo. V. sul punto E. BARCELLONA, *op. cit.*, 4.

uno scopo unitario (coincidente con il profitto), ma una pluralità di scopi pari-ordinati: l'interesse dei soci alla remunerazione dell'investimento e gli interessi portati dagli *stakeholder*. In ciascuna delle due visioni («forte» e «debole») dello *stakeholderism* non è dunque mai previsto un totale sacrificio dell'interesse lucrativo: la teoria della *Corporate Social Responsibility*, in altre parole, non si esaurisce nell'esercizio di attività di filantropismo, né è circoscritta – si pensi alle derive delle politiche di *green washing*¹³ – al compimento di azioni socialmente benefiche come strategia reputazionale. Al contrario, l'integrazione della CSR nel *business model* implica un integrale mutamento di paradigma nella conduzione dell'attività imprenditoriale, teso a produrre la considerazione complessiva e cumulativa degli interessi dei soci e degli *stakeholder* nell'adozione delle scelte gestorie.

In tempi più recenti, nell'analisi giuridica ed economica del fenomeno i riferimenti alla *Corporate Social Responsibility* hanno ceduto il passo alla nuova concezione della *Sustainable Corporate Governance* o, più in generale, al richiamo ai fattori ESG. Quello che a prima vista appare un mero mutamento terminologico, mostra in realtà un significativo cambio di attitudine rispetto alle tematiche in questione: l'accento non è più posto sui soli profili della responsabilità, bensì sulla *sostenibilità* come modello di *governance* atto a costituire una strategia razionale ed efficiente di crescita dell'impresa nel lungo termine¹⁴. Si assiste, in altre parole, alla transizione da un concetto fondamentalmente etico di responsabilità «sociale» dell'impresa alla considerazione della sostenibilità come «core business function», centrale per il complessivo successo dell'attività economica¹⁵.

¹³ Sul tema del *greenwashing* quale traduzione distorta dei principi della *Corporate Social Responsibility* v. da ultimo la lucida analisi di A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il greenwashing per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, in *Amb. Sviluppo*, 2022, 6, 403 ss.

¹⁴ Non a caso, le prospettive di *long-termism* nelle scelte gestorie sono individuate anche dalle istituzioni europee come le strategie più coerenti – rispetto alle contrastate strategie di *short-termism* – con la «sostenibilità» dell'impresa. V. al riguardo *infra*, par. 3.1.

¹⁵ In argomento, M. TONELLO, *Corporate Investment in ESG Practices*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2015, 2 ss.; R. ROLLI, *op. cit.*, 29-31.

Sebbene le istanze di riforma del ruolo della grande impresa capitalistica – e quindi del diritto societario – sembrino oggi considerate da larga parte della dottrina come un'inevitabile necessità, sussistono tuttavia ancora forti voci contrarie al nuovo paradigma della sostenibilità, quantomeno nei termini latamente retorici con cui sovente il fenomeno è affrontato.

Operando una sintesi sulle differenze di dettaglio nelle singole opinioni, le posizioni in campo si riducono essenzialmente a due.

La prima posizione raccoglie coloro che, sulla spinta della nuova (o rinnovata) sensibilità per i temi sociali e ambientali, evidenziano come il tradizionale modello capitalistico affermatosi nel corso del Novecento produca una crescita economica «tossica», in cui le scelte di gestione improntate unicamente all'interesse degli azionisti scaricano sugli *stakeholder* i rischi finanziari e sistemici – si pensi al riscaldamento globale – conseguenti alla conduzione dell'attività imprenditoriale. Il contrasto a questo fenomeno dovrebbe investire, secondo l'opinione in discorso, anche la riforma del diritto dell'impresa e, in particolare, degli aspetti relativi allo scopo della società, alla *governance* e alle responsabilità gestorie; l'obiettivo ultimo è quello dello *stakeholderism* – «forte» o «debole» – quale risposta più adeguata all'efficiente gestione delle esternalità negative per tutti i soggetti che a vario titolo entrano in contatto con l'imprenditore¹⁶.

Sul versante opposto, altre opinioni evidenziano come i (pur necessari) vincoli atti ad assicurare la sostenibilità sociale e ambientale dell'attività economica dovrebbero essere definiti dalle politiche pubbliche e restare al di fuori delle logiche di libero mercato e, quindi, dai meccanismi di *governance* delle grandi imprese azionarie. Ciò, sulla base di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l'attribuzione al *management* della grande impresa del compito di selezionare gli interessi meritevoli sconterebbe l'assenza di legittimazione politica nell'adozione di scelte, quali quelle relative alla tutela dell'ambiente e dei diritti sociali,

¹⁶ Per la posizione in questione, nella dottrina italiana v. in particolare U. TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, 1, 1 ss.; ID., «Poteri» e «interessi» nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, *passim*.

fortemente ancorate alla sensibilità collettiva e dunque più correttamente governabili tramite i meccanismi democratici. In secondo luogo – e in questo può individuarsi il vero cuore del problema della sostenibilità dell'impresa – si evidenziano i pericoli insiti in una *governance* societaria tesa all'ottenimento, senza criteri orientativi certi, a un risultato diverso dallo *shareholder value*; il rischio maggiore di affidare al *management* delle società il temperamento della pluralità di interessi (dei soci e dei «portatori di interessi» non soci) in gioco – si è messo in luce – sarebbe rappresentato dal pregiudizio alla sostenibilità finanziaria, con effetti parimenti deleteri in termini di impoverimento collettivo¹⁷.

3. Il complesso scenario giuridico

Nonostante la (relativa) novità del tema, il concetto di «sostenibilità dell'impresa» ha già iniziato a fare breccia tanto negli ordinamenti nazionali quanto a livello sovranazionale. In parallelo con il chiaro percorso legislativo in progressiva evoluzione nell'ordinamento europeo, negli ultimi anni i singoli Stati membri hanno infatti gradualmente provveduto a integrare nei propri ordinamenti costituzionali e – in alcuni casi, anche – societari nuovi riferimenti alla «sostenibilità» e alle tematiche sociali e ambientali. Allo stesso modo, un ruolo significativo nella transizione del mondo imprenditoriale verso l'«era ecologica» è stato giocato – ed è giocato tuttora – dagli operatori di mercato.

3.1. Il diritto dell'Unione europea tra obblighi di trasparenza e norme di condotta

L'improvvisa diffusione della dottrina della *Corporate Social Responsibility* è stata in un primo momento interpretata dalle istituzioni

¹⁷ Per le posizioni espresse sul punto nella dottrina italiana, v. tra gli altri M. STELLA RICHTER JR., *Long-Termism*, in *Riv. Soc.*, 2021, 16 ss.; C. ANGELICI, *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa*, *ivi*, 2018, 3 ss.; E. BARCELLONA, *op. cit.*, 1 ss. cfr. anche R. SACCHI, *La capacità propulsiva della s.p.a. quotata è andata esaurendosi?*, in *Rivista ODC*, 2021, 2, 581 ss.

europee come un fenomeno intrinsecamente collocato al di fuori del campo d'azione legislativa dell'UE, al punto che la strategia inizialmente adottata è stata quella di non interferire, limitandosi a supportare lo spontaneo sviluppo di tale fenomeno (al più) con regole di *soft law*¹⁸.

Negli ultimi anni, complice anche la forte pressione sociale e culturale nel segno della *Sustainable Corporate Governance*¹⁹, si è invece assistito a un netto mutamento di impostazione da parte della Commissione UE, che ha abbandonato la prospettiva «volontaristica» in favore di un generale quadro di interventi teso a promuovere e incentivare (quando non imporre) politiche gestionali ispirate alla cura dei fattori ESG²⁰.

Il primo punto di emersione del nuovo indirizzo dell'Unione è storicamente rappresentato dalla Direttiva sull'informazione non finanziaria del 2014 (c.d. *NFRD*)²¹, per la prima volta specificamente rivolta alle

¹⁸ Ciò, sul presupposto, già evidenziato nel testo, per cui il contenimento dei danni alla società o all'ambiente è stato considerato come perseguibile in misura più efficace dall'impresa transnazionale interessata a coltivare la propria reputazione e immagine sul mercato, rispetto all'alternativa di interventi normativi “calati dall'alto” ma limitati, sul piano della vincolatività, ai confini territoriali dell'Unione europea.

¹⁹ Pressione regolativa – è bene evidenziarlo – proveniente anche dagli stessi operatori economici. Si pensi alle pubblicazioni annuali (in particolare: 2018, 2019, 2020) della lettera ai CEO di Larry Fink (amministratore delegato del fondo Blackrock), che invitano i *manager* delle grandi imprese a orientare la strategia imprenditoriale verso una redditività sostenibile e di lungo termine, idonea ad arginare l'impatto ambientale e la fragilità dei mercati; ancora, si pensi alla *Business Roundtable*, la quale nel 2019 ha pubblicato lo *Statement on the Purpose of a Corporation* che ha sottolineato la necessità che le imprese perseguano gli interessi di tutti gli *stakeholder* nell'ottica di una creazione di valore di lungo termine per gli stessi azionisti.

²⁰ V. sul punto anche M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impr.*, 2023, 1, 54 ss., il quale evidenzia come i primi interventi della Commissione UE, incentrati sull'auspicio di una diffusione spontanea di condotte imprenditoriali socialmente responsabili, non hanno prodotto il risultato sperato sino a quando “l'idea della responsabilità sociale delle imprese è divenuta, quasi improvvisamente, *mainstream*” e ha investito il versante legislativo con interventi via via più giuridicamente vincolanti.

²¹ Dir. UE 2014/95/UE, recepita in Italia con il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, rivolta alle imprese di grandi dimensioni che costituiscono «enti di interesse pubblico» e che presentano, alla data di chiusura del bilancio, un numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 500. In argomento, v. per tutti S. BRUNO, *Dichiarazione*

imprese di maggiori dimensioni. Sulla scorta del principio *comply or explain*, la Direttiva ha imposto obblighi informativi relativi, alternativamente: (i) alle politiche adottate per la gestione di rischi ambientali e sociali ovvero (ii) alle ragioni di mancata adozione delle politiche in parola. Limitandosi alla previsione di obblighi di trasparenza, la normativa sulle informazioni non finanziarie non impone all'organo amministrativo di perseguire interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli (finanziari) dei soci; purtuttavia – è il caso di evidenziarlo – essa riconosce per la prima volta la «legittima» facoltà degli amministratori di superare lo *shareholder value* per realizzare politiche a favore degli *stakeholder*²².

Il vero spartiacque per la conversione del diritto europeo al paradigma della sostenibilità (e della finanza sostenibile) è tuttavia rappresentato dall'*Action Plan* della Commissione per lo sviluppo sostenibile varato nel 2018²³ e dalla successiva *Nuova Strategia per la Finanza*

“non finanziaria” e obblighi degli amministratori, in *Riv. soc.*, 2018, 4, 974 ss.; U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di S.p.A. tra “interessi dei soci” e “altri interessi”*, in *Riv. soc.*, 2018, 1, 20 ss., spec. 28, il quale evidenzia come nell'ambito della direttiva «le “informazioni non finanziarie” sono finalizzate, da un lato, a far conoscere agli *stakeholders* l'“impatto sociale” della singola impresa, dall'altro (e forse ancor prima) a indicare ai soci se ed eventualmente come gli amministratori hanno operato per interessi diversi da quelli “lucrativi”».

²² V. in particolare il Considerando n. 3 della Direttiva, il quale chiarisce come la finalità dell'intervento sia quella di «individuare i rischi per la sostenibilità e accrescere la fiducia degli investitori e dei consumatori [...], per gestire la transizione verso un'economia globale sostenibile, coniugando redditività a lungo termine, giustizia sociale e protezione dell'ambiente»; il medesimo principio è espresso nei documenti che rappresentano gli antecedenti normativi dell'emanazione della direttiva: cfr. le Comunicazioni della Commissione del 13 aprile 2011 e del 25 ottobre 2011 che evidenziavano la necessità di aumentare il livello di trasparenza in materia ambientale nonché le due Risoluzioni del Parlamento europeo del 6 febbraio 2013, in cui si riconosceva l'importanza di identificare i rischi nel lungo periodo discendenti dalla mancata considerazione dei fattori ambientali e sociali nonché di promuovere la fiducia degli investitori.

²³ Di particolare importanza è l'azione 10 prevista dall'*Action Plan*, che pone il duplice obiettivo di attenuare l'orientamento allo *short-termism* degli operatori dei mercati dei capitali e di favorire la *Sustainable Corporate Governance* degli emittenti.

Sostenibile del 2021. Raccogliendo le sollecitazioni provenienti dai citati Accordi di Parigi e dall'Agenda ONU per il 2030, l'Unione europea ha previsto un quadro di interventi che, con lo scopo di plasmare la *governance* societaria sui principi della sostenibilità, spaziano da misure di regolazione sulla trasparenza e sulla gestione dei rischi ESG a previsioni che incidono sulla politica industriale. Nello specifico, l'azione dell'UE sembra snodarsi su tre principali direttrici: (i) obiettivi di trasparenza sui rischi e sulle opportunità della «finanza sostenibile»; (ii) azioni di contrasto ai comportamenti e alle strategie imprenditoriali che, anziché mitigare, incrementano i rischi ESG; (iii) azioni per incentivare condotte gestorie coerenti con lo sviluppo sostenibile²⁴.

In seno all'intricata congerie di atti già adottati o programmati dall'UE, entro la prima tra le direttrici indicate si colloca senza dubbio la significativa revisione della citata Direttiva sull'informazione non finanziaria, attuata con l'emanazione della *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), che: (i) da un lato, amplia i criteri dimensionali di selezione delle imprese soggette agli obblighi di trasparenza fino a comprendere anche le PMI quotate e include nel proprio campo di applicazione anche le società non UE che abbiano azioni quotate sui mercati regolamentati europei; (ii) dall'altro, rafforza gli obblighi di

²⁴ I piani UE per la finanza e lo sviluppo sostenibile si collocano entro la cornice del *Green Deal europeo*, descritto dalla Commissione come «una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse»: cfr. la Comunicazione della Commissione COM(2019)640 dell'11 dicembre 2019. Oltre agli atti normativi indicati nel testo, mette conto evidenziare come l'azione dell'UE si estenda anche alla previsione di misure tese a orientare i finanziamenti alle imprese da parte del comparto bancario (azione 8 dell'*Action Plan*), al rafforzamento della comunicazione in materia di sostenibilità e della relativa regolamentazione contabile (azione n. 9) nonché al tema dell'integrazione della sostenibilità nei processi di investimento (su cui v. in particolare il Reg. UE 2019/2088 del 27 novembre 2019 e l'attesa revisione della direttiva MiFID II 2014/65/UE, della direttiva Solvibilità II 2009/138/CE e delle direttive IDD 2016/97/UE e MiFIR). Sugli ulteriori interventi in tema di finanza sostenibile già adottati dall'UE, v. R. ROLLI, *op. cit.*, 41-42.

trasparenza per quanto riguarda la *corporate governance*, in particolare con riferimento ai ruoli ricoperti dagli amministratori in rapporto agli obblighi previsti nella direttiva; è poi specificato che incombe sull'intero consiglio di amministrazione (oltre che sull'organo di controllo) l'obbligo di assicurare che i documenti informativi siano redatti in conformità con le prescrizioni della direttiva²⁵.

Gli obiettivi posti dalla seconda direttrice sono stati sinora soddisfatti dall'adozione del Regolamento Tassonomia (successivamente integrato da due Regolamenti delegati)²⁶ il quale, ponendosi in stretto dialogo con le norme in materia di informazioni non finanziarie, detta una classificazione delle condotte ecosostenibili delle imprese mediante la previsione di c.d. *indicatori fondamentali di sostenibilità* (*Key Performance Indicators*). Nella stessa direzione di contrasto alle condotte che incrementano i rischi ESG si era peraltro già mossa la Direttiva *Shareholder Rights II*, che ha rafforzato la relazione di reciproca influenza che l'Unione europea ravvisa tra la «sostenibilità» dell'impresa e la sua gestione nella prospettiva del lungo termine (in contrapposizione con i rischi dello *short-termism*)²⁷.

Da ultimo, l'Unione europea ha avviato l'ulteriore *step* evolutivo, rappresentato dall'avvio degli interventi che si collocano nel perimetro

²⁵ Cfr. Direttiva UE 2022/2464 del 16 dicembre 2022, entrata in vigore il 5 gennaio 2023 e in attesa di essere recepita dagli Stati membri. Per una prima analisi della Direttiva, v. R. ROLLI, *op. cit.*, spec. 44 ss.; 111 ss.; Sul punto anche M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, cit., 54 ss.

²⁶ Cfr. Taxonomy Regulation (Reg. UE 2020/852 del 18 giugno 2020), successivamente integrato dai regolamenti delegati Reg. UE 2021/2178/UE che precisa gli indicatori fondamentali di sostenibilità (KPI) e Reg. UE 2022/2464 che amplia l'ambito di applicazione degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità.

²⁷ Cfr. la Dir. UE 2017/828/UE di revisione della Prima Direttiva Azionisti (2007), recepita in Italia con il d.lgs. 10 maggio 2019, n. 49 che, onde favorire il perseguimento di strategie a lungo termine da parte dell'organo amministrativo, detta delle linee guida per la definizione da parte delle società quotate delle politiche di remunerazione degli amministratori volte a «contribuire alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società».

della terza (e più incisiva) tra le direttrici individuate²⁸. Su Raccomandazione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021, il 23 febbraio 2022 la Commissione UE ha presentato una Proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* (CSDD o CS3D), rivolta alla vera e propria inclusione della sostenibilità nella *corporate governance* delle società e al contrasto allo *short-termism*²⁹.

A seguito di un complicato e dibattuto *iter* legislativo, la Direttiva è stata da ultimo approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio rispettivamente nei mesi di aprile e maggio 2024 (2022/0051 COD). Nel testo infine adottato, il cui impatto innovativo appare fortemente mitigato rispetto all'iniziale stesura della proposta, è comunque evidente il cambio di passo rispetto alla primigenia considerazione della CSR come modello di condotta affidato, in ultima istanza, alle dinamiche di mercato³⁰. La Direttiva muove dall'obiettivo di assicurare il rispetto del

²⁸ La proposta si pone in perfetta coerenza con i principi enunciati negli artt. 3 e 31 TUE con riguardo all'impegno dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile e la piena tutela dei diritti dell'uomo e dell'ambiente. Preliminare alla proposta è stata l'adozione dell'*Inception Impact Assessment* del luglio 2020, che ha dato avvio ai lavori orientati alla definizione di una "sustainable corporate governance".

²⁹ Si legge nella Raccomandazione del Parlamento europeo la duplice constatazione per cui «la globalizzazione dell'attività economica ha aggravato l'incidenza degli impatti negativi delle attività aziendali sui diritti umani, in particolare per quanto concerne i diritti sociali e del lavoro, l'ambiente e la buona governance degli Stati» (Considerando C) e «se la dovuta diligenza viene attuata in modo completo, le imprese trarranno vantaggio nel lungo termine da una migliore condotta aziendale incentrata sulla prevenzione anziché sulla riparazione dei danni» (Considerando E). Per i primi commenti al testo della Raccomandazione, v. i commenti pubblicati nel fascicolo 2/3 del 2021 di *Rivista delle Società*, tra cui U. TOMBARI, *La Proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un "capitalismo sostenibile"*, in *Riv. soc.*, 2021, 2-3, 375 ss.; M. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, *ivi*, 325 ss.; v. anche S. ROSSI, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, cit., spec. 120 ss.

³⁰ V. sul punto M. STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: notarelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. Soc.*, 2022, 714 ss., secondo cui al fondo dei primi interventi dell'UE (i.e. la Direttiva sulle Informazioni Non Finanziarie e il Regolamento Tassonomia) vi sarebbe stato il tentativo di proteggere gli interessi collettivi dell'ambiente e dei diritti umani mediante lo stimolo indiretto – rappresentato dagli obblighi di *disclosure* – a una «sorta di autodisciplina» in cui consumatori e investitori

trattico di valori rappresentato dai diritti umani, dall'ambiente e dalla buona *governance*; a questo fine, è previsto un intervento armonizzato degli Stati membri da attuarsi mediante la previsione in capo alle grandi imprese (*recte*: all'organo amministrativo delle società) di norme di condotta specificamente sanzionate, assistite da adeguati meccanismi di riparazione giudiziale e stragiudiziale. La Direttiva impone inoltre alle imprese l'obbligo di rispettare e far rispettare i diritti umani e l'ambiente anche nella «catena del valore» (o «catena di fornitura»): tema, questo, di fondamentale importanza per concretizzare il modello teorico che – come si è visto – già agli esordi del nuovo indirizzo culturale aveva individuato nell'attitudine transnazionale e nel potere economico dell'impresa multinazionale la chiave per (far) assicurare il rispetto di elevati *standard* di tutela sociale e ambientale anche ai *partner* commerciali aventi sede al di fuori del territorio dell'Unione³¹.

In uno scenario normativo complesso e in costante divenire, l'approvazione della Direttiva sulla *Due Diligence* (nonostante i forti contrasti intervenuti tra gli Stati membri per la sua adozione e indipendentemente dalle attualmente imprevedibili scelte che saranno operate in sede di recepimento)³² mostra chiaramente la posizione recentemente assunta

sarebbero stati gli arbitri e i giudici della sostenibilità dell'impresa. La Direttiva sulla *Due Diligence* segna, in questo senso, la presa di coscienza dell'Unione europea sull'incapacità dei soli meccanismi di mercato a condurre all'auspicata transizione *green* delle imprese europee.

³¹ La tematica era stata affrontata anche nel citato Rapporto Assonime del 2021, che già individuava nella «disciplina europea sugli obblighi di diligenza nelle catene di fornitura in materia ambientale e di diritti umani [...] un tema di assoluta importanza al fine di completare il quadro delle tutele in tali ambiti, considerata la frammentazione del ciclo di produzione che avviene attraverso le catene di fornitura». Cfr. sul punto anche F. MUCCIARELLI, *Ricomporre il nesso spezzato: giurisdizione e legge applicabili alle imprese multinazionali*, in *Riv. Soc.*, 2021, 2-3, 349 ss.

³² Sin dalla sua pubblicazione, la Proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* ha infatti suscitato forti critiche e perplessità tra gli interpreti, sia sul piano della tecnica legislativa sia – soprattutto – sul piano dell'opportunità; sotto quest'ultimo profilo, la preoccupazione diffusa concerne naturalmente gli effetti a cascata delle innovative previsioni, rispettivamente (i) sui principi di diritto societario (i.e. l'individuazione dello scopo della società e i confini della responsabilità dell'organo gestorio) degli Stati membri e (ii) sulla concorrenzialità delle imprese europee. V. sul punto

dall'Unione europea nel senso del superamento dell'impianto regolatorio fondato esclusivamente sulla trasparenza autoregolata delle imprese in favore di una prospettiva «interventista», tesa a raccogliere le istanze di *Sustainable Corporate Governance* e di *stakeholderism* con lo scopo ultimo di innescare “dall'alto” la trasformazione della *governance* delle società azionarie europee.

3.2. *Il panorama nazionale tra recepimento della normativa UE e interventi settoriali*

In parallelo con il percorso normativo europeo, le esigenze di trasformazione culturale nel segno della sostenibilità sono permeate negli Stati membri, inducendo alcuni ordinamenti nazionali ad adottare, anche indipendentemente dagli impulsi di fonte europea, provvedimenti orientati a favorire una nuova dimensione di *corporate governance* aperta alle istanze degli *stakeholder*. A tale generale movimento innovatore non è invero sfuggito neppure il legislatore italiano che, seppur lungi dall'affrontare in modo diretto tanto il tema della «responsabilità sociale» quanto quello, altrettanto spinoso, della «sostenibilità» dell'impresa, ha via via introdotto una serie di misure di dettaglio che testimoniano la nuova sensibilità sociale alla questione, soprattutto nella sua declinazione della sostenibilità ambientale. Così, alcuni riconoscimenti generali alle tematiche ambientali in ambito imprenditoriale si rinvencono già nella disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 231/2001 – che impone alle imprese di organizzare l'attività in termini di prevenzione e contrasto al compimento di reati ambientali (cfr. art. 25 *undecies*) – nonché nel c.d. *statuto delle imprese* (l. 11 novembre 2011, n. 180), che promuove espressamente le «tematiche ambientali».

In seguito, il tessuto normativo si è arricchito di una costellazione di nuove previsioni che, in via ulteriore rispetto alle norme di recepimento

L. ENRIQUES, *The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-Oriented Governance on Steroids*, in *Riv. Soc.*, 2021, 2-3, 320 ss., oltre agli altri contributi indicati *supra*, nt. 30.

della normativa europea³³, si declinano oggi in due principali versanti: l'uno è rappresentato da interventi di carattere settoriale; l'altro incide sugli stessi valori costituzionali.

Nel primo versante rientrano le misure introdotte per facoltizzare e incentivare il perseguimento, da parte delle imprese, di precisi obiettivi di sostenibilità e, in senso più ampio, di attenzione ai fattori ESG. Antesignana, in questo senso, è la disciplina dell'impresa sociale (introdotta con d.lgs. 155/2006 e ora regolata dal d.lgs. 112/2017), che consente all'impresa, oggi riconosciuta come «ente del terzo settore», di esercitare un'attività economica senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. L'innovazione più significativa è tuttavia ascrivibile all'introduzione della c.d. *società benefit*, quale primo modello di società lucrativa che persegue, oltre allo scopo della ripartizione degli utili tra i soci (*ex art. 2247 c.c.*), anche «una o più finalità di beneficio comune» scelte dai soci e indicate nello statuto, operando «in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente» (art. 1, comma 376)³⁴. Seppur con ambito di applicazione limitato a una specifica scelta statutaria dei soci, la norma che definisce la *società benefit* mostra in potenza due significativi punti di rottura rispetto al diritto societario tradizionale, che hanno scatenato un ampio dibattito nella dottrina. In primo luogo, si è detto, la nuova disciplina avrebbe sancito l'ingresso nell'ordinamento di variazioni societarie che ammettono la compresenza di una pluralità di scopi, consentendo l'associazione allo scopo lucrativo del perseguimento degli interessi di altri *stakeholder* individuati nello statuto³⁵. In secondo

³³ Tra le norme di diretta derivazione europea, spiccano in particolar modo: (i) il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254 di attuazione della Direttiva sulle informazioni non finanziarie del 2014, destinato a essere modificato in recepimento della nuova Direttiva CSRD del 2022; (ii) il d.lgs. 10 maggio 2019, n. 49 di attuazione della Direttiva SHRD II.

³⁴ Introdotta con la legge di stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208), art. 1, commi 376-383.

³⁵ Per una panoramica delle opinioni espresse in materia di *società benefit*, anche in relazione alla CSR, v. G. RIOLFO, *Sostenibilità sociale/ambientale dell'attività d'impresa: la proposta di direttiva sul "dovere di diligenza ai fini della sostenibilità" e l'esperimento delle società benefit*, in *Contr. Impr.*, 2023, 1, 184 ss.; M. PALMIERI,

luogo – e come diretta conseguenza di ciò – nella disciplina delle società *benefit* sembra parimenti alterato il tradizionale ambito operativo della *business judgement rule*, giacché in capo all'organo amministrativo è posto l'onere di indirizzare le scelte gestorie al perseguimento di una inedita combinazione dello scopo lucrativo e di ulteriori scopi statutari in favore di soggetti diversi dai soci; attività, questa, che appare per antonomasia come insindacabile nel merito³⁶.

Il secondo, centrale segnale della transizione ecologica in atto nell'ordinamento è poi rappresentato dal formale riconoscimento del rilievo della «sostenibilità ambientale» attuata con la recente riforma costituzionale, che non solo ha riconosciuto valore di principio costituzionale alla tutela dell'ambiente (nuovo art. 9 Cost.), ma ha altresì integrato il dettato dell'art. 41 Cost., che oggi include espressamente l'ambiente tra i limiti al libero esercizio dell'attività economica³⁷.

Sulla riforma costituzionale si sono concentrate le opinioni degli interpreti, che in essa hanno rinvenuto la costituzionalizzazione della

L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit, in *Banca, Impresa, Società*, 2017, 2, 201 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Società benefit e società non benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 2, 2017 il quale descrive la società *benefit* come quella variazione societaria in cui «in base ad autonome scelte imprenditoriali le società possono ritenere economicamente conveniente programmare la propria attività tenendo in considerazione interessi, benefici o altri elementi di carattere ideale che possono anche essere fissate nello statuto senza tradire la finalità lucrativa». S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non profit*, in *Le Nuove Leggi civ. comm.*, 2016, 5, 995 ss., ove si evidenzia: «la normativa in tema di società *benefit* investe profili nevralgici del paradigma societario – quali l'oggetto, lo scopo, e l'interesse sociale – che si atteggiavano diversamente rispetto a quanto di norma previsto per i tipi lucrativi».

³⁶ Uno dei nodi più cruciali della disciplina delle società *benefit* – ma il discorso si estende, a maggior ragione, alla prospettiva del generale ingresso della teoria della CSR nel diritto societario – riguarda l'incidenza del perseguimento di una pluralità di scopi sociali sull'operato degli amministratori e sulla responsabilità dei medesimi. Sul punto si tornerà, a più riprese, *infra* nel testo.

³⁷ Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (“Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente”), che modifica: l'art. 9, aggiungendo un ultimo comma che recita: «[La Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

stessa «tutela della sostenibilità»³⁸. In forza dell'espresso riferimento all'ambiente, parte della dottrina ha poi ravvisato margini di diretta applicazione (*Drittwirkung*) dell'art. 41, comma 2, Cost., sul rilievo per cui alla luce dell'attuale contesto normativo – anche e soprattutto di derivazione europea – sarebbe possibile per il giudice ricostruire il contenuto della tutela rafforzata dell'ambiente in rapporto alla libertà di esercizio dell'iniziativa economica; secondo tale opinione, sarebbero in particolare il Regolamento Tassonomia e la Direttiva sulle informazioni non finanziarie a fornire la base normativa per ravvisare nella violazione delle previsioni ivi stabilite un negativo impatto ambientale non consentito dall'art. 41 Cost.³⁹.

Alle descritte novità normative per così dire «mirate» ai temi della sostenibilità si sono poi affiancati, nella legislazione recente, interventi di riforma di interi settori del diritto, ove hanno trovato riconoscimento

³⁸ V. in particolare V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, in *Rivista ODC*, 2022, 413 ss.

³⁹ V. in particolare la ricostruzione di A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria*, Bologna, 2023, spec. 106-109, 136-137, la quale ritiene che la riserva di legge di cui all'art. 41, comma 3, Cost., tradizionalmente estesa anche al precedente comma 2 (secondo cui l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»), possa essere considerata come una riserva *debole*, «ovverosia soddisfatta anche quando il giudice possa attingere a leggi per concretizzare discrezionalmente talune di queste limitazioni»; da ciò, Genovese conclude che la normativa europea, letta in combinazione con il nuovo art. 41, comma 2, Cost, non esaurirebbe la propria rilevanza nell'ambito dei rapporti di diritto societario e della trasparenza, ma sarebbe idonea a riempire di nuovo contenuto il dovere di correttezza imprenditoriale «esterna» degli amministratori (sul quale *infra*, par. 5). In generale sulla riforma e sul dibattito scatenatosi nella dottrina giuscostituzionalistica, v. G. DIFIORE, *La costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente: luci e ombre in una riflessione ancora "a caldo"*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, 2022, II, 1207 ss. Per le prime riflessioni sul tema nella dottrina giuscommercialistica, in rapporto all'incidenza della riforma sul tema della CSR e sulla *vexata quaestio* dello scopo dell'impresa, v. altresì M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile"*, cit., 54 ss.; V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, cit., 413 ss.; G. CAPO, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa*, cit., 81 ss.

sempre più frequente l'obbligo di considerazione degli interessi degli *stakeholder* nell'esercizio dell'attività economica nonché riferimenti sempre più specifici alle ragioni di tutela ambientale⁴⁰: l'esempio paradigmatico della tendenza in atto è rappresentato dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (d.lgs. 14/2019, in vigore dal 15 luglio 2022), che sotto il profilo della *corporate governance* appare imperniato attorno al dovere degli amministratori di gestire la società in crisi o insolvente nell'interesse prioritario dei creditori sociali.

3.3. Le prassi operative. L'autodisciplina e il ruolo chiave degli investitori istituzionali

Negli ultimi anni la cultura della «sostenibilità» imprenditoriale è stata recepita nell'ordinamento anche attraverso la spontanea adesione degli operatori del mercato.

In questo contesto, appare innanzitutto significativa la modifica del Codice di *Corporate Governance* attuata nel 2020, con la specifica previsione in capo agli amministratori delle società quotate dell'obiettivo-guida di perseguire il «successo sostenibile», definito nell'ambito dello stesso Codice come «la creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società». Il Codice non introduce obblighi o impegni di gestione ecosostenibile dell'impresa; tuttavia, la prevista elaborazione da parte del Consiglio di Amministrazione di un «piano industriale» coerente con la promozione del successo sostenibile costituisce un significativo segnale nel senso della considerazione della sostenibilità

⁴⁰ Tra questi, si annoverano, in particolare: (i) il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016), specialmente all'art. 6 e (ii) il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023), in particolare all'art. 57, comma 2. Per il censimento completo degli ulteriori interventi da cui emerge il rilievo crescente della sostenibilità, cfr. M. MONTALENTI, *La società per azioni: dallo shareholder value al successo sostenibile*, in C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO (a cura di), *Studi di diritto commerciale per Vincenzo di Cataldo. Impresa, società, crisi d'impresa*, Torino, 2021, vol. II, t. II, 671 ss.

come modello idoneo a favorire la buona *governance* societaria anche in via ulteriore rispetto alla mera esigenza di governo dei rischi ESG⁴¹.

In carenza di un esplicito riconoscimento normativo dello *stakeholderism* come strategia imprenditoriale, l'adesione facoltativa a modelli coerenti con la cura dei fattori ESG è inoltre dipesa in larga misura dal ruolo attivo dei soci: vale a dire, nel panorama che guarda alla grande impresa (*recte*: alla società per azioni quotata), dall'attivismo degli investitori istituzionali⁴² quali soggetti che, in ragione dell'entità delle partecipazioni detenute e della loro capacità di influenza, sono astrattamente in grado di esercitare una *moral suasion* sul *management* per incentivare una maggiore attenzione alla tutela degli interessi degli *stakeholder* (fosse anche solo per preservare il valore di mercato delle azioni, la reputazione dell'impresa, ecc.)⁴³.

⁴¹ Per l'analisi del nuovo Codice, v. P.G. MARCHETTI, *Il Nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. Soc.*, 2020, 273 ss., ove il «piano industriale» è definito come «documento programmatico nel quale sono definiti gli obiettivi, in coerenza con il livello di esposizione al rischio prescelto, nell'ottica di promuovere il successo sostenibile della società, come documento che integra piani strategici industriali e finanziari in cui il successo sostenibile è il filo conduttore della strategia complessiva».

⁴² La mera osservazione della realtà mostra come nell'ambito delle società quotate il peso degli investitori istituzionali sia in continua crescita, al punto che i più grandi investitori istituzionali (le c.d. *Big Three*, Blackrock, Vanguard e StateStreet) detengono ormai la maggioranza dei voti esercitati nelle assemblee delle principali società quotate italiane e mondiali. Cfr. sul punto G. BALP, G. STRAMPELLI, *Empowering institutional investors in concentrated owner corporate contexts: the case of Italy*, in *South Carolina Journal of International Law and Business*, 2020, 8 ss.; G. STRAMPELLI, *Soft law e fattori ESG: dai codici di corporate governance alle corporate e index guidelines*, in *Riv. soc.*, 2021, 5-6, 1100 ss.

⁴³ Il marcato rilievo degli investitori istituzionali ai fini dell'influenza sulle scelte gestorie si interseca altresì con il generale movimento, sollecitato dall'Unione europea (paradigmatica, al riguardo, la *SHRD II*) teso, anche e proprio in relazione alle sue connessioni con l'impatto ambientale, a privilegiare le strategie di long-termism. Sulle interferenze virtuose tra *long-termism* e sviluppo sostenibile v. da ultimo le riflessioni di F. DENOZZA, *Incertezza, azione collettiva, eternalità, problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders*, in *Riv. soc.*, 2021, 297 ss., in cui si evidenzia come nei più recenti atti normativi l'Unione europea «oltre ad avere individuato lo *short-termism* come causa (concausa) della crisi, ha allargato l'orizzonte, concettualizzando come frutto di *short-termism* una serie ampia di

In questa prospettiva, può dirsi che la cultura della sostenibilità è già in parte penetrata negli organi amministrativi delle principali società quotate; e ciò, attraverso la prassi, largamente diffusa tra gli investitori istituzionali, di adottare *stewardship* e *proxy voting guidelines* (c.d. *corporate guidelines*), ossia linee-guida con cui gli investitori dichiarano in via generale le proprie preferenze di voto in termini di scelte di *corporate governance*⁴⁴. L'esame delle *guidelines* adottate dagli investitori internazionali di maggiori dimensioni evidenzia infatti come le preferenze espresse dagli investitori negli ultimi anni siano perlopiù incentrate proprio sull'adozione di strategie ESG da parte delle società partecipate⁴⁵.

4. *L'impatto effettivo del paradigma della sostenibilità sulla Corporate Governance delle società italiane*

Una breve panoramica sullo stato dell'arte a livello normativo mostra come gli interventi europei sinora attuati nel segno della sostenibilità dell'impresa siano rivolti essenzialmente alle imprese di grandi dimensioni: il tratto comune ai Regolamenti e alle Direttive sinora esaminate⁴⁶ è infatti rappresentato dall'ambito di applicazione, che compren-

fenomeni negativi, che vanno dalla distruzione dell'ambiente alla riduzione degli investimenti in ricerca e sviluppo».

⁴⁴ Per l'analisi del ruolo delle *corporate guidelines* ai fini della promozione di condotte imprenditoriali sostenibili, v. per tutti G. STRAMPELLI, *Soft law e fattori ESG: dai codici di corporate governance alle corporate e index guidelines*, cit.; nella stessa direzione, ID., *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, ivi, 2021, 365 ss.; G. RACUGNO, D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in *Riv. soc.*, 2022, 726 ss.; P. MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, 2021, 336 ss.

⁴⁵ V. i dati raccolti in J.N. GORDON, *Systematic stewardship*, 2021, 20, reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3782814.

⁴⁶ Emblematica, in questo senso, è proprio la Direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* la cui approvazione, all'esito di tormentate fasi di negoziazione, è

de in linea tendenziale le imprese con un fatturato annuo di almeno 40 milioni di euro e un numero di dipendenti impiegati pari ad almeno 250 unità⁴⁷. Sulla base di questi dati, è chiaro che solo una minima parte del tessuto imprenditoriale nazionale – composto, come ampiamente noto, perlopiù da PMI non quotate nei mercati regolamentati – è nei fatti interessato dalle disposizioni eurounitarie in tema di sostenibilità.

Parimenti, le misure introdotte dalla normativa europea sono perlopiù incentrate sulla previsione di obblighi di *disclosure* che, se pure impongono all'organo amministrativo una considerazione rafforzata degli effetti dell'attività economica sugli *stakeholder*, solo indirettamente incidono sulla *governance* societaria e sui meccanismi di adozione delle scelte gestorie⁴⁸.

stata possibile anche in ragione della forte restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione (su cui *infra* alla nota che segue).

⁴⁷ La Direttiva sulle informazioni non finanziarie (così come il Regolamento Tassonomia a essa collegato) si applica alle imprese di grandi dimensioni che costituiscono enti di interesse pubblico e che, alla data di chiusura del bilancio, presentano un numero di dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 500. In sede di revisione, la Direttiva CSRD del 2022 ha ridotto le soglie dimensionali, disponendo che la direttiva si applichi a tutte le società che, alla chiusura del bilancio, superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: Euro 20.000.000; b) ricavi netti delle vendite e prestazioni: Euro 40.000.000; c) numero medio di dipendenti occupati durante l'esercizio: 250; la direttiva si applica anche alle PMI quotate, con i seguenti limiti dimensionali: a) totale dello stato patrimoniale: Euro 350.000; b) ricavi netti delle vendite e prestazioni: Euro 700.000; c) numero medio di dipendenti occupati durante l'esercizio: 10. La Proposta di Direttiva sulla *Due Diligence*, nella versione pubblicata dalla Commissione, stabilisce che tra i destinatari delle misure previste vi siano le società europee che nell'ultimo esercizio per cui è stato redatto il bilancio abbiano avuto in media più di 500 dipendenti e un fatturato netto globale di oltre 150 milioni di euro. Tali soglie sono state ridotte in sede di prima lettura da parte del Parlamento europeo a 250 dipendenti e un fatturato netto globale di 40 milioni di euro. Nel segno del compromesso che ha reso possibile l'approvazione della Direttiva, il testo da ultimo adottato innalza notevolmente le soglie: le norme della Direttiva troveranno infatti applicazione unicamente alle imprese con oltre 1.000 dipendenti e un fatturato netto globale superiore a 450 milioni di euro.

⁴⁸ Ad oggi, sono circa 200 le società italiane soggette agli obblighi di trasparenza della Direttiva sulle informazioni non finanziarie. Dopo il recepimento della Direttiva

In questo contesto, a differenza di altri Stati membri in cui l'attuazione degli obiettivi posti dall'Agenda ONU per il 2030 è stata perseguita anche mediante interventi – più o meno effettivi – sul diritto societario generale⁴⁹, ad oggi nell'ordinamento italiano il nuovo paradigma della *governance* sostenibile trova invece espresso riconoscimento da parte del legislatore solo ove frutto di un'esplicita scelta statutaria: è questo il caso dell'adozione del citato modello di società *benefit*, in cui è lo statuto – e non la legge – ad affidare all'organo gestorio il compito di bilanciare gli interessi lucrativi dei soci con gli interessi di individuate categorie di *stakeholder*. Sono invece del tutto assenti misure di carattere generale che incidono sulla *corporate governance* o che appaiono *prima facie* idonee a modificare e integrare gli obblighi gestori.

Sebbene il modello di «impresa sostenibile» sia all'evidenza a uno stadio embrionale nell'ordinamento italiano, negli ultimi anni la dottrina nazionale ha concentrato gli sforzi sull'analisi del fenomeno, onde

CSRD tale numero sembra destinato a crescere sino a circa 4.000. Cfr. i riferimenti nel sito web dell'Assonime, che si basa sui dati ISTAT del 2018.

⁴⁹ In questo senso, nel panorama comparatistico europeo spiccano l'esempio del Regno Unito e della Francia. Già a partire dal *Companies Act* del 2006 l'ordinamento inglese sembra infatti aver introdotto un concetto di responsabilità sociale dell'impresa nella *Section 172* relativa ai doveri degli amministratori, di fatto recependo a livello normativo modelli di gestione riconducibili a quello che è stato indicato come «enlightened shareholder value». Parimenti, in tempi più recenti, la *Loi Pacte* francese del 2019 ha sancito il dovere per l'organo gestorio di prendere in considerazione nella gestione dell'impresa anche i profili sociali e ambientali, stabilendo altresì la possibilità di concretizzare il perseguimento di tali interessi in via statutaria. Sul punto, vi è da dire che entrambe le scelte operate dagli ordinamenti in discorso soffrono di un grado di genericità nell'orientamento delle scelte gestorie tale da rendere le misure scarsamente effettive in questi primi anni di applicazione, soprattutto in termini di *enforcement*. Per una panoramica delle soluzioni raggiunte e del loro impatto sui rispettivi ordinamenti, v. C. AMATUCCI, *Responsabilità sociale dell'impresa e nuovi obblighi degli amministratori. La via giusta di alcuni legislatori*, in *Giur. comm.*, 2022, 612 ss.; U. TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, cit., 1 ss.; H. FLEISCHER, *La definizione normativa dello scopo dell'impresa azionaria: un inventario comparato*, in *Riv. soc.*, 2018, 803 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Corporate Social Responsibility e Common Law*, in *Giur. comm.*, 2019, 1041 ss.

tentare di ricomporre e condurre a sistema il composito insieme rappresentato delle incessanti misure di diritto europeo e l'immutato – quantomeno nei principi ispirati allo *shareholder value* – diritto societario interno.

Così, parte degli interpreti ha prospettato la possibilità di interpretare il disposto dell'art. 2247 c.c. in modo da attribuire parziale rilevanza a finalità diverse dal perseguimento degli interessi lucrativi dei soci. Gli argomenti spesi in questa direzione prendono le mosse proprio dal mutato contesto giuridico e, prima ancora, culturale, che – si afferma – sarebbe già in sé idoneo a orientare la gestione societaria in modo da essere sostenibile nel lungo termine, anche prendendo in considerazione gli interessi degli *stakeholder* esterni all'impresa⁵⁰.

Con un percorso parzialmente diverso, l'integrazione dei fattori ESG nella strategia di impresa è stata esaminata da altra parte della dottrina sotto lo specifico profilo del contenuto del «dovere di corretta amministrazione» ricavabile dall'art. 2403 c.c. In particolare, muovendo dal rilievo per cui la clausola generale del «dovere di corretta amministrazione» attua uno strutturale rinvio mobile a norme e parametri previsti dall'ordinamento giuridico, si è indagata la possibilità di ricavare dalle introdotte misure nazionali e di derivazione europea – anche e soprattutto nella prospettiva di ulteriore implementazione dell'*Action Plan* del 2018 con la Direttiva sulla *Due Diligence* da ultimo adottata – la trasformazione degli obblighi fiduciari degli amministratori «in termini di doverosità di criteri di comportamento funzionali all'integrazione della sostenibilità della strategia di impresa»⁵¹. Al riguardo, si è det-

⁵⁰ V. sul punto U. TOMBARI, "Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, *passim*; ID., *Corporate purpose e diritto societario*, cit., 1 ss.; R. ROLLI, *op. cit.*, spec. 82 ss.; M. LIBERTINI, *Un commento al manifesto della responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in V. CALANDRA BUONAURA, F. DENOZZA, M. LIBERTINI, G. MARASÀ, M. MAUGERI, R. SACCHI, U. TOMBARI, *Lo statement della Business Roundtable sugli scopi della società. Un dialogo a più voci*, a cura di M. PERRONE, in *Rivista ODC*, 2019, 3, 627 ss.

⁵¹ Per questa opinione, v. R. ROLLI, *op. cit.*, 112-144, la quale richiama altresì i contenuti e gli esiti dello *Study on directors' duties and sustainable corporate governance – Final report*, redatto da Ernst & Young su incarico della Commissione europea e pubblicato lo scorso 29 luglio 2020.

to, gli interventi normativi già operati e il nuovo codice di autodisciplina, unitamente considerati, sembrano sospingere verso la declinazione del dovere di correttezza nel senso non solo della facoltà, ma anche del dovere giuridico, per gli amministratori, di bilanciare gli interessi degli *shareholder* con quelli degli *stakeholder* rilevanti per l'impresa. Al riguardo, si noti tuttavia che, se questa appare la destinazione indicata, la medesima opinione ha al contempo cura di evidenziare come l'obiettivo finale non possa dirsi allo stato raggiunto, giusta la difficoltà di fondare giuridicamente una connotazione così forte del dovere di correttezza in un contesto in cui gli stessi concetti di «successo sostenibile» e di bilanciamento degli interessi degli *stakeholder* appaiono privi di una certa e univoca colorazione giuridica⁵².

Ancora, nel tentativo di aggirare il silenzio normativo – o comunque di anticipare interventi che sembrano inevitabili – già prima della recentissima adozione della Direttiva sulla *Due Diligence*, con argomenti parzialmente coincidenti, si è sostenuto che il complesso normativo rappresentato dal Regolamento Tassonomia, dal recepimento della normativa in tema di informazioni non finanziarie e dal nuovo art. 41 Cost., in uno con la revisione del codice di autodisciplina, costituirebbe già una fonte che concorre a definire nuove regole di corretto esercizio della funzione gestoria. Tale articolato normativo – si è detto – sembrerebbe già imporre agli amministratori della società un dovere di correttezza imprenditoriale riferito non solo alla comunicazione ai terzi, ma altresì al contenimento dei rischi ESG; da ciò viene tratta la conseguenza per cui l'ordinamento, fermo il rilievo dello scopo di lucro sancito dall'art. 2247 c.c., avrebbe già iniziato a prevedere una tutela rafforzata di «beni collettivi» quali la salubrità dell'ambiente o i diritti umani⁵³.

⁵² In argomento, R. ROLLI, *op. cit.*, spec. 124-126, la quale con specifico riguardo all'autodisciplina richiama anche le riflessioni di M. VENTORUZZO, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Le Società*, 2020, 440 ss., il quale condivisibilmente rileva che la formula «successo sostenibile» manchi di valore prescrittivo sul piano giuridico, con la conseguente inattitudine di tale formula a innescare lo sradicamento della prospettiva dello *shareholder value*.

⁵³ V. al riguardo, A. GENOVESE, *op. cit.*, spec. 142 ss., secondo cui «la regolazione sulla DNF [vale a dire sulle dichiarazioni non finanziarie], unitamente al Regolamento

I percorsi ermeneutici sinora sviluppati dalla dottrina italiana hanno in sostanza esaminato il frazionato quadro normativo per proporre ricostruzioni tese a suffragare la possibilità di interpretare le norme di diritto societario – e in particolare le disposizioni relative allo scopo della società (art. 2247 c.c.) e agli obblighi degli amministratori – in modo coerente con il paradigma dell'impresa sostenibile. Purtroppo, tali, pur encomiabili, tentativi di innescare “dal basso” l'evoluzione del diritto societario non solo si scontrano con la radicale assenza di meccanismi di *enforcement* in capo agli *stakeholder* i cui interessi dovrebbero essere perseguiti dagli amministratori, ma tendono altresì – anche in ragione della citata assenza di una presa di posizione normativa – ad arrestarsi, nella stessa opinione degli interpreti, dinanzi all'insuperabile necessità che il legislatore nazionale operi scelte di vertice in ordine alla misura degli interventi da attuare sul diritto societario, onde delineare con certezza i confini giuridici dell'«impresa sostenibile».

5. Considerazioni conclusive. Incertezze definitorie e prospettive future

Una visione d'insieme sul complessivo movimento socio-culturale teso a fare della «sostenibilità» dell'impresa il baluardo del nuovo Millennio mostra agevolmente il punto debole che rischia di vanificare i pur encomiabili tentativi di promuovere lo sviluppo «sostenibile» dell'impresa: si tratta dell'elevato tasso di incertezza terminologica e concettuale che pare tuttora caratterizzare non solo le analisi dottrinali del fenomeno, ma anche e soprattutto, il versante normativo. In controluce, dalle pur numerose e articolate riflessioni sinora svolte su questa materia sembrano emergere in particolare due profili particolarmente critici,

Tassonomia e al nuovo art. 41 Cost., può determinare una evoluzione dei contenuti aspecifici della correttezza imprenditoriale dovuta dagli amministratori (nella qualità di gestori dell'impresa azionaria), in base agli artt. 1175 e 1375 c.c.». In altri termini, «[l']evoluzione dell'ordinamento renderebbe, in pratica, sindacabili le scelte dell'impresa azionaria obbligata alla DNF quando esse, per quanto nell'interesse della società e al netto della *compliance*, riguardano gli impatti ambientali o sociali del modello aziendale».

la cui soluzione in apice sembra preliminarmente rispetto all'approfondimento delle conseguenze a cascata che la transizione sociale e ambientale è destinata a produrre sulla *governance* delle società di capitali.

In primo luogo, è chiaro che la forte matrice valoriale della *Sustainable Corporate Governance* (e, prima ancora, della *Corporate Social Responsibility*) ha sinora comportato un approccio alla materia fondato perlopiù su declamazioni di principio, che scontano l'evidente limite della vaghezza e genericità dei contenuti. Sebbene i richiami alla «sostenibilità», agli «interessi degli *stakeholder*» e alla «cura dei fattori ESG» siano allo stato tanto l'indefettibile premessa di ogni novità normativa in tema di impresa, quanto il passaggio obbligato di ogni riflessione sul diritto societario, non è infatti mai chiarito in maniera univoca cosa si debba intendere per «gestione sostenibile»; e anzi, a seconda dell'ordinamento e, entro ciascun ordinamento, del settore giuridico, le definizioni di sostenibilità riferite all'esercizio dell'impresa si rivelano numerose e non sovrapponibili⁵⁴. Allo stesso modo, di là della maggior tutela, quasi unanimemente invocata, per gli *stakeholder*, tale categoria risulta tuttavia priva di confini definiti; il che produce non pochi interrogativi nel momento in cui gli amministratori sono chiamati a operare nel concreto il richiesto bilanciamento tra gli interessi degli azionisti e quello, generalizzato, «degli *stakeholder*», nonostante entro tale gruppo eterogeneo possa non esservi – come sovente non vi è – coincidenza di interessi in rapporto a una determinata scelta gestoria⁵⁵.

Parimenti inafferrabile si palesa, poi, la declinazione nel concreto dei «fattori ESG», la cui cura si intende progressivamente porre a carico della grande impresa. Complice di tale incertezza è, peraltro, la stes-

⁵⁴ Sul punto, v. in particolare F. DENOZZA, *Rendere lo sviluppo sostenibile e democratico*, in D. CATERINO, I. INGRAVALLO, *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, 2020, 27 ss., secondo cui le nozioni di sostenibilità sarebbero circa un centinaio.

⁵⁵ Il problema sembra destinato a riprodursi anche nella Direttiva *Due Diligence*, che impone all'organo gestorio di considerare la tutela dell'ambiente e quella dei diritti umani quali valori pari-ordinati, sebbene nel concreto essi possano condurre a scelte antitetiche. Cfr. al riguardo M. STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: notarelle semiserie su problemi serissimi*, cit., 714 ss.

sa normativa europea che, nonostante gli sforzi profusi, sembra non aver ancora conseguito l'obiettivo di dotare proprio i fattori ESG di un contenuto giuridico certo nonché di una misurazione definita e, soprattutto, comparabile⁵⁶: elementi, questi, evidentemente cruciali e imprescindibili ai fini del buon esito dell'ambizioso progetto di conversione delle imprese europee al paradigma della sostenibilità⁵⁷.

In secondo luogo, in attesa del recepimento della Direttiva sulla *Due Diligence* (che potrà senza dubbio fornire delle indicazioni utili anche per le imprese escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva medesima), non pare ad oggi aver trovato una risposta univoca l'interrogativo avente ad oggetto l'identificazione dello *standard* di condotta che l'impresa (*recte*: gli amministratori) è chiamata ad adottare per ritenersi *compliant* con i principi di sostenibilità; non è in particolare risolta la questione di vertice, che involge una precisa scelta sistematica: lo *standard* di condotta che consente di ritenere l'impresa «sostenibile» deve essere necessariamente più rigoroso rispetto ai già esistenti vincoli normativi? Se infatti la «sostenibilità» fosse coincidente con il mero rispetto da parte dell'impresa delle previsioni di settore in materia ambientale e di tutela dei diritti umani, sarebbe arduo individuare la portata realmente innovativa dell'invocato cambio di paradigma; se invece, come sembra, l'impresa può dirsi «sostenibile» al sussistere di un *quid pluris* di diligenza rispetto alla *compliance* normativa, è

⁵⁶ Gli *standard* al momento più utilizzati (GRI *standards* e, negli Stati Uniti, gli SASB, oltre a un'ulteriore molteplicità di metriche e di indici di settore) mostrano uno scarso livello di comparabilità. Si noti che, per tentare di fornire parametri univoci in relazione agli obblighi prescritti dalla CSRD, il 31 luglio 2023 la Commissione europea ha adottato il primo set di ESRS, concepiti per essere altamente interoperabili con i GRI *Standards*.

⁵⁷ Al riguardo, è stato correttamente evidenziato che «the global and elusive nature of sustainability», così come «the kaleidoscopic nature of sustainability issues, which have no stable and comparable form, and change continuously depending on evolving circumstances» rappresenta un rilevante ostacolo al consolidamento dello *stakeholder approach*. V. Sul punto O. BOIRAL, J.F. HENRI, *Is sustainability performance comparable? A study of GRI reports of mining organizations*, in *Business & Society*, 2017, 89 ss.; Nella dottrina italiana, v. per tutti R. ROLLI, *op. cit.*, 99 ss.; F. SALERNO, *Il controllo esterno della rendicontazione di sostenibilità dopo la CSRD*, Napoli, 2023.

allora innegabile che siano ad oggi del tutto assenti i necessari criteri orientativi che consentano alle imprese di adeguare la propria condotta alla tutela degli interessi ulteriori rispetto a quelli finanziari dei soci che si vogliono tutelati in via rafforzata rispetto agli *standard* normativi già stabiliti dal legislatore⁵⁸.

In questo quadro complessivo, sembrano quindi da rigettare le opzioni interpretative che hanno tentato di gettare le fondamenta giuridiche dell'impresa «sostenibile» sulla base del frammentato contesto normativo di recente introduzione. Appare piuttosto necessario che sul punto si pronunci il legislatore, per dettare le coordinate di evoluzione dell'ordinamento – anche e soprattutto societario – nel segno della sostenibilità; e ciò, a valere non solo per le grandi imprese già oggetto di interesse da parte della normativa europea, ma anche – e soprattutto – per le piccole e medie imprese che rappresentano notoriamente la maggior parte delle imprese europee.

In quest'ottica, volgendo lo sguardo alle scelte sinora adottate dagli altri ordinamenti, emerge che le modifiche da questi sinora attuate sulla *corporate governance* si sono sviluppate secondo due direzioni, che racchiudono in sé le due possibili strategie di intervento prospettabili a livello teorico: da un lato – ed è questa la via del legislatore francese – la strada dell'integrazione delle norme sullo scopo della società, al fine di includere in esso il tema della sostenibilità e della cura degli interessi degli *stakeholder*; dall'altro lato – è questa la soluzione adottata dal Regno Unito – la scelta di modificare gli obblighi di condotta dell'organo amministrativo, imponendo direttamente agli amministratori di tenere conto dell'impatto delle strategie imprenditoriali sia nel lungo termine che con riguardo agli interessi degli *stakeholder*⁵⁹. Il primo approccio è evidentemente idoneo a produrre mutamenti più capillari e radicali, mentre il secondo palesa un grado di innovatività più ridotto, circoscritto cioè al solo tema dei canoni di diligenza (e della responsabilità) dell'organo gestorio.

⁵⁸ Insiste sul punto, in termini non dissimili, E. BARCELONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, cit., 1 ss.

⁵⁹ V. *supra*, nt. 49.

Nella prospettiva del legislatore italiano, la sfida che si pone è dunque quella di operare una scelta a monte: sembra cioè opportuno chiedersi se il nuovo standard della sostenibilità possa essere efficacemente perseguito con il solo intervento sui doveri degli amministratori o sia invece doveroso – come suggerito da parte della dottrina *supra* ricordata – incentrare la questione sull'ammodernamento dello scopo della società, onde superare definitivamente l'esclusività dello scopo lucrativo che sembra emergere dall'art. 2247 c.c., che alcuni autori non hanno esitato a definire una sorta di «fossile» nell'ordinamento⁶⁰.

Operata tale scelta di vertice, il vero punto cruciale dell'intera questione coincide in ogni caso sulla chiara individuazione del contenuto dell'obbligo di diligenza degli amministratori, sui quali la teorica della gestione sostenibile «scarica» il gravoso onere di attuare la penetrazione di interessi degli *shareholder* e interessi degli *stakeholder*. A questo riguardo, la specifica presa di posizione normativa da cui non pare possibile prescindere dovrebbe peraltro estendersi anche alle numerose implicazioni connesse all'eventuale ampliamento della sfera di interessi oggetto di tutela da parte degli amministratori. Oltre le dichiarazioni di intenti, nell'attuale assetto concettuale in tema di «sostenibilità» si riscontra infatti la grave assenza di un qualsivoglia principio di gerarchia tra gli interessi in gioco. Se le riflessioni dottrinali si concentrano lungamente sulle sfaccettature dello *stakeholderism* nelle sue diverse graduazioni di temperamento degli interessi degli *shareholder* e degli *stakeholder*, non sembrano essere state raggiunte in sede interpretativa – né, probabilmente, potranno esserlo – soluzioni certe in ordine alle modalità con cui gli amministratori dovrebbero attuare il prescritto bilanciamento in tutte le situazioni, tutt'altro che infrequenti, in cui gli stessi interessi degli *stakeholder* dell'impresa societaria siano tra loro confliggenti.

Il mosaico così complesso e sfaccettato che ora caratterizza le intersezioni tra il paradigma della «sostenibilità» e il diritto societario sembra destinato ad arricchirsi e, in qualche misura, completarsi con il re-

⁶⁰ U. TOMBARI, «Poteri» e «interessi» nella grande impresa azionaria, cit., 100-102, il quale ha sollecitato il legislatore a «riscrivere una nuova disposizione costitutiva e di carattere generale relativamente alla grande società per azioni».

cepimento della più volte citata Direttiva in tema di *Due Diligence*: nel testo da ultimo approvato, la direttiva introduce infatti disposizioni in tema di responsabilità degli amministratori che, in sede di recepimento, imporranno non solo l'atteso intervento del legislatore italiano con riferimento alle grandi imprese oggetto della direttiva ma, auspicabilmente, il generale – e, in potenza, rivoluzionario – ripensamento dei principi di diritto societario che oggi vedono, tuttora incontrastata, la prevalenza dello scopo lucrativo e il prevalente orientamento delle scelte gestorie al perseguimento dello *shareholder value*.

LA NECESSITÀ DI PRESIDIO PENALI A SUPPORTO DELLA TRANSIZIONE AMBIENTALE?

LUCI E OMBRE DEL CRIMINE D'ECOCIDIO

Marco Edgardo Florio

SOMMARIO: 1. *Il diritto penale e i suoi potenziali utilizzi (come “spada” e/o “scudo”) a supporto della transizione ambientale.* 2. *Le lacune del diritto (internazionale) penale come strumento a presidio dei risultati ottenibili dalla transizione.* 3. *Le lacune del diritto penale (nazionale) come mezzo per favorire il raggiungimento degli obiettivi della transizione.* 4. *Alcune proposte per assicurare almeno uno “scudo” alla transizione ambientale.* 5. *“Luci” e “ombre” del crimine d’ecocidio.* 5.1. *Il crimine d’ecocidio e gli interrogativi che lo riguardano.* 5.2. *Il crimine d’ecocidio: la soluzione preferibile?* 5.3. *I limiti dell’ecocidio in ottica “propulsiva”.* 6. *Un “diritto penale del clima” per favorire il raggiungimento della “neutralità climatica”?* 7. *Osservazioni conclusive.*

1. Il diritto penale e i suoi potenziali utilizzi (come “spada” e/o “scudo”) a supporto della transizione ambientale

Utilizzando una definizione molto vicina al senso comune, si ha “transizione” quando, da uno stato di “crisi”, si passa per una fase di cambiamento ed evoluzione, per infine approdare a un nuovo stato di fatto¹. Nel caso della transizione ambientale, la crisi è data dal cambia-

¹ Prendiamo qui le mosse da una versione semplificata della definizione proposta da M. GODELIER, voce *Transizione*, in *Enc. Einaudi*, XIV, Torino, 1981, 460 ss., per cui la “transizione” corrisponderebbe a una «fase ben specifica dell’evoluzione di una società, la fase in cui questa incontra difficoltà sempre maggiori interne o esterne, nel riprodurre il sistema economico e sociale sul quale si fonda e comincia a riorganizzarsi, più o meno rapidamente e più o meno violentemente, sulla base di un altro sistema che diviene infine a sua volta la forma generale delle nuove condizioni di esistenza».

mento climatico, mentre lo stato di fatto cui si vorrebbe approdare è la c.d. *neutralità climatica* (una situazione, cioè, in cui non siano più generate emissioni di gas a effetto serra non compensate)². Ciò emerge nitidamente dal *Green Deal europeo*³ e dal c.d. *accordo di Parigi*, dove è per la prima volta emerso un «nuovo consenso climatico»⁴ globale attorno all'obiettivo dell'abbandono dei combustibili fossili e del passaggio a fonti energetiche non inquinanti.

A giudizio degli scienziati, invero, il cambiamento climatico sta spingendo il pianeta verso un punto di non ritorno e, se non s'intraprende al più presto un percorso volto a riallineare il sistema socioeconomico globale a quello naturale, si rischia d'innescare un processo di trasformazione irreversibile per l'ecosistema che sarebbe fatale per la sopravvivenza dell'intera specie umana⁵.

Ora, gli obiettivi di lotta al cambiamento climatico sembrano richiedere, innanzitutto, un quadro normativo che favorisca il loro raggiungimento. Sarebbe probabilmente ingenuo, però, attendersi una (più) pronta adesione al progetto di azzeramento delle emissioni di gas a effetto serra, senza tentare di stimolarla in alcun modo anche con obblighi e sanzioni. Anche perché gli enormi costi che una politica volta alla riduzione delle emissioni può comportare per gli Stati, come lo scarso impatto climatico che essa potrebbe avere ove non ampiamente condi-

² Questo è «l'obiettivo generale che la scienza del clima richiede da tempo per avere una possibilità realistica di superare la crisi climatica» [H. SATZGER, *La protección del clima: ¿también es tarea del derecho penal!*, in *LH Arroyo Zapatero*, II, Madrid, 2021, 1734 ss. (anche per ulteriori puntualizzazioni su come dovrebbe venir inteso il concetto di "neutralità climatica")].

³ Sui passi compiuti dall'UE per innescare la transizione in atto, cfr. M. PETRACHI, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, 2023, 8 (in nt.).

⁴ Mutuiamo qui le parole di R. FALKNER, *The Paris Agreement and the new logic of international climate politics*, in *Int. Aff.*, 92 (5), 2016, 1107-1125.

⁵ Cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 65 ss., 176 ss.; T. VORNICU, *Global Warming. Humanity Must Survive the 21st Century*, I, Bloomington, 2021, 23 ss., 26 ss.; G. CEBALLOS, P.R. EHRLICH, R. DIRZO, *Biological annihilation via the ongoing sixth mass extinction signaled by vertebrate population losses and declines*, in *Proc. of the National Ac. of Sc. of the USA*, 2017, E6089, 1 ss.

visa a livello globale (a fronte invece di una conclamata riduzione di ricchezza nello Stato che in solitaria decidesse d'imbarcarsi in un simile percorso *green*), sembrano semmai rappresentare dei naturali disincentivi al compimento di sforzi più incisivi in tal senso⁶.

Il tempo a disposizione per raggiungere l'obiettivo, peraltro, non è molto; e il rischio che si corre è di giungere alla "meta" quando sarà ormai già troppo tardi. Come si è osservato, infatti, gli obiettivi posti dall'accordo di Parigi verranno molto presto mancati⁷. In particolare, gli scienziati del clima ritengono che i limiti stabiliti (aumento massimo di 1,5 e 2°C di riscaldamento globale) verranno superati tra dieci o venti anni se il livello d'inquinamento resterà costante⁸. Oltretutto, anche se balzassimo tutti all'istante in una situazione di neutralità climatica, nell'atmosfera rimarrebbe ancora una concentrazione di gas sufficiente a surriscaldare il pianeta per svariati decenni⁹. Il raggiungimento di un livello di riscaldamento globale superiore a 1,5°C, però, sarebbe già più

⁶ Cfr. B. MAYER, *Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties?*, in *AJIL*, 3, 2021, 424-425.

⁷ Cfr. Y. ROBIOU DU PONT, M. MEINSHAUSEN, *Warming assessment of the bottom-up Paris Agreement emissions pledges*, in *Nature Co.*, 9, 2018, 1 ss.; J. ROGELJ, M. DEN ELZEN, N. HÖHNE, T. FRANSEN, H. FEKETE, H. WINKLER, R. SCHAEFFER, F. SHA, K. RIAHI, M. MEINSHAUSEN, *Paris Agreement Climate Proposals Need a Boost to Keep Warming Well Below 2°C*, in *Nature*, 534, 2016, 631 ss.; T. VORNICU, *op. cit.*, 16 ss.

⁸ Cfr. C. HERI, *Menschenrechtsschutz in Klimafällen: Das Beispiel der EMRK*, in *Verantwortung und Recht*, Baden-Baden, 2022, 280; H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft*, in *ZStW*, 133(1), 2021, 20-21. Gli ultimi dati pubblicati dal Centro per i cambiamenti climatici *Copernicus*, consultabili al sito www.wwf.it, 08.02.2024, mostrano che nel 2023 il mondo ha avuto 12 mesi consecutivi di riscaldamento globale a +1,5°C. Altri recenti studi sulla temperatura superficiale globale hanno mostrato un riscaldamento tra 1,34°C e 1,54°C (sempre nel 2023). Ciò, peraltro, non significa che il mondo abbia già superato la soglia di +1,5°C cui fanno riferimento l'*IPCC*, le Nazioni Unite e l'Accordo di Parigi. A tal fine occorrerebbe infatti che la temperatura media globale rimanesse al di sopra di 1,5°C per un periodo medio di circa vent'anni (al momento siamo invece a +1.25°C). Si tratta comunque di un dato preoccupante.

⁹ Cfr. J. HANSEN, *Perspective of a Climatologist*, in W. WOODS (a cura di), *State of the Wild 2008-2009: A Global Portrait of Wildlife, Wildlands, and Oceans*, Washington DC, 2008, 8; T. VORNICU, *op. cit.*, 29 ss., 33 ss.

che sufficiente a cagionare danni significativi e reazioni a catena potenzialmente irrimediabili per la sopravvivenza della Terra¹⁰.

L'idea che tutti gli Stati del mondo facciano ingresso in una situazione di neutralità climatica contemporaneamente, oltretutto, pare improbabile, nonché verosimilmente in contrasto con alcuni principi di “giustizia climatica” – in particolare, quello delle “responsabilità comuni ma differenziate” (art. 2, § 2, dell'accordo di Parigi) – che mirano a tener conto dei totali di emissioni positive storicamente molto differenti tra Stati industrializzati e ancora in via di sviluppo¹¹. Sicché, se non si cerca di favorire al più presto un cambio di rotta radicale, anziché aspettare che lo stesso avvenga “naturalmente”, il pianeta rischia di collassare anzitempo.

Ogni transizione che si rispetti, tuttavia, pare aver senz'altro bisogno anche di disposizioni atte a “cristallizzare” i risultati dalla stessa conseguiti/conseguibili, onde evitare che gli stessi possano essere, invece, inopinatamente “minati” in qualsiasi momento. La “transizione ambientale”, da questo punto di vista, non fa certo eccezione.

Invero, gli sforzi tesi al raggiungimento degli obiettivi climatici sanciti a livello europeo e internazionale rischierebbero di subire una clamorosa frustrazione *in action* se non venissero altresì accompagnati dall'introduzione di norme potenzialmente in grado di salvaguardarne il consolidamento. Se l'obiettivo è contrastare il cambiamento climatico, invero, bisogna prendere atto di come basti davvero poco per vanificare tutto quel che di buono potrebbe essersi realizzato con interventi e politiche di riforma decennali volte al miglioramento dello stato di salute dell'atmosfera terrestre.

¹⁰ Si prenda il permafrost settentrionale, il più grande serbatoio di carbonio organico della Terra, che è protetto finché congelato. Il suo scioglimento, dovuto all'aumento delle temperature di 1,5°C, provocherebbe un catastrofico rilascio di CO₂ e metano nell'atmosfera [cfr. H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *op. cit.*, 9]. Per una sintetica descrizione degli effetti catastrofici che verosimilmente conseguirebbero all'incremento delle temperature, si v. M. KOCH, *Capitalism and Climate Change. Theoretical Discussion, Historical Development and Policy Responses*, New York, 2012, 11 ss.

¹¹ Cfr. M. DEN HEIJER, H. VAN DER WILT (a cura di), *Netherlands Yearbook of International Law 2020. Global Solidarity and Common but Differentiated Responsibilities*, The Hague, 2022, *passim*.

La domanda che occorre porsi, dunque, è se anche il diritto penale – quale ramo dell’ordinamento notoriamente dotato delle sanzioni più severe che si possano concepire – possa (o persino debba) esser chiamato in causa per stimolare il raggiungimento degli obiettivi della transizione e/o (in una prospettiva più “minimale”) per rendere quantomeno non così facilmente “sovvertibili” i risultati dalla stessa ottenuti. La posta in gioco è verosimilmente troppo alta per pensare di poter escludere a priori il diritto penale dal novero degli strumenti impiegabili a supporto della transizione¹². Il che non significa, tuttavia, che un eventuale impiego di questo ramo del diritto in tale materia non possa comunque sollevare almeno alcuni nodi problematici.

Senz’altro bisognerebbe capire, *in primis*, se si possa o meno arrivare a “ritagliare” in materia un’area d’intervento del diritto penale che possa anche dirsi conforme a canoni di *extrema ratio*/sussidiarietà e proporzionalità. Sulle risposte che si dovranno dare al quesito (che pare peraltro interessare soprattutto l’idea di un utilizzo anche “propulsivo” di tale ramo del diritto a supporto della transizione; come “spada”, dunque, più che come “scudo” per la stessa) sembrano tuttavia pesare: a) la conclamata insufficienza manifestata sin qui dai presidi civili e amministrativi nella tutela dell’ecosistema¹³; b) il fatto che in materia sarebbe ovviamente possibile anche far ricorso a *smart sanctions*¹⁴, nonché limitare l’intervento del diritto penale, comunque, a repressione delle

¹² Cfr. H. SATZGER, *La protección*, cit., 1736: «è difficilmente concepibile che ci possa essere un bene superiore da proteggere rispetto alla conservazione delle basi della vita umana».

¹³ Cfr. R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 2017, 36 ss.; R. MCLAUGHLIN, *Improving Compliance: Making Non-State International Actors Responsible for Environmental Crimes*, in *CJIEL&P*, 11, 2000, 378. Il rischio immanente nel ricorso al diritto civile (o a sanzioni amministrative pecuniarie che non trasmodino nel “para-penale”), invero, è che gli attori economici possano finire per interiorizzare il rischio delle lesioni ambientali, considerando la responsabilità per i danni causati all’ecosistema come un semplice costo per fare affari.

¹⁴ Cfr. M. MAROTTA, *Metamorphosing the Unfavourable into Favourable: Restorative Justice for Environmental Crimes*, Milano, 2023, *passim*.

sole condotte più gravi, così fugando ogni potenziale profilo di contrasto con il principio di proporzionalità¹⁵.

Il principale problema che si dovrà superare in materia, perciò, non sarà quasi sicuramente quello ora menzionato (che pare invero sormontabile *de iure condendo* tramite un'oculata selezione delle condotte da reprimere e delle sanzioni cui sottoporle), bensì l'intrinseca inadeguatezza che l'odierno assetto normativo penalistico (nazionale e internazionale)¹⁶ presenta sul versante della tutela ambientale e del clima¹⁷.

Impiegare il diritto penale a supporto della transizione, invero, vorrebbe dire arrivare a colpire, alternativamente o cumulativamente: a) da un lato, i comportamenti che rischiano in maggior misura di determinare una compromissione istantanea dei risultati eventualmente raggiunti dalla transizione, come (in particolar modo) le condotte suscettibili di danneggiare i più grandi serbatoi di carbonio della Terra¹⁸; b) dall'altro,

¹⁵ Cfr. H. SATZGER, *La protección*, cit., 1737 ss., 1745 ss.; H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *op. cit.*, 25.

¹⁶ Sui limiti del diritto penale nazionale e internazionale a tutela dell'ecosistema, cfr. F. BELLIVIER, M. EUDES, I. FOUCHARD, *Droit de crimes internationaux*, Paris, 2018, 200-206.

¹⁷ Non affronteremo in questa sede la questione relativa alla potenziale attribuibilità al "clima" della qualifica di bene giuridico autonomo rispetto all'"ambiente", lasciando dunque irrisolto il quesito relativo al fatto se lo stesso possa esser ricompreso nei confini di tutela accordati a quest'ultimo [possono invero adottarsi nozioni più late o ristrette del concetto (cfr. F. SALIGER, *Umweltstrafrecht*², München, 2020, 12 ss.); e la considerazione dell'ambiente non già come «la somma delle risorse naturali che lo compongono», ma come «ciò che emerge dalle» rispettive «relazioni», permetterebbe probabilmente di ricondurre il clima entro la cornice di tutela già assicurata al medesimo: A. FARÌ, *L'ambiente come funzione. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*⁴, Torino, 2017, 122], ovvero debba apprezzarsi come bene giuridico radicalmente autonomo [per la necessità di una netta differenziazione, cfr. per es. A. NIETO MARTÍN, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *SP*, 10, 2022, 52 ss. (rifacendosi largamente alla posizione di Satzger); sul tema cfr. anche L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale d'impresa e reati ecologici*, Bologna, 2024, 21 s.].

¹⁸ È da tali danni, infatti, che verosimilmente deriva il maggior rischio di una compromissione istantanea dei risultati conseguibili dalla transizione. I danni all'atmosfera che conseguono da processi di "accumulo" non sono altrettanto "impattanti" e non potrebbero quindi verosimilmente vanificare all'istante i risultati di una riduzione signifi-

anche tutte quelle condotte che, pur di per sé non gravi quanto le prime, hanno comunque serie ripercussioni sul clima a causa del loro reciproco e quotidiano cumularsi (emissioni di gas serra nell'atmosfera non compensate). Il diritto penale (nazionale e internazionale), però, non pare al momento “attrezzato” per un'efficace repressione di nessuna di queste due condotte. Esso, dunque, non sembra ancora poter fungere davvero (non al giorno d'oggi almeno) né da “scudo” né da “spada” per la transizione ambientale in atto.

2. *Le lacune del diritto (internazionale) penale come strumento a presidio dei risultati ottenibili dalla transizione*

La protezione dei più grandi serbatoi di carbonio della Terra dovrebbe verosimilmente esser considerata (almeno in linea di principio) appannaggio del diritto internazionale penale¹⁹ (salvo deleghe a singoli Stati o il ricorso da parte di questi a una giurisdizione universale che, ad oggi, non è detto che sia ancora invocabile)²⁰. La persecuzione delle

cativa di gas nell'atmosfera ottenuta nel corso di decenni di riforme. Basti guardare a quanto accaduto con la pandemia da Covid-19. Questa ha portato a una riduzione sensibile delle emissioni di CO₂. Nonostante ciò, l'*IPCC* ha concluso che «le riduzioni a breve termine delle emissioni di CO₂ [...] non hanno effetti rilevabili né sulla concentrazione di CO₂ né sulla temperatura globale. Solo riduzioni sostenute delle emissioni nell'arco di decenni potrebbero avere un effetto diffuso sul sistema climatico» [*IPCC AR6 WGI* (2021), cap. IV, 103]. Crediamo varrebbe anche il contrario: un aumento di emissioni per un periodo circoscritto non potrebbe di certo compromettere all'istante risultati conseguiti da politiche decennali volte al miglioramento della situazione climatica globale.

¹⁹ Cfr. R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio»*, in A. NIETO MARTÍN, E. DEMETRIO CRESCO (a cura di), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Valencia, 2018, 251 e 264 («quando l'attività di un'azienda» causa «un pericolo di grave danno all'ambiente, questa situazione cessa di essere un problema locale e nazionale e diventa una questione di diritto internazionale penale»).

²⁰ Cfr. però F. MÉGRET, *The Case for a General International Crime Against the Environment*, in S. JODOIN, M-C. CORDONIER SEGGER (a cura di), *Sustainable Devel-*

condotte suscettibili di danneggiare tali risorse “chiave” del pianeta da parte dei singoli ordinamenti, facendo leva sulle rispettive discipline nazionali, sembra infatti difficile²¹; e, nel migliore dei casi, finirebbe col dar comunque luogo a rilevanti frizioni politiche²².

Il problema è che il diritto internazionale penale, attualmente, si limita a tutelare l’ambiente (espressamente) in una sola disposizione: l’articolo 8(2)(b)(iv) dello Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI). Una fattispecie che: a) può trovare applicazione nei soli conflitti armati internazionali (ad oggi la parte meno significativa dei conflitti armati)²³; b) interessa solo persone fisiche²⁴; c) presenta requisiti pressoché impossibili da integrare in concreto (si richiede che il danno sia manifestamente sproporzionato rispetto ai concreti e diretti vantaggi militari attesi, nonché esteso, grave e duraturo)²⁵. Ciò fa sì che, al giorno d’oggi, paradossalmente, persino talune fattispecie “antropocentri-

opment, International Criminal Justice, and Treaty Implementation, Cambridge, 2013, 60 ss.

²¹ Le più gravi compromissioni ambientali hanno di regola luogo in Stati compiacenti, in una situazione di (almeno apparente) “legalità”. A punire tali condotte, il più delle volte, dovrebbero dunque essere Stati “terzi”, che non potrebbero far valere alcun valido criterio di collegamento [A. NIETO MARTÍN, *El Derecho penal internacional del cambio climático*, in *LH Luzón Peña*, II, Madrid, 2020, 1820 ss.].

²² Cfr. H. SATZGER, *La protección*, cit., 1747, che, pur ritenendo invocabile il principio di territorialità, in ragione della vocazione “globale” delle ripercussioni prodotte dai danni climatici, ritiene comunque preferibile una soluzione “consensuale” in materia.

²³ Cfr. M. GILLET, *Eco-Struggles: Using International Criminal Law to Protect the Environment During and After Non-International Armed Conflict*, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (a cura di), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices*, Oxford, 2017, 252; L. SCOLLO, *Ecodelitti ed ecomafie nella prospettiva della Corte penale internazionale*, in *LP*, 30.10.2023, 15 s.

²⁴ Cfr. E. FRONZA, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio*, in *LP*, 17.03.2021, 3; ID., *Verso un nuovo diritto penale economico internazionale? L’esempio dell’ecocidio*, in *LH Arroyo Zapatero*, cit., 1394.

²⁵ Cfr., per tutti, K.J. HELLER, J.C. LAWRENCE, *The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime*, in *GIELR*, 20, 2007, *passim*.

che” dello Statuto di Roma avrebbero forse più *chance* di venir impiegate rispetto alla disposizione poc’anzi menzionata.

I crimini contro l’umanità e il genocidio, per esempio, potrebbero a giudizio di diversi interpreti essere chiamati in causa nel perseguire quantomeno certi attacchi all’ecosistema. Le difficoltà che si dovrebbero superare per poter realmente ottenere condanne ricorrendo a tali fattispecie, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, ci sembrano tuttavia piuttosto evidenti.

Si prenda il genocidio. Questo crimine, notoriamente, richiede un *dolus specialis* caratterizzato dall’intento specifico di sterminare un gruppo etnico. Anche se gli attacchi all’ambiente venissero a determinare il menzionato sterminio, integrando così l’*actus reus* richiesto dalla fattispecie, nella maggior parte dei casi resterebbe comunque impossibile dimostrare altresì l’esistenza dello specifico intento genocidario richiesto dalle condotte incriminate²⁶. Nelle più significative compromissioni dell’ecosistema, di regola, il dolo richiesto dalla disposizione statutaria (anche se ritenuto integrabile nella forma “eventuale”)²⁷ non viene affatto a esistenza²⁸; tant’è che «il termine “ecocidio” è emerso»,

²⁶ Sulle difficoltà riscontrabili nell’applicare il crimine di genocidio, cfr. R. PEREIRA, *After the ICC Office of the Prosecutor’s 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritisation: Towards an International Crime of Ecocide?*, in *CLF*, 31, 2020, 210 ss.; S. FREELAND, *Addressing the Intentional Destruction of the Environment during Warfare under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2015, 197-198; J. DURNEY, *Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes Against Humanity under the International Criminal Court*, in *HELJ*, 24(2), 2018, 417; M. GILLET, *Prosecuting Environmental Harm Before the International Criminal Court*, Cambridge, 2022, 72 ss.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Los retos del derecho penal internacional en la Amazonia brasileña*, in *LH Arroyo Zapatero*, II, Madrid, 2021 1246-1251; M. HEGER, *Umweltvölkerstrafrecht*, in F. JEBBERGER, M. VORMBAUM, B. BURGHARDT (a cura di), *FS Werle*, Berlin, 2022, 141.

²⁷ Così per es. A. GIL GIL, *El tipo subjetivo del delito de genocidio: especial atención a la figura del dolo eventual*, in H. OLASOLO ALONSO, P. EIRENE DE PRADA (a cura di), *La evolución de la definición del delito de genocidio*, Valencia, 2019, 453 ss.

²⁸ Come rileva anche L. SCOLLO, *Ecodelitti ed ecomafie*, cit., 24 s.

storicamente, proprio per descrivere attacchi all'ecosistema in cui era al più dimostrabile l'esistenza di una semplice *negligence*²⁹.

Forse si potrebbero avere più *chance* di reprimere realmente i comportamenti a più alto impatto ambientale/climatico laddove si decidesse di far ricorso ad alcuni crimini contro l'umanità, visto che tra di essi ne figurano almeno alcuni che potrebbero dar teoricamente luogo a una responsabilità per genocidio, ma la cui punibilità non viene di fatto subordinata alla dimostrazione dell'intento di distruggere un gruppo etnico³⁰. La strada per ottenere dei risultati tangibili, però, anche in quest'ultimo caso, resterebbe verosimilmente irta di ostacoli³¹.

Anzitutto, non è affatto certo che per punire i crimini contro l'umanità possa bastare anche la semplice *Recklessness* (la questione è ancora oggi discussa)³². Se anche così fosse, comunque, l'effettiva capacità dell'Ufficio del Procuratore della CPI di perseguire i crimini contro l'umanità commessi con *Recklessness* resterebbe senz'altro soggetta a rilevanti difficoltà probatorie. Inoltre, il danno all'ambiente dovrebbe pur sempre, altresì: a) mettere in pericolo gli esseri umani; b) mostrarsi «diffuso o sistematico». Sicché, ammesso che si ritenga che la politica richiesta dall'elemento di contesto possa essere pure quella di un attore non statale³³ (dal momento che di norma sono le imprese a cagionare i

²⁹ Cfr. W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*², Cambridge, 2009, 235.

³⁰ Cfr. P. SHARP, *Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court*, in *VELJ*, 18(2), 1999, 236; A. MISTURA, *Is there Space for Environmental Crimes under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritisation on the Current Legal Framework*, in *CJEL*, 43(1), 2018, 181.

³¹ Conf. R. KILLEAN, *From Ecocide to eco-sensitivity: 'greening' Reparations at the International Criminal Court*, in *IJHR*, 2, 2021, 331.

³² Cfr., con posizioni tra loro differenti, K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*², II, Oxford, 2022, 81; W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*², Oxford, 2016, 168; G. WERLE, F. JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*⁴, Oxford, 2020, 393. Come osservano R. CRYER, D. ROBINSON, S. VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*⁴, Cambridge, 2019, 241, poi, «l'approccio della CPI è ancora» tutto «da determinare».

³³ Ciò che, ancora oggi, è oggetto di vari dubbi: cfr. K. AMBOS, *Treatise*, cit., 75 ss.

danni di gran lunga più rilevanti per l'ecosistema)³⁴, bisognerebbe dimostrare altresì l'esistenza di un (probabilmente indimostrabile) nesso causale tra la condotta posta in essere e gli effetti prodotti dal cambiamento climatico che hanno poi causato le morti, lesioni, migrazioni, ecc.

Infine, anche a voler ritenere tali problemi sormontabili (è l'opinione di una parte della dottrina, favorevole al mantenimento dello *status quo* dal punto di vista normativo: v. *infra*, sub nt. 49), l'intervento del diritto internazionale, a voler far uso di queste fattispecie, resterebbe comunque indissolubilmente legato alla previa dimostrazione dell'esistenza di un danno antropocentrico, con significative limitazioni per la futura tutela dell'ecosistema e dei risultati conseguibili dalla transizione.

3. Le lacune del diritto penale (nazionale) come mezzo per favorire il raggiungimento degli obiettivi della transizione

Per favorire il raggiungimento degli obiettivi della transizione (almeno prima che il loro raggiungimento divenga di fatto inutile), reprimere le più gravi e rilevanti compromissioni ambientali suscettibili di ripercuotersi sul clima, peraltro, potrebbe non esser già più sufficiente. Per risolvere la crisi, molto probabilmente, bisognerebbe arrivare a colpire anche quei comportamenti – in particolar modo le emissioni di gas serra nell'atmosfera non compensate – che si frappongono a un più rapido e significativo mutamento *in melius* dello stato di salute dell'atmosfera. Condotte che potrebbero però al più venir stigmatizzate a livello nazionale e in maniera comunque proporzionata alla loro (tendenzialmente minore) gravità.

Fino ad oggi, tuttavia, questa idea ha finito per rappresentare poco più che una speculazione pro-futuro, giacché il diritto penale nazionale, per come è stato sin qui concepito, non è parso uno strumento in grado di colpire le emissioni di gas serra in sé e per sé considerate (ossia le

³⁴ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *La conformación de la cláusula umbral en el delito de ecocidio*, in F.J. ZAMORA CABOT, L.S. PALLARÉS, M.C. MARULLO (a cura di), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Valencia, 2021, 144.

condotte che si dovrebbero stigmatizzare per favorire più rapidamente il raggiungimento degli obiettivi della transizione).

La struttura delle vigenti fattispecie ambientali, almeno nei più importanti ordinamenti europei³⁵, prendendo come punto di riferimento la Direttiva 2008/99 (ma le cose non sembrano suscettibili di poter cambiare radicalmente con l'implementazione della direttiva 2024/1203), ha sempre richiesto infatti la realizzazione di comportamenti: a) contrari a norme *lato sensu* amministrative (ossia illeciti); b) e idonei a generare danni o pericoli (concreti) alla qualità dell'aria, delle acque e del suolo, alla salute umana o alla flora e alla fauna³⁶. In considerazione di ciò, la punizione dell'emissione di gas nell'atmosfera, nei principali sistemi giuridici (ma il discorso potrebbe verosimilmente allargarsi per arrivare a ricomprendere anche molti sistemi giuridici extraeuropei), sembrerebbe insomma destinata a restare, almeno *de iure condito* (ma

³⁵ Sul modello italiano cfr. M. POGGI D'ANGELO, *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecicidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di mise en danger ambientale*, in *LP*, 03.03.2023, 8 ss.

³⁶ La direttiva 2008/99 è stata ormai rimpiazzata, visti i risultati deficitari sin qui offerti. Sotto il profilo della tipizzazione delle offese, la nuova direttiva (pubblicata il 30.04.2024 e alla quale, per espressa previsione dell'art. 28, gli Stati membri dovranno conformarsi entro il 21.05.2026) sembra però esser rimasta per lo più ferma nel «circoscrive l'area delle incriminazioni alle condotte che cagionano un danno o un pericolo concreto rilevanti alla vita o all'incolumità delle persone; oppure, alla qualità delle matrici ambientali» [così si esprimeva, con riferimento alla proposta del Parlamento e Consiglio, L. SIRACUSA, *Novità normative dall'Unione europea in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *www.giustizainsieme.it*, 10.01.2023, con un giudizio che sembra però valido anche con riferimento alla versione poi pubblicata in *Gazzetta* (reperibile al sito *www.sistemapenale.it*, 02.05.2024): come rileva L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 12 s., quel che al più «si può osservare» è «una certa propensione a suggerire una più ampia possibilità di anticipazione della tutela penale alla soglia del pericolo (concreto)». Ciò nonostante, la direttiva sembra voler imporre agli Stati di criminalizzare anche talune (sia pur con una certa libertà nelle modalità di recepimento) condotte che sembrano rispondere a una logica *presuntiva* (se trattasi di fatti intenzionali o gravemente colposi, sempre che siano *illeciti*), come in particolare «la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione, l'uso, o il rilascio» sia «delle sostanze che riducono lo strato di ozono» che «dei gas fluorurati a effetto serra» (entrambi ove si presentino «allo stato puro o sotto forma di miscela»).

forse anche in gran parte *de iure condendo*), inestricabilmente legata alla previa «dimostrazione, in primo luogo», del fatto che ci si rapporti a «una condotta contraria» alle «disposizioni amministrative» di uno specifico sistema giuridico (punto, questo, che resterà senz'altro fermo anche a seguito del recepimento della nuova direttiva)³⁷, «e, in secondo luogo», alla sua idoneità «a pregiudicare gli elementi che compongono l'ambiente o la salute degli individui»³⁸.

In pratica, il numero dei potenziali soggetti attivi – anche ove si ritenesse di poter sussumere sotto le attuali fattispecie che tutelano l'ambiente pure le condotte di emissione di gas serra nell'atmosfera – resterebbe innanzitutto, almeno nell'attuale *framework* normativo, circoscritto alle sole imprese sottoposte alla direttiva 2003/87/CE (adottata sulla scorta dell'accordo di Kyoto del 1997) – come modificata anche dalle direttive 2009/29 e 2018/410 – sulla creazione di un “mercato delle emissioni” (ETS)³⁹; in breve a quelle imprese che operano nei settori

³⁷ Invero, come si stabilisce al § 9, affinché «una condotta costituisca reato ambientale ai sensi della» nuova «direttiva», «tale azione dovrebbe essere illecita»; affinché «una condotta sia illecita, dovrebbe violare il diritto dell'Unione che contribuisce al perseguimento di uno degli obiettivi della politica dell'Unione in materia ambientale di cui all'articolo 191, paragrafo 1, TFUE, indipendentemente dalla base giuridica di tale diritto dell'Unione, incluso per esempio l'articolo 91, 114, 168 o 192 TFUE, o dovrebbe violare le leggi, i regolamenti o le disposizioni amministrative di uno Stato membro, o le decisioni adottate da un'autorità competente di uno Stato membro, che attuano tale diritto dell'Unione» [in senso giustamente critico verso la scelta «di restringere la portata della clausola di illiceità speciale alle sole violazioni della disciplina extra-penale a tutela dell'ambiente in quanto si rischia così di lasciare prive di copertura penale condotte contrassegnate dall'inosservanza di prescrizioni amministrative e legislative orientate alla tutela di interessi diversi dall'ambiente, ma in concreto lesive di quest'ultimo», si v. L. SIRACUSA, *Novità normative*, cit., § 3].

³⁸ Così A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 51. Sul punto cfr. anche L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 12 s.

³⁹ Sul quale cfr. A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 57 ss.; V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, 2010, *passim*; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, Torino, 2020, 365 ss.; I. SAINZ RUBIELES, *El mercado de los derechos a contaminar*, Madrid, 2007, 35 ss., 77 ss.; I. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Régimen y transmisión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero y créditos del carbono*, Va-

in cui vige un tetto di emissioni (che saranno progressivamente estesi dall'ETS 2, a partire dal 2025), nel solo caso in cui le stesse lo superino. Tutte le altre imprese, come pure le imprese soggette alla direttiva, ma che non oltrepassino il limite di emissioni stabilito o compensino il supero tramite l'acquisto di quote di emissione (con il c.d. *sistema di cap and trade*), ovvero quelle di Stati non facenti parte dell'accordo di Kyoto (Cina e Stati Uniti), non violando alcuna normativa – e agendo dunque in una situazione di rischio sostanzialmente consentito – resterebbero al di fuori dell'attuale raggio d'azione del diritto penale.

Peraltro, anche a voler ritenere superabile l'ostacolo in parola, ritenendo che un obbligo di neutralità climatica sia già venuto a esistenza (v. *infra*, § 6), le difficoltà che si incontrerebbero nel perseguire le condotte menzionate ricorrendo alla struttura degli attuali crimini ambientali (che andrebbe quindi profondamente rivista, incentrandola in maggior misura sulla responsabilità degli enti collettivi, eventualmente recidendo anche il vincolo che lega la responsabilità di questi ultimi a quella individuale)⁴⁰ resterebbero notevoli.

Se si volesse far applicazione delle fattispecie di pericolo, bisognerebbe invero stabilire fino a che punto le emissioni di gas di ogni impresa possano ritenersi di per sé suscettibili di mettere in pericolo la qualità dell'ambiente o la salute delle specie viventi. Il riscaldamento

lencia, 2013, 31 ss.; S. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Derechos y mercados de gases de efecto invernadero*, Valencia, 2014, 25 ss.

⁴⁰ Cfr. le riflessioni di A. GARGANI, *Profili della responsabilità collettiva da reato colposo*, in L. CORNACCHIA, E. DEMETRIO CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Torino, 2023, 208 ss., in merito al c.d. *inquinamento storico-progressivo* [sul concetto cfr. G. ROTOLO, *Historical Pollution: In Search of a Legal Definition*, in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Berlin-New York, 2017, 57 ss.]. L'A. ritiene infatti che «la responsabilizzazione esclusiva dell'ente collettivo potrebbe rivelarsi l'unica alternativa praticabile laddove l'evento sia il risultato di una pluralità di fattori non facilmente distinguibili e isolabili e non risulti agevole individuare una *condicio sine qua non* individuale». Sul tema v. anche L. CORNACCHIA, *Responsabilità degli enti collettivi da reati ecologici*, *ivi*, 172 ss., 175 ss. (anche per i limiti dell'attuale assetto italiano).

globale è tuttavia opera di milioni di comportamenti succedutisi nel corso degli anni e che continuano a sovrapporsi quotidianamente. Anche considerando solo le condotte realizzate dopo l'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto e in violazione delle relative norme attuative, il numero di emissioni da considerare resterebbe quindi tanto elevato da rendere di fatto impossibile considerare ogni comportamento, di per sé preso, come *ex ante* pericoloso per l'ambiente o per l'uomo⁴¹.

Le cose, però, si farebbero non meno complicate ove si decidesse di ricorrere invece alle fattispecie di danno. Non che i fenomeni originatisi dal cambiamento climatico non abbiano prodotto danni per l'uomo o l'ecosistema⁴², ma il cambio climatico è la risultante di una sommatoria di condotte di emissione realizzate in un lungo arco di tempo, sicché, i danni in parola non potrebbero comunque esser attribuiti causalmente o imputati in base ai canoni dell'*objektive Zurechnung*⁴³ a nessuna condotta in particolare, nemmeno a quelle poste in essere dalle imprese più inquinanti⁴⁴.

4. Alcune proposte per assicurare almeno uno "scudo" alla transizione ambientale

Il fatto che l'attuale quadro normativo renda arduo "supportare" la transizione non significa, tuttavia, che non possano escogitarsi soluzioni per consentire al diritto penale del futuro di raggiungere almeno alcuni dei comportamenti che ad oggi sembrano rimanere fuori dal suo campo d'applicazione.

⁴¹ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 52 ss.

⁴² Cfr. T. VORNICU, *op. cit.*, 34-75 ss., 162 ss.

⁴³ Sulla quale si v., per tutti, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; e con specifico riferimento al diritto penale ambientale, L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 84 ss.

⁴⁴ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 52 ss.; H. SATZGER, *La protección*, cit., 1738 ss.; H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *op. cit.*, 16 ss.; L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 22.

Per assicurare quantomeno un presidio internazionale contro i comportamenti più gravi (quelli che rischiano in maggior misura di compromettere i risultati eventualmente conseguibili dalla transizione) sono in effetti state prospettate già diverse opzioni: a) l'introduzione dell'ecocidio come quinto *core crime* perseguibile dalla CPI, con eventuale creazione di una Camera speciale e di una corrispondente Divisione presso la sua Procura⁴⁵; b) la creazione di un generico "crimine di messa in pericolo dell'umanità" (c.d. *postericidio*)⁴⁶; c) la predisposizione di una Convenzione sull'ecocidio⁴⁷ e/o sui crimini ambientali⁴⁸, con annessa creazione di una *International Court for the Environment (ICE)* investita del compito di giudicarli⁴⁹, se del caso integrata nella struttura della stessa CPI⁵⁰; d) una rilettura più sensibile all'ambiente e al clima

⁴⁵ Cfr. K. CORNELIUS, *Der Umweltschutz im Völkerstrafrecht*, in *AVR*, 1, 2020, 34; P. GARLICK, *The Supranational Environmental Justice Foundation in Venice – A Not So New Kid on the Block*, in *NJECL*, 4, 2013, 506-509.

⁴⁶ Si v. C. MCKINNON, *Endangering humanity: an international crime?*, in *CJP*, 47(2-3), 2017, 395 ss.; ID., *Climate crimes must be brought to justice*, in *UnC*, 3, 2019, 12 ss.

⁴⁷ Cfr. L. BERAT, *Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Genocide in International Law*, in *BUILJ*, 11, 1993, 343-348.

⁴⁸ Cfr. L. NEYRET (a cura di), *Des écocrimés à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruxelles, 2015, 263 ss., 434 ss., 445 ss.

⁴⁹ Cfr. K.F. MCCALLION, H.R. SHARMA, *Environmental Justice without Borders: The Need for an International Court of the Environment to Protect fundamental Environmental Rights*, in *GWJILE*, 32, 1999, 351 ss.; S. HOCKMAN, *The Case for an International Court for the Environment*, in *JCI*, 3(1), 2010, 215 ss.; M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 337 ss., 354-355; A. GREENE, *The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?*, in *FELR*, 30(3), 2019, 47 ss.; L.J. SIEDERS, *The Battle of Realities: The Case for and Against the Inclusion of "Ecocide" in the ICC Rome Statute*, in *RIDP*, 2020, 47. In senso contrario in merito a questa proposta si v. però S. FREELAND, *op. cit.*, 226-232; K. CORNELIUS, *op. cit.*, 33-34 (a meno che talune condizioni non vengano integrate); R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Hacia*, cit., 275; T. STEPHENS, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, 2009, 60 ss.

⁵⁰ Cfr. C. SOTIS, *Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridique et institutionnelle*, in L. NEYRET (a cura di), *op. cit.*, 218.

delle attuali fattispecie dello Statuto di Roma⁵¹; e) un'interpretazione della CEDU atta a consentire alla Corte EDU di assicurare una protezione più penetrante ai diritti umani intaccati dal cambiamento climatico⁵² o, comunque, una soluzione volta a estrapolare dai Trattati in materia di diritti umani obblighi di "mitigazione" del cambiamento climatico a carico degli Stati⁵³; f) una revisione dello Statuto di Roma, per introdurre un nuovo crimine internazionale operante in tempo di guerra⁵⁴ e/o di pace⁵⁵; g) la creazione di «crimini di sistema» (anziché di «crimini penali») e l'istituzione di una «giurisdizione internazionale in tema di aggressioni all'ambiente», con il potere di accertarli «insieme alle colpe

⁵¹ Ritengono sia meglio lavorare con le disposizioni presenti nello Statuto K. AMBOS, *Protecting the Environment through International Criminal Law?*, in *EJIL: Talk!*, 29.06.2021; D. PALARCZYK, *Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better than an Elaborate Embellishment*, in *CLF*, 34, 2023, 205 ss.; D. MINHA, *The Proposed Definition of the Crime of Ecocide: An Important Step Forward, but Can Our Planet Wait?*, in *EJIL: Talk!*, 01.07.2021. Per una rilettura dei crimini contro l'umanità già volta ad abbracciare le condotte che danneggiano l'ambiente, cfr. J. DURNEY, *Crafting a Standard: Environmental Crimes as Crimes Against Humanity under the International Criminal Court*, in *HELJ*, 24(2), 2018, 413 ss.

⁵² Cfr. C. HERI, *op. cit.*, 276 ss. Strada che sembra aver ormai intrapreso con decisione la Corte EDU, giacché con la pronuncia resa il 9 aprile 2024 nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e al. c. Svizzera* (causa decisa insieme a *Duarte Agostinho e al. c. Portogallo e al.*; *Carême c. Francia*) la Corte ha infine riconosciuto l'esistenza di obblighi (positivi) di mitigazione dei cambiamenti climatici in capo agli Stati derivanti dall'art. 8 CEDU. Per un primo commento, si v. A. LUPO, *Verso la positivizzazione di un nuovo diritto umano al clima stabile e sicuro? Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte CEDU del 9 aprile 2024*, in www.giustiziainsieme.it, 05.06.2024.

⁵³ Cfr. M. WEWERINKE-SINGH, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights Under International Law*, London, 2019, *passim*; S. ATAPATTU, *Human Rights Approaches to Climate Change*, London, 2016, *passim*; J.H. KNOX, *Climate Change and Human Rights Law*, in *VJIL*, 1(50), 2009, *passim*.

⁵⁴ Cfr. S. FREELAND, *op. cit.*, 285 ss.; A. DIENELT, *Straftaten gegen die Umwelt*, in F. JEBBERGER, A. EPIK (a cura di), *Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Anwendungspraxis und Reformbedarf*, Baden-Baden, 2023, 232; E. KREIKE, *Scorched Earth. Environmental Warfare as a Crime Against Humanity and Nature*, Princeton, 2021, 7-10, *passim*.

⁵⁵ Cfr. M. BYRNE, *Climate Crime: Can Responsibility for Climate Change Damage be Criminalised?*, in *C&CLR*, 3, 2010, 279-282.

politiche per la loro commissione», emettendo «non già» sentenze «di condanna di singole persone», bensì «giudizi di verità, sul modello delle» c.d. *Commissioni per la verità istituite in Sudafrica* o anche *sul modello dei tribunali d'opinione*⁵⁶; h) l'implementazione a livello nazionale di pene per il mancato rispetto degli «obblighi di *due diligence* che oggi gravano» sulle più «grandi imprese europee»⁵⁷.

Tra tutte le alternative immaginabili, però, l'idea di addivenire alla creazione di un crimine d'ecicidio (eventualmente anche denominato diversamente) è senz'altro quella che (almeno fino ad oggi) ha in maggior misura catalizzato su di sé l'interesse politico e dottrinale. Si tratta quindi dell'opzione su cui conviene concentrare maggiormente anche la nostra attenzione, per comprendere quanto e cosa essa abbia effettivamente da offrire alla transizione in atto.

5. “Luci” e “ombre” del crimine d'ecicidio

5.1. Il crimine d'ecicidio e gli interrogativi che lo riguardano

L'idea che si debba introdurre un nuovo crimine rispetto agli attuali *core crimes* dello Statuto di Roma ha acquisito un certo “slancio” negli ultimi anni, intercettando un numero via via crescente di consensi⁵⁸, che

⁵⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022, cap. 4, il quale aggiunge che «nel corso delle indagini richieste da tali giudizi ben potrebbero emergere prove di singoli e determinati illeciti di rilevanza penale attribuibili alla responsabilità personale di soggetti [...] determinati» e che a «tali giurisdizioni sui crimini di sistema potrebbe inoltre essere attribuita la competenza a giudicare i crimini in senso penalistico previsti dallo statuto della» CPI, «ma esclusi da tale giurisdizione perché commessi da soggetti di Paesi che non hanno aderito al suo trattato istitutivo».

⁵⁷ Cfr. A. NIETO MARTIN, *Don't*, cit., 51.

⁵⁸ Cfr. D. HOTZ, *Ecocide as the Missing Fifth Crime under International Criminal Law?*, in *ZStW*, 3, 2021, 903 ss.; A. GREENE, *op. cit.*, 47 ss.; R. MWANZA, *Enhancing Accountability for Environmental Damage under International Law: Ecocide as a Legal Fulfilment of Ecological Integrity*, in *MJIL*, 19, 2018, 586 ss.; L.G. MINKOVA, *The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of “Ecocide”*, in *JGR*, 25(1),

hanno da ultimo portato anche a talune iniziative definitorie (come quella degli esperti capitanati da Philippe Sands, per la *Stop Ecocide Foundation*). Certo, non mancano ancora oggi alcuni detrattori all'idea che si debba introdurre un crimine così denominato; e la definizione elaborata per *Stop Ecocide* si è senz'altro già esposta a molteplici critiche (quasi tutte più che meritate)⁵⁹. Nel dibattito attuale, però, le divergenze e gli interrogativi sembrano interessare soprattutto gli “ingredienti” del crimine, la sua ubicazione topografica⁶⁰ e il “nome” che gli si dovrebbe assegnare⁶¹; in breve: il *quomodo*, più che l'*an* della sua stessa introduzione.

2023, 62-83; A. BUSTAMI, M.C. HECKEN, *Perspectives for a New International Crime Against the Environment: International Criminal Responsibility for Environmental Degradation under the Rome Statute*, in *GöJIL*, 1, 2021, 187 ss.; O. VAN DEN HEEDE, *Ecocide as the Fifth Core Crime in the Rome Statute*, in *IL&P*, 55, 435 ss.; K.J. HELLER, *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of “Ecocide” (That Isn’t)*, in www.opiniojuris.org, 23.06.2021; K. CORNELIUS, *op. cit.*, 34 ss.; H. SATZGER, *La protección*, cit., 1738 ss.; L. ARENAL LORA, *El Crimen Internacional del Ecocidio: Respuesta Normativa al Problema Global del Cambio Climático*, in F.J. ZAMORA CABOT, L.S. PALLARÉS, M.C. MARULLO (a cura di), *op. cit.*, 162 ss.; A. NIETO MARTÍN, J. DOPICO, L. ARROYO ZAPATERO, *Ecocidio. Es necesaria una convención internacional que defina uno de los peores delitos de nuestro tiempo*, in www.elpais.com, 12.12.2019; D. SHORT, *Redefining Genocide. Settler Colonialism, Social Death and Ecocide*, London, 2016, 64; P. HIGGINS, *Eradicating Ecocide*, London, 2010, *passim*.

⁵⁹ Cfr. K.J. HELLER, *Skeptical*, cit., *passim*; ID., *The Crime of Ecocide in Action*, in www.opiniojuris.org, 28.06.2021; ID., *Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns*, in *Völkerrechtsblog*, 18.02.2022; J. DE HEMPTINNE, *Ecocide: an Ambiguous Crime?*, in *EJIL: Talk!*, 29.08.2022; K. AMBOS, *Protecting*, cit., *passim*; ID., *Besserer Umweltschutz durch Völkerstrafrecht?*, in www.faz.net, 02.07.2021; M. WAGNER, *Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof? Eine kritische Würdigung des Vorschlags der „Stop Ecocide“-Initiative zur Ergänzung des Römischen Statuts*, in *ZISw*, 7-8, 2022, 477 ss.; S. BOCK, *Ökozid – ein neues völkerstrafrechtliches Kernverbrechen?*, in *ZRP*, 2021, 187-188; A. DIENELT, *op. cit.*, 228 ss.; L. SCOLLO, *Ecodelitti ed ecomafie*, cit., 19 ss.

⁶⁰ Cfr. D. ROBINSON, *Your Guide to Ecocide: Part I*, in www.opiniojuris.org, 16.07.2021; ID., *Your Guide to Ecocide – Part 2: The Hard Part*, *ivi*; ID., *Ecocide – Puzzles and Possibilities*, in *JICJ*, 2022, 313-347; E. FRONZA, *Sancire*, cit., 9 ss.

⁶¹ Cfr. K. AMBOS, *Besserer*, cit., *passim*; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*¹⁰, Baden-Baden, 2022, 352.

Dovremmo inserire il crimine nello Statuto della CPI o in una Convenzione *ad hoc*? Bisognerebbe costruire la fattispecie attorno a una formula generica ovvero a un “cappello introduttivo” seguito da una lista di specifiche condotte da reprimere? È necessario inserire un *Threshold*? E se sì, i requisiti eventualmente richiesti per tale *Threshold* dovrebbero essere tra loro cumulativi o alternativi? Quanto elevata dovrebbe essere la soglia richiesta dallo stesso? Si dovrebbe poi richiedere l’illiceità in base alle norme del diritto ambientale nazionale o internazionale o, comunque, l’introduzione di una sorta di “valutazione d’impatto”? Quale dovrebbe essere la *mens rea* richiesta per l’integrazione del crimine in parola? Un dolo “speciale” come quello del genocidio? Un dolo “comune”? Una certa (quale?) previsione o consapevolezza della probabilità (o alta probabilità) di verificazione del danno (o del semplice rischio di suo verificarsi)? E perché non accontentarsi di una semplice colpa (al più qualificata da un certo livello di gravità) o persino della responsabilità oggettiva? La fattispecie dovrebbe essere di danno o di pericolo? Nei confronti di quali soggetti dovrebbe poter essere chiamata a operare? Siamo proprio sicuri, infine, che l’etichetta “ecocidio” sia davvero la più puntuale tra quelle adottabili?

Questi sono solo alcuni degli interrogativi che ancora oggi si agitano attorno alla potenziale creazione di un nuovo crimine internazionale a tutela dell’ecosistema. Ogni risposta che si potrebbe dare a queste domande sembra peraltro presentare tanto punti di forza quanto evidenti svantaggi. Sicché, qualunque strada si decidesse d’intraprendere nel dar forma al crimine, a ben vedere, si rischierebbe comunque di dar luogo a qualche scontento. Una combinazione di risposte “sensate” – fornite a ciascuno degli interrogativi menzionati – consentirebbe verosimilmente di raggiungere una soluzione per molti soddisfacente⁶², ma saremmo

⁶² Fuoriesce dalle ambizioni del contributo delineare la miglior definizione che potrebbe approntarsi per tale crimine. Tra quelle offerte (eccezion fatta per quella della fondazione *Stop Ecocide*) se ne intravedono già talune che potrebbero forse rappresentare delle accettabili basi di partenza, come quelle proposte da K.J. HELLER, *Skeptical*, cit., *passim*; M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 348 ss.; o dall’*UCLA Promise Institute for Human Rights Group of Experts* (reperibile sul sito www.ecocidelaw.com).

ancora lontani dall'aver trovato quell'opzione "perfetta" che potrebbe realmente mostrarsi in grado di accontentare ogni "palato".

La domanda che bisogna porsi, tuttavia, è se abbia davvero senso continuare a dibattersi tanto affannosamente alla ricerca di una (verosimilmente chimerica) soluzione "perfetta", o se non si stia perdendo soltanto tempo prezioso per salvaguardare il futuro del nostro pianeta, mettendo ogni giorno sempre più a repentaglio le *chance* di sopravvivenza che lo stesso può avere. Gran parte del dibattito che continua a registrarsi sul tema, in effetti, potrebbe anche ritenersi connotato da un eccesso di "razionalizzazione"⁶³, in grado di far perder di vista almeno uno dei nodi dell'intera faccenda: che qualunque strada topografica, nomenclatoria o definitoria si decidesse d'intraprendere in questa materia, richiederebbe comunque vari anni per poter esser portata a compimento, mentre noi siamo già spaventosamente in ritardo su ogni tabella di marcia che si possa pensare di stilare in materia.

Forse, quindi, non è davvero il caso di continuare a discutere molto a lungo su quale tra le innumerevoli opzioni sub-ottimali proposte sia la migliore. La verità è che, molto probabilmente, oggi come oggi, qualunque opzione sarebbe preferibile all'inerte mantenimento dello *status quo*. Sarebbe insomma opportuno che ci si mettesse al più presto d'accordo⁶⁴ su una definizione, una qualsiasi, purché dotata di un minimo di plausibilità e di un concreto margine di operatività, procedendo a compiere tutti i passi richiesti per la sua definitiva adozione⁶⁵. E se proprio

⁶³ In psicologia si parla di "iper-razionalizzazione" per descrivere il tentativo "paralizzante" di cercare una spiegazione pienamente esauriente circa la correttezza o scorrettezza di un comportamento futuro da tenere [cfr. G. NARDONE, G. DE SANTIS, *Cogito ergo soffro. Quando pensare troppo fa male*, Milano, 2011, 5]; quella situazione, cioè, in cui «l'analisi fin troppo minuziosa dei dettagli si trasforma in una trappola»; «una perversione del ragionamento».

⁶⁴ Troppe proposte di modifica divergenti rischiano di disperdere lo slancio e il capitale politico richiesti per ottenere una modifica di qualsivoglia sorta: conf. M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 8, nt.17; L.J. SIEDERS, *op. cit.*, 38 e 41.

⁶⁵ Conf. M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 355: «è necessaria una riforma significativa per attrezzare efficacemente la comunità internazionale ad affrontare» la minaccia ambientale; «che ciò avvenga attraverso l'adeguamento dell'architettura della CPI, o attraverso la creazione di una ICE appositamente progettata, è in ultima analisi meno signifi-

non si riuscisse poi a raggiungere un vero accordo in materia, si dovrebbe se non altro iniziare a valutare più seriamente la possibilità di predisporre un'incriminazione generica destinata a ricevere più precisi contorni a distanza di qualche tempo dalla sua introduzione, come già accaduto in passato con il crimine d'aggressione⁶⁶.

In questo modo, quantomeno la componente simbolico-espressiva connessa all'introduzione del crimine in parola potrebbe iniziare già a dispiegare i suoi effetti, mentre si cerca di capire quale tra le varie opzioni prospettate potrebbe ritenersi anche effettivamente "migliore" per dar vita a una fattispecie che possa dirsi pienamente "operativa", ossia in grado di assicurare delle vere e proprie condanne e (dunque), altresì, un reale margine di "deterrenza" nei confronti dei comportamenti che si vogliono incriminare⁶⁷.

5.2. *Il crimine d'ecicidio: la soluzione preferibile?*

La creazione di un crimine *ad hoc* d'ecicidio, d'altronde, pare una strada preferibile, almeno nell'ottica di assicurare un presidio efficace a tutela dei risultati conseguibili dalla transizione, a pressoché tutte le alternative che sono state sin qui prospettate.

L'idea di creare un crimine di "postericidio", per es., pare fallimentare già in partenza, trattandosi di una figura verosimilmente troppo ampia e generica per poter sperare di costruirgli attorno un consenso significativo e diffuso in tempi ragionevoli (basti pensare che la stessa, per chi l'ha proposta, dovrebbe prestarsi a coprire anche "semplici" atti di negazionismo).

La proposta d'introdurre un nuovo crimine di guerra, invece, sembra davvero troppo "modesta" per poter essere seriamente presa in conside-

ficativo della necessità di agire in modo risoluto per affrontare coerentemente i danni ambientali». In argomento cfr. pure L.J. SIEDERS, *op. cit.*, 47.

⁶⁶ Cfr. L.J. SIEDERS, *op. cit.*, 29 e 41; M. HEGER, *op. cit.*, 143.

⁶⁷ Cfr. P. SEVERINO, *The protection of the environment through criminal law. Preliminary remarks*, in M. ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, A. GULLO, FR. MAZZACUVA (a cura di), *The Criminal Law Protection of our Common Home*, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, 2020, 29.

razione come possibile panacea, dal momento che è ampiamente riconosciuto che i danni ambientali causati in tempo di pace compromettono il clima non meno di quelli prodotti nel corso dei conflitti armati. Sembra quindi chiaro che, a voler coprire solo i danni causati durante questi ultimi, una porzione significativa (forse la più significativa) delle condotte che possono impattare negativamente sul clima resterebbe totalmente impossibile da fronteggiare⁶⁸.

L'idea d'introdurre un nuovo crimine contro l'umanità (eventualmente anche denominato "ecocidio")⁶⁹ sarebbe forse preferibile, ma una collocazione della nuova fattispecie sotto l'ombrello dell'art. 7 dello Statuto finirebbe comunque: a) per minare l'alto valore simbolico ed "espressivo" che alla creazione di un nuovo crimine internazionale a tutela dell'ecosistema dovrebbe verosimilmente accompagnarsi⁷⁰; b) per sottoporre l'ecocidio agli stessi elementi contestuali dei crimini contro l'umanità, che sembrano poco adatti a una fattispecie che dovrebbe incentrarsi maggiormente sulla tutela dell'ecosistema⁷¹; c) per rendere il crimine, comunque, vieppiù "antropocentrico", così perpetuando il messaggio che l'ambiente e il clima non avrebbero alcun intrinseco valore da dover tutelare⁷².

L'idea di "costringere" il problema entro i confini della tutela ad oggi accordata ai diritti umani, invece, anche a voler ammettere che dai Trattati e dalle Convenzioni esistenti in materia si possano ricavare ob-

⁶⁸ Cfr. M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 321; F. MÉGRET, *The Problem of an International Criminal Law of the Environment*, in *CoJEL*, 36(195), 2010, 247; R. FALK, *Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals*, in *BPP*, 80(4), 1973, 21; M. HEGER, *op. cit.*, 142.

⁶⁹ Si v. la proposta di L. SCOLLO, *Ecodeletti ed ecomafie*, cit., 30 ss., 42 s., di inserire l'ecocidio «all'interno dei crimini contro l'umanità».

⁷⁰ Dopotutto, «la preminenza data» sinora «al concetto di genocidio» ha spesso finito per sminuire «l'orrore dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra» [P. SANDS, J. BATURA, P. ESCHENHAGEN, R. OIDTMANN, *Defining Ecocide: An interview with Philippe Sands*, in *Völkerrechtsblog*, 24.04.2021].

⁷¹ Conf. K.J. HELLER, *Skeptical*, cit., *passim*. *Contra*, peraltro, si v. L. SCOLLO, *Ecodeletti ed ecomafie*, cit., 25 ss., 31 s., 33, che sembra ritenere preferibile una prospettiva più antropocentrica.

⁷² Cfr. P. SANDS, J. BATURA, P. ESCHENHAGEN, R. OIDTMANN, *op. cit.*, *passim*.

blighi gravanti sugli Stati in punto di mitigazione del cambiamento climatico (per un recente riconoscimento in tal senso, si v. la pronuncia della Corte EDU, resa nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e al. c. Svizzera*), andrebbe incontro a rilevanti incognite⁷³, in ragione, tra le altre cose: a) dell’ottica individualistica, retrospettiva e antropocentrica che notoriamente connota la materia dei diritti umani⁷⁴; b) delle limitazioni territoriali cui tale approccio andrebbe incontro⁷⁵; c) del fatto che i Trattati in materia non valorizzino comunque minimamente l’utilità che la tutela del clima potrebbe avere anche per il benessere collettivo⁷⁶, le generazioni future⁷⁷ e le risorse ecologiche in sé e per sé considerate⁷⁸; d) delle frizioni politiche che un tale approccio potrebbe determinare⁷⁹.

⁷³ Scettici nei confronti delle potenzialità di questo approccio: A. BOYLE, *Climate Changes, the Paris Agreement and Human Rights*, in *ICLQ*, 67, 2018, 777; F. THORNTON, *The Absurdity of Relying on Human Rights Law to Go After Emitters*, in B. MAYER, A. ZAHAR (a cura di), *Debating Climate Law*, Cambridge, 2021, 159 ss.; B. MAYER, *op. cit.*, 451. Per un inventario delle potenziali problematiche dell’approccio recentemente fatto proprio dalla Corte EDU nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e al. c. Svizzera*, App. no. 53600/20, si v. la “partly concurring partly dissenting opinion” del giudice Eicke.

⁷⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *op. cit.*, cap. 3.

⁷⁵ Sul carattere tendenzialmente “territoriale” degli obblighi derivanti dai Trattati, cfr. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011, 263; B. MAYER, *op. cit.*, 425 ss.

⁷⁶ Cfr. E.A. POSNER, *Human Welfare, Not Human Rights*, in *CoLR*, 108, 2008, 1758 ss.

⁷⁷ Cfr. A. D’AMATO, *Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment?*, in *AJIL*, 84, 1990, 190 ss.; E.B. WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, in *AJIL*, 84, 1990, 198 ss.

⁷⁸ Cfr. C. GEARTY, *Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection?*, in *JHR&E*, 1, 2010, 7 ss.

⁷⁹ Basti guardare a come la Commissione giuridica del Consiglio degli Stati in Svizzera si sia già lanciata in un attacco senza precedenti alla Corte EDU, invitando il Consiglio federale a ignorare il verdetto della Corte. Pur non mettendo in dubbio l’importanza della CEDU, come sottolineato da D. Jositsch, Professore di diritto penale dell’Università di Zurigo, il sentire comune nel Paese è invero che «la Corte sia andata oltre le sue competenze, ossia la protezione dei diritti individuali dallo Stato, creando di fatto nuovi diritti umani in ambito ambientale, ciò che non le compete» [v. *Clima: sen-*

Per quanto non ci si confronti con un'opzione da scartare a priori, si tratta dunque, di certo, di una strada da valutare con grande cautela e che rischia di offrire vantaggi poco sostanziali, a fronte di contropartite e limiti evidenti.

A voler infine propugnare una rilettura più sensibile all'ambiente di alcune delle fattispecie previste dallo Statuto di Roma (come alcuni hanno proposto), parimenti, s'andrebbe incontro a difficoltà analoghe a quelle che sembrano connotare le soluzioni sin qui menzionate. Limitarsi a invocare un mutamento di "sensibilità" non sembra infatti poter favorire un autentico cambiamento, come ha purtroppo dimostrato in maniera emblematica la parabola del documento programmatico dell'Ufficio del Procuratore della CPI del 2016⁸⁰. Inoltre, l'impressione è che non ci sia poi molto su cui lavorare. Lo spazio di manovra che le disposizioni dello Statuto offrono è limitato. Estenderle troppo rischierebbe soltanto di minare la legittimità della CPI stessa e delle (eventuali) condanne che essa riuscisse a emettere in materia⁸¹.

A voler percorrere tale strada, dovrebbe poi senz'altro mantenersi la connotazione antropocentrica che la tutela dell'ecosistema ha sino ad oggi ricevuto nello Statuto e ciò condurrebbe ancora una volta a «un *cul-de-sac* normativo, in cui» tutte «le prospettive di affrontare» danni ambientali e climatici in futuro resterebbero di fatto «condizionate» alla

tenza CEDU criticata da commissione, reperibile al sito www.swissinfo.ch, 21 maggio 2024].

⁸⁰ Come ricordato da R. PEREIRA, *op. cit.*, 222, «a marzo 2020», «non» erano «state» ancora «avviate indagini o procedimenti giudiziari» in materia. Aveva peraltro già espresso più di qualche scetticismo sulle potenzialità del documento W. SCHABAS, *Feeding Time at the Office of the Prosecutor*, in *International Criminal Justice Today*, 23.11.2016.

⁸¹ Come rileva C. BRUCH, *All's Not Fair in (Civil) War: Criminal Liability for Environmental Damage in Internal Armed Conflict*, in *VLR*, 25, 2001, 736, se si esagera nell'estendere in via interpretativa le fattispecie dello Statuto, «c'è il pericolo che una persona possa esser accusata per qualcosa che non sapeva essere un crimine». Si può convenire con R. PEREIRA, *op. cit.*, 217 e D. MINHA, *op. cit.*, *passim*, quindi, che «il principio di legalità» potrebbe rappresentare un ostacolo al «perseguimento dei crimini ambientali internazionali commessi sotto l'ombrello dei crimini esistenti dello Statuto della CPI».

previa dimostrazione del «danno» arrecato «agli interessi umani e», perciò, «costrette in un quadro normativo antropocentrico» suscettibile di «limitare intrinsecamente qualsivoglia valore simbolico che potrebbe esser» assegnato al diritto penale internazionale in materia⁸². Pur potendosi concordare con Robinson che la dicotomia antropocentrismo/ecocentrismo sia stata spesso “sovrastimata” e che una componente di “antropocentrismo” ben potrebbe “tollerarsi”⁸³, è certo, infatti, che gli approcci prettamente antropocentrici in questa materia siano da evitare accuratamente.

A differenza delle altre strade additate, tuttavia, quest’ultima opzione presenta perlomeno (ed è bene sottolinearlo) l’indiscutibile pregio di proporre una strategia immediatamente fruibile e già “pronta all’uso”⁸⁴, oltre che fondata «su disposizioni collaudate che hanno costituito la base di solidi processi nei tribunali internazionali in precedenza»⁸⁵. Si tratterebbe, poi, verosimilmente, di una delle pochissime strade che si potrebbero percorrere anche in via soltanto “temporanea” e “complementare” rispetto all’introduzione di un nuovo crimine internazionale d’ecicidio; e considerato che potrebbero volerci anni per raggiungere un accordo su una Convenzione *ad hoc* o su una modifica dello Statuto (tra l’altro non retroattiva e che interesserebbe soltanto gli Stati disposti ad accettarla), sarebbe forse saggio seguire per il momento anche tale ultima strada, come “tappabuchi” nell’attesa che qualcosa di meglio si palesi all’orizzonte⁸⁶.

Sempre nell’ottica di considerare strade “suppletive” e “complementari”, in effetti, solo altre due sembrano le opzioni potenzialmente esperibili in materia.

⁸² Nello stesso senso cfr. M. GILLET, *Prosecuting*, cit., 7.

⁸³ Cfr. D. ROBINSON, *Your Guide to Ecocide – Part. II*, cit., *passim*, il quale ritiene che una dimensione antropocentrica nell’ecicidio sarebbe anzi utile «per coerenza con la IEL» (*International Environmental Law*) e quindi per ragioni di «legalità e legittimità», nonché «da un punto di vista strategico, cioè per convincere i funzionari umani ad adottare il crimine».

⁸⁴ Condivisibilmente si v. D. MINHA, *op. cit.*, *passim*.

⁸⁵ Come nota M. GILLET, *Eco-Struggles*, cit., 252-253.

⁸⁶ Cfr. D. MINHA, *op. cit.*, *passim*; R. KILLEAN, *op. cit.*, 331.

La prima strada percorribile è forse quella d'introdurre sanzioni (penali o parapenali) per le violazioni degli obblighi di *due diligence* che, in materia ambientale e di tutela dei diritti umani, verranno ben presto a gravare le grandi imprese europee (con l'approvazione della proposta volta a modificare la direttiva UE 2019/1937), anche per i fatti commessi lungo la catena di approvvigionamento. In alcuni ordinamenti, portatisi avanti su tale strada, obblighi e sanzioni sono già divenuti realtà⁸⁷. In altri lo saranno presto; e s'inizia a riflettere attentamente sulle modalità che dovrebbero presiedere a una loro implementazione⁸⁸.

L'altra opzione più plausibile è probabilmente quella che è stata prospettata da Luigi Ferrajoli, volta a favorire l'instaurazione (anche) di «giudizi di verità, sul modello delle» c.d. *Commissioni per la verità o sul modello dei tribunali d'opinione*, giacché gli stessi potrebbero esser chiamati ad operare pure in quelle situazioni in cui la giustizia internazionale penale “classica” avrebbe invece molte difficoltà a intervenire.

5.3. I limiti dell'ecocidio in ottica “propulsiva”

La creazione di un crimine d'ecocidio è una soluzione ovviamente non priva di (probabilmente fisiologici) limiti. In particolar modo, essa non sembra in grado, al contempo: a) sia di evitare che i risultati auspicabilmente raggiunti dalla transizione possano esser inopinatamente sovvertiti; b) sia di favorire, altresì, il loro raggiungimento (eventualmente anche solo con maggior sollecitudine).

⁸⁷ In Germania la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* è in vigore dal 1° gennaio 2023 e si applica alle aziende con più di 3.000 dipendenti; dal 1° gennaio 2024 è stata estesa anche alle aziende con 1.000 dipendenti (inoltre, ha altresì conseguenze per molte imprese più piccole, grazie all'estensione degli obblighi alla c.d. *catena d'approvvigionamento*) [H. HEMBACH, *Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)*, Frankfurt a. Main, 2022, *passim*; M. KRAJEWSKI, *Völkerrecht*³, Baden-Baden, 2023, 307]. Sulla rilevanza di tale legge dal punto di vista penalistico, si v. G. PETROSSIAN, *Die Früchte des vergifteten Baums: Deutsche Straffjustiz und die Lieferketten*, in *CB*, 2022, 282 ss.

⁸⁸ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 68 ss.; M. STRICKER, *Corporate Criminal Liability Along the Supply Chain? – An Austrian Perspective*, in *EuCLR*, 2, 2023, 151 ss.

L'introduzione di questo crimine, infatti, potrebbe di certo "attrezzare" la comunità internazionale con un presidio contro i più gravi attacchi all'ecosistema: presidio, ovviamente, non privo di alcune zone d'ombra⁸⁹ e forse destinato a giocare un ruolo (almeno inizialmente) viepiù simbolico-espressivo⁹⁰, visto che non si sa (né si può sapere) ancora se e che tipo di deterrenza lo stesso sarà effettivamente in grado di assicurare⁹¹. La sua adozione, però, non potrebbe certo prestarsi a sollecitare anche quel maggior impegno collettivo nella mitigazione dei

⁸⁹ Se la norma fosse introdotta nello Statuto di Roma, infatti, non potrebbe operare nei confronti di Cina, Russia, India e USA, alcuni dei maggiori inquinatori al mondo [T. VORNICU, *op. cit.*, 18], in quanto la CPI non ha giurisdizione su crimini commessi da cittadini di Paesi terzi sul territorio di Stati non membri [opportuna sarebbe quindi un'estensione della giurisdizione della CPI: v. per es. la proposta di L. SCOLLO, *Ecode-litti ed ecomafie*, cit., 28]. Difficilmente, però, tali Stati prenderebbero parte anche a una Convenzione per la creazione di una IEC (se così fosse sarebbe un argomento decisivo a favore di tale ultima opzione, anche perché «una corte altamente specializzata risolverebbe» il «problema della complessità tecnica di giudicare simili condotte, e la necessità di avvalersi di esperti non solo di tipo giuridico, bensì di quelle discipline scientifiche necessarie all'accertamento degli elementi costitutivi richiesti dalla fattispecie») [conf. K. CORNELIUS, *op. cit.*, 34; L. SCOLLO, *Ecode-litti ed ecomafie*, cit., 28].

⁹⁰ Come si è osservato, infatti, «il valore simbolico ed espressivo dell'aggiunta del crimine all'architettura della» CPI o di una Convenzione *ad hoc* potrebbe rivelarsi alla fine più rilevante «dell'esito» stesso «di qualsiasi caso specifico» giudicato dalla Corte. Bisognerebbe tuttavia evitare di far assumere alla figura, quale unica funzione, il «sancire» [cfr. E. FRONZA, *Sancire*, cit., 15]. Se «il crimine» venisse «aggiunto allo Statuto di Roma» (o inserito in una Convenzione *ad hoc*), «ma poi la Corte» incaricata di perseguirlo si rivelasse «incapace di gestire operativamente» qualsivoglia caso, «l'effetto a lungo termine potrebbe» infatti persino «essere quello di annullare ogni spinta simbolica iniziale» raggiunta tramite la sua creazione [cfr. M. GILLET, *Crimes*, cit., 40-41].

⁹¹ Il fatto che «le giustificazioni deterrenti della pena», quando «si tratta di crimini ambientali», siano più «forti rispetto ad altre aree del diritto internazionale penale» dà qualche speranza in proposito [cfr. F. MÉGRET, *The Case*, cit., 56]. Certo, se la natura più deliberata dei crimini ambientali non fosse condivisa [così D.B. SPENCE, *The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law*, in *CLR*, 89, 2001, 917], sarebbe lecito avere dubbi in merito al reale potenziale deterrente dell'introduzione di una simile fattispecie, dal momento che in linea generale «c'è una notevole incertezza» circa l'«effettivo contributo» che la giustizia penale internazionale può offrire alla «prevenzione del crimine» [cfr. C. STAHN, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, 2019, 175 ss.].

cambiamenti climatici che sembra necessario per poter sperare di raggiungere davvero i traguardi auspicati (e di farlo oltretutto nei tempi prestabiliti).

Il diritto penale potrebbe forse intervenire anche su tale ultimo versante, ma di certo non con una fattispecie che, riportando alla mente il “crimine dei crimini” (o alcuni dei peggiori crimini di cui ci si possa macchiare)⁹² e giocando su tale parallelismo: a) potrebbe certo avere un impatto su chi si rende responsabile delle più gravi compromissioni ambientali⁹³; b) ma non ne avrebbe senz’altro alcuno nei confronti di quanti quotidianamente tengano comportamenti apparentemente non così rilevanti, che però divengono altrettanto dannosi per l’ecosistema a causa del loro reciproco interrelarsi e cumularsi⁹⁴.

Per favorire il raggiungimento dei risultati che la transizione conta di conseguire, infatti, bisognerebbe verosimilmente “entrare in contat-

⁹² Cfr. M. CROOK, D. SHORT, *Marx, Lemkin and the genocide-ecocide nexus*, in *IJHR*, 3, 2014, 298 ss.; B.P. GALLIGAN SJ, *Re-theorising the genocide-ecocide nexus: Raphael Lemkin and ecocide in the Amazon*, in *IJHR*, 6, 2022, 1004 ss.

⁹³ Conf. L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in *LP*, 06.06.2023, 15, la quale osserva che tale «opzione restringerebbe la risposta penale alle macro-lesioni ambientali».

⁹⁴ Cfr. P.J. KEENAN, *International Criminal Law and Climate Change*, in *Boston International Law Journal*, 37, 2019, 87 ss., 95, ove rileva che «la maggior parte delle persone non vede alcun legame tra sé e qualcuno accusato di genocidio o di crimini contro l’umanità». Sicché, limitarsi a introdurre un crimine internazionale «dichierebbe simbolicamente che i crimini» rilevanti «sono solo quelli commessi da persone o istituzioni che sono moralmente equivalenti alle persone che hanno commesso il genocidio in Ruanda od organizzato l’Olocausto». Similmente, A. BRANCH, L. MINKOVA, *Ecocide, the Anthropocene, and the International Criminal Court*, in *E&I.A.*, 1, 2023, 72, osservano che «i processi ai singoli colpevoli» potrebbero «creare un “mito dell’innocenza collettiva”, oscurando il ruolo che le persone comuni possono svolgere nel crimine sistemico». Per «influenzare gli atteggiamenti delle persone che pensano che i loro contributi individuali ai danni del clima siano così insignificanti da non essere importanti» sembra dunque necessario valutare anche alcune strade alternative e “complementari” [sull’importanza di una “educazione” collettiva sui problemi climatici, cfr. per es. T. VORNICU, *op. cit.*, 236 ss.]. Analoghe considerazioni varrebbero ovviamente, *mutatis mutandis*, in misura forse persino maggiore, per il c.d. *postericidio* (*supra*, § 4).

to” con una platea di destinatari molto più ampia di quella composta da chi potrebbe lasciarsi motivare dall’introduzione di un crimine d’ecocidio (indipendentemente da dove lo si voglia poi ubicare e dal modo in cui lo s’intenda eventualmente denominare); bisognerebbe aprirsi, in poche parole, all’idea che si debba guardare anche altrove⁹⁵, a soluzioni in grado di colpire pure condotte molto meno gravi di quelle che un qualsivoglia crimine internazionale, per sua stessa natura, dovrebbe esser abilitato a raggiungere⁹⁶.

6. Un “diritto penale del clima” per favorire il raggiungimento della “neutralità climatica”?

L’“orologio” del riscaldamento globale, come ripetutamente detto, sta correndo veloce⁹⁷; limitarsi ad approntare un presidio contro i più gravi attentati all’ecosistema potrebbe non essere già più sufficiente. Quando la situazione diverrà ancor più critica di quanto non lo sia già ora, occorrerà allora necessariamente volgersi verso soluzioni che siano in grado di sopperire pure a quella componente “propulsiva” nei confronti della generalità delle condotte dannose per il clima che a ogni

⁹⁵ Cfr. però A. BRANCH, L. MINKOVA, *op. cit.*, 73, i quali ritengono che «i processi della CPI» siano troppo ingombranti nel loro funzionamento e assoluti nel loro giudizio per poter «essere semplicemente» considerati «una strategia tra le tante».

⁹⁶ Cfr. M. DEGUZMAN, *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, in *Fordham International Law Journal*, 32, 2009, 1400 ss.; ID., *Shocking the Conscience of Humanity. Gravity and the Legitimacy of International Criminal Law*, Oxford, 2020, 1 ss. Sul fatto che occorra un elemento di “contesto”, atto a differenziare le condotte di rilievo internazionale da quelle che dovrebbero restare di competenza nazionale, v. pure A. NIETO MARTÍN, *La conformación*, cit., 136 ss. Per una recente e più generale riflessione sul tema, si v. poi E. FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l’umanità: quale misura per l’incommensurabile?*, in *LP*, 28.05.2024, 1 ss.

⁹⁷ Cfr. C. FASSARI, “*La bomba climatica scandisce i secondi*”. *L’allarme Onu: “O agiamo subito o sarà troppo tardi per salvare il pianeta”*. *Ecco l’agenda per contenere il riscaldamento a +1,5° entro il 2030*, in *www.quotidinaosnità.it.*, 20.03.2023, ove si riportano le parole pronunciate dal segretario dell’ONU, António Guterres, nel presentare l’ultimo rapporto dell’IPCC: «l’umanità è in bilico su un sottile strato di ghiaccio, che si sta sciogliendo velocemente».

opzione di diritto internazionale finirebbe inevitabilmente per far difetto. Soluzioni come: a) la creazione di una Convenzione *ad hoc* volta a reprimere anche condotte ad alto impatto climatico/ambientale, ma meno gravi dell'ecicidio, sul piano però della cooperazione transnazionale⁹⁸; b) la repressione penale da parte dei singoli ordinamenti anche di quello che verosimilmente appare al giorno d'oggi come il principale comportamento che si dovrebbe reprimere per poter favorire realmente un più rapido raggiungimento di una situazione di "neutralità climatica" a livello globale (*i.e.*, l'emissione di gas nell'atmosfera in sé e per sé considerata).

La repressione delle emissioni di gas serra nell'atmosfera non compensate, tuttavia, è un presidio che potrà verosimilmente iniziar a esser vagliato più seriamente solo quando il raggiungimento della "neutralità climatica" inizierà a esser considerato un obbligo realmente vincolante a livello internazionale. Fino a quando l'obiettivo in parola continuerà invece a esser visto come un'aspirazione di massima, da contemperare all'occorrenza con l'utilità sociale ed economica (evidentemente) posseduta dalle attività inquinanti, pare infatti difficile immaginare, in via generale, un ruolo più rilevante per il diritto penale di quello – tendenzialmente ancora vieppiù accessorio rispetto a valutazioni di liceità effettuate in sede amministrativa da parte di ciascun ordinamento – che lo stesso si è sino ad oggi visto assegnare praticamente dovunque⁹⁹.

⁹⁸ A una eventuale modifica dello Statuto o stipula di una Convenzione volta a introdurre l'ecicidio dovrebbe dunque affiancarsi anche una Convenzione tesa a reprimere almeno taluni crimini ambientali "minori", sull'esempio del progetto proposto da L. NEYRET (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁹⁹ In Italia, v. M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996, 9 (nt. 24), 51 ss., 127 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale ambientale*⁴, Torino, 2021, 14 ss.; L. CORNACCHIA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 29 ss. In Spagna, si v. N.J. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, *passim*; e, più di recente, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho*, cit., 47 ss. In Germania, cfr. per tutti R. BÖRNER, *Umweltstrafrecht*, Berlin-New York, 2020, 109 ss. Per una panoramica generale sul tema cfr. anche L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano,

L'obbligo di "neutralità" menzionato, infatti, al momento non pare espressamente previsto: a) né dal *Green Deal europeo* (limitatosi a mere dichiarazioni programmatiche sul punto)¹⁰⁰; b) né dall'accordo di Parigi. Guardando ai contenuti di quest'ultimo accordo, tuttavia, sembra che non si dovrà attendere molto prima che lo stesso potrà venir effettivamente considerato dalla comunità internazionale come già venuto, per forza propria, autonomamente a esistenza.

L'accordo di Parigi, infatti, vincola tutti gli Stati del mondo a mantenere il riscaldamento globale sotto una soglia di 2 C. Soglia che, tenendo fermo lo *status quo* inaugurato a Tokyo, sarà ben presto raggiunta. Sicché, delle due l'una: a) o si aspetta che ciò avvenga – e a quel punto la "neutralità" diverrà di certo obbligatoria, ma ormai verosimilmente inutile; b) o si ritiene che un obbligo di tal fatta sia già implicitamente posto dall'accordo, con vigore dal momento stesso in cui la "neutralità obbligatoria" diverrà l'unica strada seriamente percorribile per sperare di adempiere ancora a quanto pattuito a livello internazionale (condizione che verrà, se non lo è già ora, ben presto integrata)¹⁰¹. Se ci si pone in questa (verosimilmente preferibile) ottica, tutti gli Stati del mondo saranno quindi chiamati, all'evidenza molto prima di raggiungere davvero i 2 C di riscaldamento globale, ad adeguarsi a un vero e pro-

2007, 94 ss.; M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo a una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2017, *passim*. Sull'utilità di un modello d'intervento del diritto penale (almeno a volte) svincolato dalle valutazioni effettuate in sede amministrativa, si esprime di recente M.G. FAURE, *The Revolution of Environmental Criminal Law in Europe*, in *VELJ*, 35(2), 2017, 335 ss.; ID., *The Development of Environmental Criminal Law in the EU and its Member States*, in *REC & IEL*, 26, 2017, 139 ss.

¹⁰⁰ Come osserva A. NIETO MARTÍN, *Don't*, cit., 63 ss.

¹⁰¹ Cfr. H. SATZGER, *La protección*, cit., 1734 ss.; H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *op. cit.*, 19 ss., 25. Come osserva T. VORNICU, *op. cit.*, 16 ss., alcuni nuovi modelli climatici sembrano suggerire che gli obiettivi di Parigi siano già abbondantemente fuori portata. Si v. per es. J. HANSEN, M. SATO, P. KHARECHA, D. BEERLING, R. BERNER, V. MASSON-DELMOTTE, M. PAGANI, M. RAYMO, D.L. ROYER, J.C. ZACHOS, *Target Atmospheric CO₂: Where Should Humanity Aim?*, in *OASJ*, 2, 2008, 217 ss.; N. STERN, *A Blueprint for a Safer Planet. How to Manage Climate Change and Create a New Era of Progress and Prosperity*, London, 2009, 27 ss.

prio obbligo di “neutralità”, predisponendo un generale divieto per tutte le emissioni non compensate¹⁰².

A quel punto – e solo a quel punto – le porte per speculare sulla creazione di un nuovo “diritto penale del clima”, volto ad assicurare il rispetto del divieto in parola (facendo magari leva su fattispecie di mera condotta)¹⁰³, comincerebbero davvero a “dischiudersi”.

7. Osservazioni conclusive

Sembra insomma che non manchino strade percorribili per approntare presidi più efficaci a tutela dei risultati conseguibili dalla transizione e/o, perché no, per concepire persino un intervento più “propulsivo” del diritto penale in materia, volto a favorire anche una transizione più rapida verso un’economia a zero emissioni nette di carbonio (*net zero*). Soluzioni che, verosimilmente, dovranno presto o tardi iniziare a essere vagliate più seriamente, quali opportuni *pendant* alle riforme attuate/attuabili da parte degli altri settori ordinamentali, quantomeno se si spera di raggiungere realmente (e in tempi ragionevoli) gli obiettivi climatici stabiliti a livello internazionale.

La gravità della crisi climatica e le conseguenze catastrofiche che certamente conseguirebbero dal mantenimento dello *status quo* sembrano infatti reclamare azioni più rapide e risolutive di quelle registratesi sino ad oggi¹⁰⁴ per supportare la transizione in atto. Il rischio che si corre, in caso contrario, è quello: a) di impegnarsi inutilmente in politiche di riforma ed economiche decennali, volte al raggiungimento di risultati che resterebbero inevitabilmente, permanentemente e (soprattutto) precariamente esposti a compromissioni di ogni ordine e grado; b) di arrivare al “traguardo” (ammesso che l’obiettivo finale della neutralità climatica sia conseguibile anche senza dover necessariamente ricorrere in

¹⁰² Cfr. H. SATZGER, *La protección*, cit., 1736; H. SATZGER, N. VON MALTITZ, *op. cit.*, 25.

¹⁰³ Cfr. A. NIETO MARTÍN, *Don’t*, cit., 54, che parla di “reati di accumulo”.

¹⁰⁴ Cfr. A. HANSEN, *Storms of My Grandchildren: The Truth about the coming climate catastrophe and our last chance to save humanity*, London, 2009, 289.

chiave propulsiva al diritto penale) troppo tardi, quando cioè si saranno già innescati quei processi di trasformazione irreversibile per le matrici ambientali che gli scienziati ritengono fatali per la sopravvivenza del nostro pianeta. Se si vuol evitare che ciò accada, non v'è chi non veda, perciò, come il ruolo che il diritto penale molto probabilmente dovrà esser chiamato a giocare nel prossimo futuro per supportare la “transizione” in atto (ovviamente insieme a tutti gli altri rami dell'ordinamento) meriti di esser fatto oggetto di più attente considerazioni da parte della dottrina, seguendo l'esempio di almeno alcuni recenti studi registratisi in materia (il riferimento va, ovviamente, ai pionieristici e più volte citati scritti di Satzger e Adán Nieto Martín).

Non esistono, d'altronde, strade troppo semplici per “salvare” il pianeta. Basti pensare che la tutela di cui sembra al momento aver bisogno l'ecosistema richiederebbe pesanti sacrifici economici, non solo in virtù degli investimenti necessari, ma anche perché gli interessi economici dovrebbero verosimilmente iniziare – se si spera di raggiungere risultati davvero tangibili dal punto di vista della mitigazione dei cambiamenti climatici – a venir almeno talvolta subordinati alla tutela dell'equilibrio climatico e ambientale della Terra, differentemente da quanto è accaduto sino ad oggi¹⁰⁵.

Sarà dunque inevitabilmente compito anche di noi giuristi, in questa “delicata” transizione, fare tutto quanto è in nostro potere per far sì che delle riforme “sensate” ed “equilibrate” possano effettivamente vedere la luce, magari prima che ogni “correzione di rotta” diventi intempestiva e, dunque, per ciò stesso inutile¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sul rapporto di tensione tra “capitalismo” e tutela del clima e per ogni opportuno ragguaglio in proposito, cfr. M. KOCH, *op. cit.*, 31 ss., 36 ss. e *passim*.

¹⁰⁶ Ci si deve insomma chiedere «cosa potrebbe fare, ciascuno di noi, come giurista, e come cittadino di un mondo così minacciato, affinché si possa addivenire un giorno a respirare un ben diverso, e assai più sano e gradevole, “profumo di vittoria”» [così A. VALLINI, *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i “crimini contro la terra”?* Introduzione, in *LP*, 17.03.2021, 4].

IL BINOMIO AMBIENTE-LAVORO ALLA PROVA DELLE TRANSIZIONI

DALLA VICENDA ILVA ALLA DIRETTIVA EUROPEA CSRD

Chiara Padrin

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Il binomio ambiente-lavoro nel nostro impianto costituzionale.* 3. *Il binomio ambiente-lavoro attraverso la vicenda Ilva.* 4. *La dimensione multilivello del binomio nell'accelerazione "verde" impressa dal Green Deal.* 4.1. *La Direttiva CSRD e alcuni brevi cenni sulla Proposta di Direttiva CSDD.* 5. *Note conclusive.*

1. Introduzione

Il termine inglese *permacrisis*¹, che significa letteralmente “crisi permanente”, ben racchiude la percezione di instabilità che accompagna il momento storico attuale e che vede il sovrapporsi di molteplici ed eterogenee crisi: economica, ambientale, energetica, sanitaria, occupazionale, industriale. Alcune di queste sono relativamente più recenti e contingenti come quella sanitaria, altre risultano ormai latentizzate nel corso degli anni, ma tutte – in ogni caso – impattano a loro modo sul mercato del lavoro. In risposta a tale situazione di *empasse*, i legislatori nazionali e sovranazionali si sono nel tempo prodigati per trovare soluzioni innovative che permettessero loro di definire un nuovo equilibrio e, così facendo, di superare le crisi in corso. Tale momento dà avvio a una fase di transizione, da intendersi non come «mero effetto, ma [co-

¹ Il termine è stato definito parola dell'anno 2022 secondo il Dizionario inglese Collins.

me] insieme complesso di programmi, di piani, di norme e di risorse dedicate»² a un obiettivo di sviluppo.

A partire da tale contesto, il presente contributo si concentrerà sullo studio degli impatti delle transizioni – e in particolare della transizione ecologica – sul binomio ambiente-lavoro. Ciascuna di queste, da intendersi nella lettura di cui sopra come “insieme di norme e risorse dedicate a un obiettivo di sviluppo”, riflette i mutamenti intercorsi nel rapporto di forza fra i due concetti giuridici che compongono il binomio, il quale si sviluppa diacronicamente in un movimento parabolico caratterizzato, inizialmente, da un moto discendente della valorizzazione dell’ambiente, con uno sbilanciamento a favore del lavoro (inteso in questa sede come attività d’impresa). In un secondo momento, si verifica invece un’inversione di tendenza, caratterizzata da un progressivo riconoscimento della fundamentalità della tutela ambientale, nel segno di una parabola ascendente che continua ancor oggi.

Sarà quindi interessante ricostruire le tappe di questa evoluzione a partire dall’inquadramento del binomio nel nostro impianto costituzionale, nonché nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tanto sul piano generale, quanto nella specifica vicenda del caso Ilva; quest’ultima, infatti, plasticamente esprime le diverse posizioni assunte dagli attori istituzionali chiamati in causa (o spontaneamente intervenuti), anche in una prospettiva multilivello.

Nel solco di tale dimensione multilivello si sviluppa la seconda parte del presente contributo, orientata a ricostruire la fase attuale, la quale è contrassegnata da forti sollecitazioni europee compendiate nel *Green Deal*, strumento emblematico della transizione ecologica modernamente intesa. E a questo proposito, la mancanza di una definizione chiara e univoca di transizione ecologica porta ad alcune incertezze dal punto di vista dell’individuazione del perimetro entro cui essa si muove. Spesso, infatti, ci si riferisce alla stessa come a un fenomeno recente, che nasce e si sviluppa a partire dalla pubblicazione del *Green Deal*, seguito poi dal *Next Generation EU* e dalla previsione dei dispositivi di resilienza

² G. SEVERINI, *La “transizione” come ordinamento giuridico*, 24 novembre 2022, disponibile online su www.giustiziasieme.it.

(maggiormente noti come PNRR). Per queste ragioni, appare opportuno chiarire sin da subito che lo scritto ripercorre il fenomeno della transizione ecologica andando più a ritroso nel tempo, sposando la tesi secondo cui essa era presente nella legislazione europea da tempo, sotto le mentite spoglie del principio di integrazione ambientale³.

Ciò non toglie, ad ogni modo, che al *Green Deal* dev'essere riconosciuto il merito – se non di aver dato avvio alla transizione ecologica – di averle impresso una fortissima accelerazione. Nell'ambito del “Patto verde” sono state infatti integrate una serie di politiche europee che sembrano voler responsabilizzare tutti gli attori chiamati in causa nel processo di transizione ecologica – tra cui le stesse imprese (solitamente soggetto passivo delle misure) – nella (forse) nuova consapevolezza che la cooperazione rappresenta un ingrediente essenziale per il raggiungimento degli obiettivi del Patto. Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto verranno prese in esame le principali novità – e connesse criticità – della Direttive CSRD e dell'ancora Proposta di Direttiva CSDD.

2. *Il binomio ambiente-lavoro nel nostro impianto costituzionale*

Ambiente e lavoro possiedono nel nostro ordinamento una collocazione costituzionale che origina da percorsi molto differenti. Tale aspetto ha influenzato le scelte compiute dal legislatore in ordine alla loro tutela e, al contempo, ha prestato il fianco a molteplici riflessioni sul valore costituzionale dei due termini del binomio. E difatti se il lavoro ha trovato, sin dalla prima attività dell'Assemblea costituente, riscontro formale nell'art. 4 Cost. quale diritto fondamentale posto a fondamento della Repubblica (seguito da disposizioni volte a garantirne la tutela

³ Il principio di integrazione ambientale nella sua accezione generale viene disciplinato all'art. 11 TFUE e richiede che le esigenze di tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività dell'Unione, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Tale tesi è affermata altresì in V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, 1, 2023, 22.

agli artt. 35 ss. Cost.) – e così parimenti la libertà d’iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. – la tutela ambientale ha avuto invece un iter più travagliato, in assenza di un ruolo di rilievo nel dibattito in Costituyente a cui si è accompagnata la mancanza di un riferimento esplicito nella Costituzione del 1948. La ragione di tale assenza può ritrovarsi nel periodo storico di ricostruzione che l’Italia stava vivendo, in cui le conseguenze ambientali negative dei nuovi modelli di produzione erano ritenute «un sacrificio minimale che valeva la pena pagare sull’altare dell’industrializzazione»⁴. Mancava una visione di sviluppo economico che fosse in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la possibilità che le generazioni future riuscissero a soddisfare i propri⁵, probabilmente perché ancora assente la consapevolezza della naturale limitatezza delle risorse. In altre parole, il paradigma dello sviluppo sostenibile era ancora lontano.

I primi segnali di un mutamento di prospettiva iniziano a manifestarsi negli anni Ottanta quando – complici le sollecitazioni da parte delle istituzioni europee e internazionali – inizia a prendere forma un primo embrionale apparato di norme a tutela dell’ambiente e si dà avvio a una stagione di attivismo giudiziario sul tema, consacrato nella storica sentenza n. 5172 del 1979 della Cassazione SS.UU. che riconosce l’esistenza del diritto alla salubrità dell’ambiente⁶. Nello stesso periodo, anche i giudici costituzionali entrano a gamba tesa nella “questione ambientale” e gettano i semi di quella che è stata definita una «costituzionalizzazione di fatto»⁷ dell’ambiente, creando un *corpus* di precedenti (i cui contenuti sono stati recepiti dalla l. cost. 1/2022) grazie ai quali – attraverso un’interpretazione evolutiva dell’art. 9 Cost. – l’ambiente viene ricompreso nella tutela del paesaggio, quale valore costitu-

⁴ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, 42. Più recentemente, v. P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Modena, 2018, 75 ss.

⁵ Ci si riferisce alla nota definizione di sviluppo sostenibile contenuta nel Rapporto Brundtland del 1987.

⁶ P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 76-80.

⁷ In tal senso, T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 16, 2021.

zionale primario⁸ a cui il legislatore deve dare attuazione. Si aggiunga inoltre come la Corte abbia poi cercato di arginare il problema definitivo che caratterizza il bene/valore ambiente promuovendo una visione di quest'ultimo quale bene unitario nella sua natura e sostanza⁹ (pur se dotato di carattere polidimensionale). Parallelamente, poi, ai sensi degli artt. 9 e 32 Cost., i giudici costituzionali hanno individuato il danno ambientale nel

pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente¹⁰.

Ed è proprio nel solco dell'art. 32 Cost. – per tornare al nostro binomio – che si svilupperà, almeno inizialmente, la sensibilità sociale dei lavoratori e del movimento sindacale al tema ambientale, che si declina dunque nel diritto (dei lavoratori) a vivere in un ambiente salubre e che, solo progressivamente, vedrà uno spostamento dell'attenzione sociale dal danno provocato alla salute degli individui verso il danno inferto all'ambiente in sé considerato¹¹. Non dissimilmente, l'ambiente entra in quegli anni altresì nel novero dei limiti costituzionali all'attività imprenditoriale (ossia all'esercizio dell'attività economica privata) pure se non espressamente previsto dall'art. 41 Cost. Il ponte per tale ingresso veniva garantito dalla previsione al co. 2 del non contrasto con l'utilità sociale che funge da «principio-valvola»¹², ossia quale clausola aperta ed elastica, in grado di mutare al variare delle fattispecie indivi-

⁸ In questa direzione vedasi, C. cost. 29 marzo 1985, n. 94, Considerato in diritto 3, C. cost. 27 giugno 1986, n. 151.

⁹ Così C. cost. 30 dicembre 1987, n. 641.

¹⁰ C. cost. 28 maggio 1987, n. 210.

¹¹ P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 83. Affronta il tema dell'ambiente salubre, G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo diritto" o espediente tecnico?*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, 1999, Firenze, I, 431-447.

¹² Così definito da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 117.

duate dal legislatore di volta in volta, potendo comprendere beni e interessi non necessariamente inclusi nel testo costituzionale, tra cui proprio l'ambiente¹³.

Il cerchio rispetto alla costituzionalizzazione dell'ambiente si è poi formalmente chiuso con la l. cost. 1/2022 che modifica gli artt. 9 e 41 Cost. in un sostanziale allineamento con il panorama normativo sovranazionale. La riforma comporta essenzialmente due modifiche: anzitutto, l'aggiunta all'art. 9 Cost. della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali «anche nell'interesse delle future generazioni», nel quale viene ormai concordemente individuato l'implicito ingresso del paradigma dello sviluppo sostenibile nella nostra Carta costituzionale¹⁴; in secondo luogo, la previsione, all'art. 41 Cost., del limite di non arrecare danno alla salute e all'ambiente nell'esercizio della libertà d'iniziativa economica privata (co. 2), nonché di indirizzare e coordinare – con legge – l'attività economica pubblica e privata a fini sociali e ambientali (co. 3).

3. Il binomio ambiente-lavoro attraverso la vicenda Ilva

Con l'avanzare delle preoccupazioni climatiche e man mano che la definizione di tutela ambientale assumeva una forma sempre più nitida, è divenuto chiaro, per riprendere le parole di Bin, che

l'ambiente non è affatto estraneo alla regolazione del mercato, dato che i vincoli ambientali rigorosi imposti da uno Stato in nome della prote-

¹³ Cfr. a titolo esemplificativo, C. cost. 20 maggio 1998, n. 196 con riguardo allo smaltimento di rifiuti e C. cost. 6 giugno 2001, n. 190 in tema di divieto di esportazione dei materiali da escavazione.

¹⁴ In particolare, la prospettiva intergenerazionale di tutela dei beni ambientali si accompagna alla visione del Rapporto Brundtland di sviluppo sostenibile come sviluppo «che risponde ai bisogni del presente senza compromettere i bisogni delle future generazioni». Approfondisce tale legame G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2021, 157 ss.

zione ambientale si traducono direttamente in un maggior costo di produzione per le “sue” imprese, aggravandone la competitività nel mercato¹⁵.

Frequenti sono state, infatti, le occasioni in cui il binomio si è declinato in termini di contrapposizione, soprattutto considerando gli alti costi che le imprese devono sostenere per salvaguardare l’ambiente dai potenziali rischi derivanti dall’attività produttiva. Di questa discrasia è emblematico il complesso caso giudiziario dell’Ilva di Taranto¹⁶, che non solo manifesta appieno il conflitto tra la cultura industrialista e quella ambientalista, tra tutela dell’ambiente, occupazione e lavoro¹⁷ ma che, per il coinvolgimento di diversi organi istituzionali e per il lungo arco temporale di sviluppo, consente di mettere in luce i molteplici profili costituzionali che hanno interessato il rapporto ambiente-lavoro, nonché di scandire concretamente le diverse fasi di questa complessa relazione dalle sue origini ad oggi.

La vicenda, che si sviluppa in un lungo arco temporale (dalla fine degli anni Novanta sino ad oggi), vede coinvolte – in un dialogo a tratti turbolento – l’autorità giudiziaria, l’esecutivo, il Parlamento, la Corte costituzionale e, finanche, autorità sovranazionali, quale la Corte di giustizia UE e la Corte europea dei diritti dell’uomo.

Il caso, che ci si limiterà in questa sede a ripercorrere nei profili funzionali al tema oggetto di trattazione, nasceva da un’inchiesta della magistratura tarantina avviata nel 2012 e culminata in una serie di provvedimenti cautelari¹⁸ diretti a ottenere immediati interventi di risanamento

¹⁵ R. BIN, *Il disegno costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2022, 119.

¹⁶ L’Ilva, acciaieria inaugurata nel 1965, rappresenta il più grande complesso industriale siderurgico d’Europa che consta (nell’anno 2022) di 10.063 dipendenti di cui 8.123 nel sito di Taranto (ove si trova il suo più importante stabilimento). I dati sono tratti da D. PALMIOTTI, *Acciaio: nel piano ex Ilva 2 mld di investimenti e 8 milioni di tonnellate*, in *IlSole24ore*, 1 marzo 2022 disponibile al sito https://www.ilssole24ore.com/art/acciaio-piano-ex-ilva-2-mld-investimenti-e-8-milioni-tonnellate-AE59j8GB?refresh_ce=1.

¹⁷ P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 81-82.

¹⁸ Tra questi, un sequestro che impediva l’utilizzo di sei impianti dell’area a caldo dell’impresa e un ordine di immediata interruzione delle attività inquinanti e pericolose.

ambientale a fronte del rilascio di sostanze nocive da parte dell'impresa, che causavano una «grave ed attualissima situazione di emergenza ambientale e sanitaria»¹⁹. Le problematiche ambientali legate all'attività industriale erano tuttavia note da tempo: non solo lo stabilimento era stato dichiarato dal Consiglio dei ministri nel luglio 1997 come «area a elevato rischio di crisi ambientale»²⁰, ma erano già stati avviati quattro procedimenti penali a carico dei dirigenti dello stabilimento si era pronunciata altresì la Corte di giustizia UE, dichiarando l'Italia inadempiente rispetto agli obblighi di riduzione dell'inquinamento posti dalla Direttiva IPPC²¹. Il sequestro preventivo disposto dal Gip di Taranto in data 26 novembre 2012 innescava però la reazione del Governo, che adottava il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale» volto a garantire – considerato l'«interesse strategico nazionale» (art. 1) dell'impianto – la continuità del funzionamento produttivo, pur nel rispetto di determinate condizioni.

Ciò che appare utile e interessante sottolineare è la scelta politica del Governo di farsi portatore prioritariamente dell'interesse alla prosecu-

¹⁹ Estratto del decreto di sequestro preventivo *ex art.* 321 c.p.p. del Gip, 25 luglio 2012. Va specificato, a tal proposito, che i provvedimenti cautelari adottati nel caso Ilva sono stati molteplici dentro un dialogo (o forse scontro) serrato con il Governo iniziato già nella prima fase di indagine. Approfondisce le varie sequenze procedurali G. ARCONZO, *Note critiche sul “decreto legge ad Ilvam”, tra legislazione provvedimento, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2013, 16 ss.

²⁰ Cfr. Relazione della Camera approvata il 17 ottobre 2012 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti.

²¹ La Corte di giustizia dell'Unione europea condannava l'Italia, con sentenza del 30 marzo 2011, per infrazione della legge comunitaria e, nello specifico, della Dir. 2008/1/CE che obbligava le industrie con un elevato potenziale inquinante a dotarsi dell'AIA (Autorizzazione Integrata Ambientale), della Dir. 89/391/CE sulla sicurezza e salute sul luogo di lavoro e delle Dir. 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale (cfr. CJEU, sez. VII, Causa C-50/10, Sentenza del 31 marzo 2011). Per approfondire, A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al ‘caso Ilva’*, in *Federalismi.it*, 12, 2019, 5-6.

zione dell'attività dell'impresa, nonché dell'interesse al mantenimento dell'occupazione dei lavoratori in essa impiegati²², a scapito dell'ambiente che viene considerato – ma solo marginalmente²³ – nel decreto legge e, in ogni caso, subordinato alla continuità dell'attività produttiva dell'Ilva.

È in tale frangente di scontro istituzionale tra magistratura e Governo che entra in scena la Corte costituzionale, dapprima interpellata dalla Procura di Taranto e dal Gip con la proposizione di due conflitti di attribuzione²⁴ e, in un secondo momento, con un giudizio di legittimità costituzionale²⁵. In ordine a quest'ultimo, il giudizio si risolve con la sentenza n. 85/2013²⁶ che dichiarerà in parte inammissibili e in parte infondate le questioni sollevate dal giudice rimettente attraverso un apparato argomentativo che è qui utile, seppur brevemente, ricordare. Nel rimarcare la qualificazione di “valori primari” dell'ambiente e della salute, i giudici costituzionali non hanno escluso che essi possano essere sacrificati nel bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati quale il lavoro, secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza, tenuti in opportuna considerazione, secondo la Corte, dal decreto n. 207. Il provvedimento legislativo accordava infatti un

²² A tale riguardo, Pascucci afferma che dall'art. 1 del d.l. 207/2012 occupazione e produttività «risultassero così intimamente connesse da sembrare quasi dar corpo a un'endiadi» v. P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto “salva Ilva”*. *Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *Working Paper di Olympus*, 2013, 27.

²³ *Amplius* cfr. E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la “tensione” tra poteri dello Stato e il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2013, 15, 8.

²⁴ Il primo conflitto di attribuzione viene sollevato da parte Procura di Taranto nei confronti del Governo, mentre il secondo da parte del Gip nei confronti del Parlamento in relazione alle norme contenute nella legge di conversione n. 231/2012. La dichiarazione di inammissibilità interviene con ordinanza (C. cost. 13 febbraio 2013, nn. 16 e 17).

²⁵ La questione di legittimità interessa gli artt. 1 e 3 della legge di conversione 24 dicembre 2012, n. 231 considerati confliggenti con gli artt. 2, 3, 9 co. 2, 24 co. 1, 25 co. 1, 27 co. 1, 32, 41 co. 2, 101-104, 107, 111-113 e 117 co. 1 Cost.

²⁶ Per un dettagliato approfondimento della vicenda dello stabilimento siderurgico tarantino sino alla prima sentenza della Corte costituzionale del 2013, si rinvia agli Atti del Convegno, AA.VV., *Il caso Ilva: nel dilemma tra protezione dell'ambiente, tutela della e salvaguardia del lavoro, il diritto ci offre soluzioni?*, in *Federalismi.it*, 15, 2013.

“sufficiente livello di tutela dell’ambiente”²⁷, condizionando la prosecuzione dell’attività al rispetto di specifici limiti disposti in provvedimenti amministrativi²⁸, che erano inseriti in un apposito apparato di controllo e sanzionatorio. Proprio l’identificazione del lavoro come termine di bilanciamento (anziché della libertà di impresa) è stata oggetto di aspre critiche da parte di alcuni studiosi²⁹, secondo i quali la Corte avrebbe di fatto, in questo modo, riformulato il quesito in termini tali da non poter che esitare in una dichiarazione di non fondatezza³⁰.

Sulla scorta della pronuncia n. 85, sono stati diversi gli accadimenti che hanno interessato la vicenda Ilva negli anni successivi, segnati dal susseguirsi di una lunga catena di nuovi decreti legge diretti a gestire la situazione emergenziale³¹. In questa cornice di “interventismo” dell’esecutivo, veniva adottato il d.l. 4 luglio 2015, n. 92 c.d. *Salva Ilva* che, prorogando l’autorizzazione dell’attività produttiva fino ad agosto 2023 (nonostante la pendenza del sequestro preventivo), dava così impulso a un ulteriore procedimento di fronte alla Corte costituzionale, il quale ha portato alla sentenza n. 58 del 2018³². Pur richiamando la sen-

²⁷ Sulle ragioni addotte dalla Corte, E. VIVALDI, *op. cit.*, 15-16.

²⁸ Tali provvedimenti facevano capo all’AIA, l’Autorizzazione Integrata Ambientale.

²⁹ Cfr. P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 113-114, E. VIVALDI, *op. cit.*, 29.

³⁰ M. BONI, *Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 3. In particolare, secondo l’A. il quesito sarebbe stato riformulato in questi termini: «Comparando il grave dissesto ambientale prodotto dall’acciaieria di Taranto con quello che sarebbe scaturito per i livelli occupazionali a fronte della immediata chiusura della stessa, sembra che la Corte abbia riformulato i quesiti sottoposti dal giudice a quo in questi termini: le limitazioni alla salute sopportate nell’area di Taranto – temporanee, monitorate in via di miglioramento – rese necessarie per salvaguardare i redditi di chi vi lavora e dell’indotto, così da assicurare un reddito sufficiente in un’area che maggiormente soffre la crisi economica, sono ragionevoli?» (p. 24).

³¹ Tale situazione veniva gestita, dapprima, con la sottoposizione dell’Ilva alla vigilanza di un Garante, poi di un Commissario straordinario e, infine, ponendola nel regime di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

³² L’impulso a sollevare la questione di legittimità proviene nuovamente dall’autorità giudiziaria in rapporto agli artt. 2, 3, 32, 41 e 112 Cost.

tenza del 2013, i giudici costituzionali sono giunti a conclusioni diametralmente opposte, giustificate dalla mancanza, nel decreto salva Ilva, di meccanismi di ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco³³. L'art. 3 del d.l. 92/2015³⁴ veniva dunque dichiarato illegittimo in forza di «una violazione dei limiti imposti dall'art. 41 Cost., quale il non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana»³⁵. Secondo la Corte,

a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)³⁶.

Di analogo interesse è anche la posizione assunta sul piano sovranazionale. Oltre all'attenzione manifestata dalla Corte di giustizia con l'apertura di procedure di infrazione³⁷, il caso Ilva è stato oggetto di

³³ C. cost. 7 febbraio 2018, n. 58. Considerato in diritto 3.1.

³⁴ Per completezza, è bene precisare che l'art. 3 censurato dalla Corte era stato nel frattempo abrogato dalla legge di conversione n. 132/2015 che, tuttavia, ne faceva salvi gli effetti e gli atti adottati sulla base della disposizione abrogata. La legge di conversione ne riproduceva integralmente il contenuto all'art. 21-*octies*.

³⁵ C. cost. 7 febbraio 2018, n. 58. Considerato in diritto 3.1.

³⁶ *Ibid.*, 3.3.

³⁷ Si fa riferimento alla già citata CJEU, Causa C-50/10, sentenza del 31 marzo 2011. Tuttavia, le procedure di infrazione aperte sono molteplici. Si ricordi la n. 2013/2177, confluita con l'avviso motivato della Commissione europea del 16 ottobre 2014, con la quale si domandava alle autorità italiane di adottare le misure idonee a ridurre l'impatto ambientale dell'ex stabilimento siderurgico Ilva. Figurano, inoltre, tre ulteriori procedure di infrazione che interessano la disciplina europea sulla qualità dell'aria (Dir. 2008/50/CE): la n. 2014/2147 in relazione alla quale è intervenuta sentenza di condanna dell'Italia (CJEU, Causa 644/18) per il superamento dei valori limite giornaliero e annuale per il PM10; la n. 2015/2043 che ha ad oggetto il superamento e la mancata adozione di misure finalizzata a ridurre i valori limite del biossido di azoto a cui, anche in quest'ultimo caso, ha fatto seguito una sentenza di condanna (CJEU, Causa 573/2019) e la n. 2020/2299 relativa al superamento dei valori limiti del PM 2,5 nelle aree in cui sono ubicati stabilimenti di interesse strategico nazionale.

giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, da cui è scaturita la nota sentenza Cordella e altri c. Italia³⁸ del 24 gennaio 2019, a cui hanno fatto poi seguito le sentenze Ardimento e altri c. Italia; Briganti e altri c. Italia; A.A. e altri c. Italia; Perelli e altri c. Italia del 5 maggio 2022³⁹. Tali pronunce, che si collocano nel solco della giurisprudenza inaugurata dalla CEDU a partire dagli anni Novanta⁴⁰ con l'intento di «greening of the existing first generation of human rights»⁴¹, affermano concordemente una responsabilità dello Stato italiano. Quest'ultimo, secondo i giudici della Cedu, si è infatti rivelato carente di politiche ambientali idonee a gestire la situazione di grave emergenza ambientale e sanitaria derivante dall'attività produttiva dell'Ilva. Tra le novità più rilevanti, con particolare riguardo alla sentenza Cordella, vi è sicuramente il richiamo alla «responsabilità [dello Stato] nella definizione del *modello di sviluppo che intende adottare*, e non soltanto (con miopia talvolta esemplare) l'interesse generale a un'economia più prospera»⁴².

³⁸ S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2019, 135 ss.

³⁹ Per approfondire vedasi, M. GRECO, *Il caso "Ex-Ilva" ritorna davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo: quattro nuove condanne per l'Italia*, in *Diritticomparati.it*, 22 luglio 2022.

⁴⁰ In questa direzione, Corte europea dei diritti dell'uomo, Lopez Ostra c. Spagna, sent. 9.12.1994, in cui per la prima volta viene riconosciuta nella situazione di inquinamento ambientale la violazione dell'art. 8 CEDU nel senso di una insalubrità dell'ambiente come compromissione del "benessere" individuale.

⁴¹ In tal senso, A. BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2007, p. 471-511 ed E. ZAHRADNIKOVA, *European Court of Human Rights: Giving the Green Light to Environmental Protection?*, in *Queen Mary Law Journal*, 2017, p. 14-26.

⁴² S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, cit., 144.

4. La dimensione multilivello del binomio nell'accelerazione "verde" impressa dal Green Deal

Se inizialmente la relazione tra ambiente-lavoro era connotata da uno squilibrio che faceva propendere le scelte legislative e le decisioni giudiziarie verso un'esaltazione della produttività a scapito dell'ambiente, si è poi osservato – anche grazie al caso Ilva – uno spostamento dell'asse verso un bilanciamento "ragionevole ed equilibrato" tra i due valori. Tale primo sviluppo ha senz'altro subito l'influenza del diritto europeo e del diritto internazionale, che hanno sempre avuto un ruolo da protagonisti nella valorizzazione della tutela ambientale.

In questa prospettiva, dev'essere tuttavia evidenziato come una "corsia preferenziale" in tale materia sia da riservarsi all'Unione europea la quale, rispetto al diritto internazionale, può fare aggio su strumenti normativi cogenti, il cui frequente utilizzo⁴³ ha consentito di accelerare il processo di sensibilizzazione degli Stati membri; cogenza che si riverbera, nondimeno, nella previsione di procedure di infrazione, utilizzate in funzione di controllo rispetto alle disposizioni adottate dai singoli Stati membri e che hanno coinvolto direttamente l'Italia.

Il "primato" europeo si riconferma altresì nel cambiamento storico in corso. La più recente transizione del binomio ambiente-lavoro coincide, difatti, con la pubblicazione del *Green Deal*⁴⁴, nonché con il di poco successivo *Next Generation EU*⁴⁵, che prevede per l'utilizzo dello

⁴³ Basti ricordare che le maggior parte della disciplina nazionale in materia di ambiente è legata all'attuazione di Direttive europee, tra cui – a titolo esemplificativo – la già citata VIA, la VAS e l'AIA (in tema di autorizzazioni), la disciplina sui rifiuti (Dir. 2008/98/CE), così come quella sul danno ambientale (Dir. 2004/35/CE). Invece, tra gli ambiti disciplinati direttamente da Regolamento vi sono – per esempio – il Reg. 2018/1999 sulla Governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, COM(2019)640 *final*, Bruxelles, 11 dicembre 2019.

⁴⁵ Trattasi di un fondo che stanziava 675,5 miliardi di euro suddivisi in prestiti e sussidi a fondo perduto da impegnare entro il 2023 ed esaurire entro il 2026. Per poter usufruire delle risorse del *Next Generation EU*, a ogni Paese è stata data la possibilità di predisporre un PNRR (con il Reg. 2021/241) da sottoporre ad approvazione della Commissione UE.

strumento dell'erogazione di fondi con vincolo di destinazione (tra cui rientra la tutela dell'ambiente) e, infine, con il Regolamento 2021/1119 (anche detto 'legge europea sul clima'), il quale rende vincolante per gli Stati membri l'obiettivo della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050. L'insieme di questi provvedimenti va a comporre un nuovo framework normativo fondato sulla trasformazione in chiave sostenibile del modello economico europeo, capace altresì di esprimere un «cambiamento in direzione ecologica di vasta portata»⁴⁶, che si riverbera inevitabilmente anche sul binomio ambiente-lavoro.

Basti ricordare che non solo il *Green Deal* si apre con la rubrica «Introduzione – Trasformare una sfida pressante in un'opportunità unica», ma vede ripetersi nel testo per ben 53 volte la parola “transizione”. E, per come impiegato, il termine sembra voler incarnare una nuova visione politica dell'Europa come «società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra»⁴⁷. Tra gli interventi programmati ivi delineati, si intercetta quello che interessa la governance societaria, diretto a una “responsabilizzazione” delle imprese attive nel mercato europeo attraverso l'individuazione di precisi obblighi di trasparenza dei dati relativi «al clima e all'ambiente, in modo che gli investitori siano pienamente informati circa la sostenibilità dei loro investimenti»⁴⁸. Allo stesso tempo, esso mira a evitare una concentrazione maggiore delle imprese sugli aspetti finanziari, anziché sulla promozione di uno sviluppo sostenibile nel lungo termine.

In questo quadro si collocano la nuova Direttiva 2022/2464 di *Corporate sustainability reporting* (per brevità, CSRD) e l'ancora Proposta di Direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (anche detta CSDD). Entrambe sembrano inquadrarsi nella strategia dell'UE di “restauro” di strumenti già esistenti affinché essi risultino maggiormente coerenti (ed efficaci) rispetto alle nuove sfide ambienta-

⁴⁶ Così definito in E. RONCHI, *Le sfide della transizione ecologica*, Milano, 2021.

⁴⁷ Comunicazione della Commissione, COM(2019)640 *final*, Bruxelles, 11 dicembre 2019, p. 2.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 19.

li⁴⁹. Non è infatti casuale come la CSRD e la CSDD modifichino, rispettivamente, la Direttiva 2013/34 e la Direttiva 2019/1937. Ciò non toglie che i due testi racchiudano molteplici profili di novità, tra cui – a titolo esemplificativo – l’estensione dell’applicabilità delle Direttive alla «catena globale del valore», ossia alla filiera delle singole imprese.

4.1. La Direttiva CSRD e alcuni brevi cenni sulla Proposta di Direttiva CSDD

La Direttiva 2022/2464 (CSRD) è intervenuta a modifica della Direttiva 2013/34 (NFRD) nella direzione, da un lato, di ampliare la platea di imprese soggette alla rendicontazione di sostenibilità e, dall’altro, di accordare maggiore effettività agli obblighi di trasparenza delle imprese. Nella sostanza, la normativa si traduce nell’obbligo, per le imprese individuate a monte (art. 5), di inserire nella Relazione sulla gestione che accompagna il bilancio un’apposita sezione in cui sono riportati i dati richiesti dagli standard di rendicontazione approvati dalla Commissione e parte integrante della Direttiva. Il compito di elaborare gli standard è stato affidato all’European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), consulente tecnico che ha rilasciato il primo set di 12 standard⁵⁰ (suddivisi nelle tre macroaree ESG – *Environment, Social e Governance*), approvati dalla Commissione il 2 agosto 2023 e che verranno dalla stessa riesaminati almeno ogni tre anni, al fine di procedere

⁴⁹ Si veda A. MARTINI, *L’eco-innovazione per la transizione ecologica*, Università Sapienza di Roma, 2023, 131. Concordemente, C.G. CORVESE, *La proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano*, Atti del Convegno annuale dell’Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale, 26-27 maggio 2023, 3. Disponibile al sito: https://www.orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2023/05/Corvese_Paper-0-DC_2023.pdf.

⁵⁰ Gli Standard sono suddivisi in macroaree a loro volta suddivise in sotto-standard. Di seguito, gli standard rispettivamente di *Environment, Social e Governance*: E1 *Climate change*, E2 *Pollution*, E3 *Water and marine resources*, E4 *Biodiversity and ecosystems*, E5 *Resource use and circular economy*; S1 *Own Workforce*, S2 *Workers in the value chain*, S3 *Affected communities*, S4 *Consumers and end-users*; G1 *Business conduct*.

a un loro eventuale aggiornamento⁵¹. La comunicazione dei dati dev'essere coerente con il principio della *double materiality* ai sensi del quale la Relazione deve includere le informazioni necessarie per comprendere, da un lato, l'impatto dell'impresa sulle questioni di sostenibilità (secondo la prospettiva, *inside-out*) e, dall'altro, l'incidenza degli ESG sullo sviluppo, le prestazioni e la posizione dell'impresa (materialità finanziaria, *outside-in*)⁵². Un ulteriore elemento di novità rispetto alla NFRD è infine rappresentato dall'introduzione di un sistema di *assurance* obbligatorio, che si sostanzia in un controllo esterno (audit) rispetto alle informazioni comunicate.

Nonostante sia entrata in vigore il 1° gennaio 2023 e sebbene alcune categorie di imprese siano tenute a raccogliere i dati necessari alla rendicontazione sostenibile già a partire dall'esercizio finanziario 2024⁵³, la CSRD viene efficacemente definita una «rivoluzione silenziosa»⁵⁴. Quest'ultima sembra infatti aver attirato scarsa attenzione nel dibattito scientifico, oltre che nella stampa e nella politica nazionale, passando in sordina rispetto alla Proposta di Direttiva CSDD, senza che venissero messe in luce appieno le diverse opportunità e criticità che essa porta con sé. Tra queste, un aspetto problematico particolarmente sentito dalle imprese riguarda gli standard EFRAG e loro armonizzazione con i relativi standard internazionali. Questo, anzitutto, interessa le PMI soggette alla Direttiva, obbligate a dotarsi *ex novo* di una governance so-

⁵¹ Se il primo set di standard è obbligatorio per tutte le imprese soggette alla Direttiva, entro giugno 2024 è prevista l'adozione di standard specifici "settoriali", di standard per le società non UE e di standard calibrati sulle PMI quotate.

⁵² Cfr. Direttiva 2022/2464, Considerando 29 il quale rimanda all'art. 19 bis, par. 1 e 29 bis par. 1 della Direttiva 2013/23.

⁵³ La Direttiva prevede un obbligo di rendicontazione scaglionato in base alla dimensione dell'impresa, tanto che le prime a essere obbligate a redigere la rendicontazione di sostenibilità saranno le imprese che erano già soggette alla Direttiva NFRD. Ad ogni modo, è ancora attesa la legge di recepimento italiana della Direttiva, che dovrebbe essere approvata entro luglio 2024.

⁵⁴ M. FROJO, *La rivoluzione silenziosa della direttiva CSRD*, in *La Repubblica*, 24 maggio 2023, disponibile al sito https://www.repubblica.it/green-and-blue/dossier/viagio-al-centro-del-futuro-ok/2023/05/24/news/la_rivoluzione_silenziosa_della_direttiva_csrd-401556621/.

cietaria sostenibile, nonché a servirsi di risorse interne o esterne all'azienda per raccogliere i (non pochi) dati richiesti. Al contempo, impatta negativamente sulle grandi imprese che avevano più affinità con i temi legati agli ESG e che prima dell'entrata in vigore della Direttiva pubblicavano Report di sostenibilità su base volontaria; tali imprese saranno infatti costrette a compiere una doppia operazione: di integrazione delle informazioni mancanti e di armonizzazione rispetto agli standard di rendicontazione internazionali su cui facevano affidamento. Nella consapevolezza di una simile criticità, è intervenuto il gruppo di esperti che ha redatto gli standard della CSRD che nelle Basis for conclusions pubblicate per ciascuno sotto-standard ha indicato in una tabella tutte le possibili *references* agli altri indicatori internazionali (specialmente con i GRI – *global reporting initiative*). Tuttavia, questa integrazione risolve solo parzialmente il problema, permanendo invero il rischio di una minore attrattività delle società europee nei confronti degli investitori internazionali, in assenza di un lavoro di armonizzazione aggiuntivo (ossia di segnalazione per ciascun ESG del relativo standard internazionale di riferimento)⁵⁵.

Con riguardo invece alle opportunità connesse alla CSRD, merita preliminarmente di essere evidenziata la fiducia che la Commissione ripone nella *disclosure* di informazioni sulla sostenibilità, considerata «uno degli elementi essenziali del piano per la transizione ecologica»⁵⁶. In secondo luogo, può essere senz'altro accolto con favore il significativo ampliamento della platea di imprese soggette all'obbligo di rendicontazione, nonché, in termini di garanzia dell'effettività della normativa, la previsione di un sistema di controllo esterno.

⁵⁵ Solleva il problema della minore attrattività, affrontando il tema dell'armonizzazione degli standard, G. STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, 1, spec. 148-149.

⁵⁶ Commissione europea (2021), *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, disponibile al sito https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9f5e7e95-df06-11eb-895a-01aa75e-d71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF, p. 19.

Altrettanto interessante sembra essere poi la sinergia tra le due Direttive, peraltro evidenziata nella stessa Proposta di Direttiva CSDD⁵⁷. Quest'ultima si pone infatti come strumento complementare alla CSRD, rafforzando l'obbligo di comunicazione e aggiungendo – per le società che rientrano tra le grandi imprese⁵⁸ – l'obbligo sostanziale di *due diligence* a carico dell'impresa che è chiamata a individuare, prevenire e mitigare i danni esterni derivanti dagli impatti negativi in materia ambientale e di rispetto dei diritti umani. Fra gli aspetti da cui ben emerge la connessione tra i due atti normativi, v'è la presenza, nel testo della CSDD, della raccolta di informazioni prevista nella CSRD quale ultima fase della *due diligence* (la c.d. *fase di comunicazione*), la quale «richiede l'istituzione di processi» che sono «strettamente correlati all'individuazione degli impatti negativi conformemente all'obbligo di diligenza»⁵⁹. Secondariamente, vi è quasi una sovrapposizione con riferimento al sotto-standard ESRS E-1, disciplinato nell'ambito della dimensione ambiente degli obblighi di comunicazione della CSRD, in virtù del quale l'impresa deve fornire una serie di informazioni sul Piano di transizione per la *climate change mitigation*. Sul punto, la Proposta di Direttiva CSDD (allo stato) prevede che le aziende si dotino proprio del Piano di transizione su cui si basa la comunicazione dello standard della CSRD⁶⁰.

Al di là di questi brevi cenni, i tempi non sono ancora maturi per soffermarsi sui contenuti della CSDD dal momento che il testo della Proposta non è ancora definitivo e sono presenti diversi nodi ancora

⁵⁷ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità in modifica della direttiva (UE) 2019/1937 COM(2022)71 *final*, p. 4.

⁵⁸ S'intendono per grandi imprese, ai sensi della Direttiva 2022/2464 (CSRD), le società che alla data di chiusura del bilancio dell'impresa madre superano almeno due dei tre criteri che seguono: 250 dipendenti; totale dello Stato patrimoniale € 20.000.000; ricavi netti delle vendite e delle prestazioni € 40.000.000.

⁵⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese, cit., 4.

⁶⁰ *Ibid.*

irrisolti⁶¹, come si è potuto vedere dagli emendamenti proposti dal Parlamento europeo prima dell'approvazione della sua posizione (avvenuta il 1° giugno 2023). Seguirà, infatti, prima dell'approvazione definitiva del testo, il confronto nel Consiglio dell'UE che – secondo prassi – dovrà approvare il testo nella stessa versione del Parlamento europeo per finalizzare la procedura.

Ciononostante, ci si può iniziare a interrogare su come tali Direttive possano impattare sul binomio ambiente-lavoro. In tal senso, punto di partenza è la considerazione secondo cui «le politiche di sostenibilità sono ‘sostenibili’ solo se la società è in grado di misurare e comunicare ai soci e al mercato il valore (per gli investitori) creato mediante il perseguimento degli obiettivi ESG»⁶². Tale affermazione, da inserirsi nella recente e altrettanto emblematica vicenda Danone⁶³, sembra profilare, in una forma diversa ma similmente a quanto visto nel caso Ilva, un possibile nuovo conflitto tra ambiente-lavoro, declinato in termini di una massimizzazione del profitto in contrasto con il perseguimento di obiettivi ambientali e sociali. Proprio in questa contrapposizione risiede la diffidenza di alcune imprese, nella veste di soggetti attivi del percorso di transizione ecologica, ad avviare un percorso improntato alla tute-

⁶¹ Tra i vari nodi irrisolti, quello che maggiormente preoccupa le aziende è, senz'altro, la questione legata alla responsabilità da parte del Consiglio di amministrazione di stabilire e supervisionare i piani per concretizzare le azioni necessarie a implementare gli obblighi normativi. Sul punto vedasi, *ex multis*, F. BUCCELLATO, *La responsabilità civile da impatto negativo sui diritti umani di cui alla proposta di Direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence: profili di diritto interno funzionali al recepimento*, in *JUS*, 2023, 1, 5-37.

⁶² G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 146; EDITORIAL BOARD, *Danone: A case study in the pit-falls of purpose*, in *Financial Times*, 18 marzo 2021, disponibile al sito: <https://www.ft.com/content/668d9544-28db-4ad7-9870-1f6671623ac5>.

⁶³ Ci si riferisce alla vicenda che ha coinvolto la società francese “Danone”, il cui Amministratore Delegato Faber è stato sostituito con effetto immediato con la motivazione che la performance finanziaria di Danone fosse inferiore nel breve termine a quella dei diretti concorrenti. Tuttavia, l'episodio si era verificato dopo che Faber aveva incluso nello statuto uno scopo ideale e aveva adottato la forma di *enterprise à mission* prevista dalla legge sulla *due diligence* sostenibile francese.

la ambientale, resa un tempo possibile per un sistema di norme prevalentemente attivabili su base volontaria.

È solo con la Direttiva CSRD (a cui potrebbe accompagnarsi a breve la CSDD) che si registra un significativo cambio di rotta. Le disposizioni europee intervengono infatti nel rapporto di forza tra ambiente e lavoro con l'intenzione di mostrare – attraverso il sistema della doppia materialità – l'impatto positivo delle politiche ispirate agli standard ESG nel lungo termine. Il perseguimento di obiettivi di sostenibilità si prospetta dunque, nel disegno europeo, come un vantaggio competitivo per le imprese, quale risposta alla «crescente pressione esercitata dal mercato affinché le società agiscano in modo sostenibile [...] per scongiurare rischi reputazionali indesiderati nei confronti dei consumatori e degli investitori»⁶⁴. Sfruttando questa pressione del mercato, la Direttiva auspica il raggiungimento – negli orizzonti temporali di lungo periodo – di un allineamento tra performance finanziaria e performance “di sostenibilità” dell'impresa⁶⁵.

5. *Note conclusive*

Cercando di individuare un filo conduttore rispetto alle varie transizioni del binomio ambiente-lavoro, pure se con diverse modalità, sembra che l'approccio europeo incoraggi la ricerca di un equilibrio tra i fattori socioeconomici e ambientali in modo non dissimile rispetto alle argomentazioni dei giudizi di costituzionalità sul caso Ilva. Mentre in quest'ultima vicenda la “coabitazione” si manifestava attraverso un'operazione di bilanciamento ragionevole e proporzionata tra il mantenimento dell'occupazione e la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento da un lato e l'ambiente e la salute dei lavoratori e cittadini dall'altro, nel *Green Deal* e nelle due Direttive cambia il contesto, ma permane il tentativo di contemperare la dimensione ambienta-

⁶⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese, cit., 4.

⁶⁵ Riprende tale concetto con riferimento alla vicenda Danone, G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 146.

le con quella di governance e sociale (attraverso gli obiettivi ESG) nella rendicontazione di informazioni sulla sostenibilità (e nell'obbligo di *due diligence* per la CSDD). Tale approccio si compendia nella c.d. *Just Transition*⁶⁶, concetto menzionato nel pacchetto di riforme previsto nel *Green Deal* (ma che si ritrova indirettamente anche nella decisione della Corte n. 58/2018) con il quale si fa riferimento alla necessità di una transizione ecologica “giusta” e inclusiva, capace di dedicare particolare attenzione alle regioni, alle industrie e ai lavoratori che dovranno affrontare i cambiamenti sostanziali maggiori attraverso un loro coinvolgimento attivo. Nella sostanza, esiste una consapevolezza delle istituzioni europee del fatto che i cambiamenti climatici rappresentano una «minaccia esistenziale»⁶⁷ che rende indispensabile un'intensificazione degli sforzi per tutelare l'ambiente, ma vi è al tempo stesso coscienza che la transizione ha un costo che grava su tutti i soggetti che vi partecipano. Motivo per cui si rende necessario che i loro interessi vengano riconosciuti e valorizzati secondo una prospettiva integrata delle tre dimensioni ESG e non di una unidirezionale tutela dell'ambiente. In questa prospettiva, si inserisce altresì il tentativo di trasformare quello che di per sé nasce come un onere aggiuntivo (di rendicontazione, così come di integrazione della sostenibilità nella governance societaria) in un vantaggio competitivo, assecondando una visione della strategia d'impresa (non esente da critiche)⁶⁸ in cui sono centrali gli investimenti di carattere reputazionale.

Resta a questo punto da chiedersi come quanto sinora considerato sul piano europeo si riverberi nel nostro ordinamento, che non è rimasto inerte rispetto alle sollecitazioni europee, accogliendo – a suo modo –

⁶⁶ Il concetto di *Just Transition* si sviluppa inizialmente nel movimento sindacale, sulla base della crescente consapevolezza che il cambiamento climatico imponeva una profonda trasformazione del sistema economico e produttivo. A partire da questo presupposto, nascono le istanze delle organizzazioni dei lavoratori affinché la transizione ecologica includa principi di equità e giustizia sociale. Per un approfondimento si rinvia a G. CENTAMORE, *Una just transition per il diritto del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, 1, 137 ss.

⁶⁷ Vengono così definiti, da ultimo, nel Regolamento (UE) 2021/1119.

⁶⁸ Elenca le debolezze di tale visione, M. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su «Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc.*, 2021, 325.

la spinta di cambiamento impressa dal *Green Deal* e dal *Next Generation EU*. La “via italiana” verso la transizione ecologica (per come intesa a partire dal Patto verde) si estrinseca nella l. cost. 1/2022 di modifica gli artt. 9 e 41 Cost. e nell’adozione del PNRR, nel quale è dedicata un’apposita Missione (la n. 2) alla transizione ecologica, che vede peraltro l’attribuzione della maggiore dotazione finanziaria⁶⁹.

Attorno alla l. cost. 1/2022, in particolare, si è sviluppato un intenso dibattito dottrinale diviso tra chi esalta la portata innovativa della riforma e chi, diversamente, ne sottolinea la natura ricognitiva. Senza voler entrare nel merito degli argomenti dell’una o dell’altra tesi e concentrandosi sull’art. 41 Cost., ben si coglie, quantomeno astrattamente, la flessione della parabola verso l’ambiente che, come visto, diviene un limite esplicito all’esercizio dell’attività economica privata e un fine verso cui orientare la programmazione dello Stato nell’economia. In questo quadro, la CSRD e la Proposta di Direttiva sembrano rappresentare il tassello di un disegno – che comprende il PNRR e risulta potenzialmente avallato dall’attuale disegno costituzionale – che oscilla tra un istituzionalismo forte⁷⁰ (dato dal fatto che le autorità pubbliche sembrano di fatto essere legittimate a intervenire nella governance delle imprese – soprattutto di grandi dimensioni, ma non solo –, di fatto obbligandole a perseguire obiettivi sostenibili) e una destatalizzazione che si manifesta invece attraverso una delega di funzioni⁷¹ ai privati (rispetto a *come* essi devono integrare i principi di sostenibilità all’interno del loro modello di business). L’insieme di queste due tendenze sembra portare le imprese a divenire soggetti passivi (o beneficiari degli investimenti nel caso del Piano di ripresa) e, al contempo, soggetti attuatori delle misure.

⁶⁹ Si tratta della Missione 2 “Rivoluzione verde e transizione ecologica” a cui viene destinato il 30% delle risorse totali, pari a 65 miliardi di euro.

⁷⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su «Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc.*, 2021, 335.

⁷¹ Di quest’avviso, S.A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all’ESG. L’impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2022, 1, 67.

Ad ogni modo, considerato che il diritto nazionale ha sempre scontato, rispetto al diritto europeo, una scarsa effettività nella protezione dell'ambiente⁷², vale la pena sottolineare che la riforma costituzionale e il PNRR parrebbero avere le potenzialità per colmare questo gap.

In questa direzione, per tirare le fila e misurare la buona riuscita (o meno) del processo di transizione – per ora ancora limitato a una dichiarazione d'intenti – sembra opportuno tenere monitorati due fronti. Il primo coinvolge il Piano di ripresa e resilienza, rispetto al quale la “resa dei conti” si colloca alla fine del 2026; momento in cui tutte le Missioni – e i correlati Investimenti – debbono essere portati a termine, pena la mancata corresponsione delle rate da parte della Commissione europea. Considerato l'ingente importo dedicato alla transizione ecologica alla Missione 2, sarà dunque interessante comprendere come (e se) verranno attuate le misure in essa previste, pur considerando come già la fase di redazione la Missione 2 non sia stata esente da critiche⁷³. Il secondo, che si colloca in una prospettiva forse di più lungo periodo, interessa l'attività della Corte costituzionale e in particolare le possibili evoluzioni giurisprudenziali in relazione ai nuovi artt. 9 e 41 Cost., di modo da comprendere se la riforma possa divenire davvero fautrice di un “salto in avanti” in termini di tutela dell'ambiente rispetto al prevalente e consolidato orientamento, anche sulla scorta dell'influenza delle altre Corti costituzionali europee sul tema⁷⁴. Al tempo stesso, potrà essere utile osservare l'attività del legislatore ordinario per vedere che uso farà dei nuovi parametri di validità delle politiche pubbliche (rispetto agli artt. 9 e 41 Cost.). Proprio a partire da tale ultimo concetto, merita di essere evidenziata una delle più recenti novità nell'interminabile vi-

⁷² Basti pensare che manca ancora una legge organica sul clima, invece presente in altri paesi europei quale, per esempio, la Germania.

⁷³ A questo proposito, cfr. F. SILVESTRI, D. LEPORE, F. SPIGARELLI, L. RUBINI, *Transizione ecologica nel PNRR: alcune riflessioni sui processi di cambiamento e innovazione*, in *L'industria*, 2022, 3, 403 ss.

⁷⁴ Ci si riferisce, in particolare, alla nota sentenza tedesca in materia di clima e future generazioni, ampiamente commentata in dottrina e definita *ex multis* “rivoluzionaria”. Per ricostruire le dinamiche fattuali e le argomentazioni dei giudici tedeschi, si rinvia ad A. DE PETRIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *Ceridap*, 2021, 4, 127 ss.

cenda Ilva, ossia il decreto legge 5 gennaio 2023, n. 2⁷⁵ che rappresenta l'ultimo step della riacquisizione dell'Ilva di Taranto da parte dello Stato con il coinvolgimento di Invitalia, società di diretto controllo pubblico. Tale passaggio, che si completerà entro il 31 maggio 2024, costituirà – a tal proposito – un ulteriore banco di prova per riconvertire l'attività economica inquinante verso un nuovo modello di impresa che sia conforme al nuovo art. 41 co. 3 Cost. e alle politiche industriali rientranti nel *Green Deal europeo*, nel tentativo di addivenire a un contemporaneo tra fini sociali e fini ambientali.

⁷⁵ Per un commento sul d.l. 2/2023 si rinvia a E. VERDOLINI, *Un nuovo capitolo nella saga Ilva: commento al decreto-legge n. 2 del 2023*, in *Osservatorio AIC*, 2023, 4.

POLITICA INDUSTRIALE E AMBIENTE: L'‘ETERNO RITORNO’ DELL'INTERVENTO PUBBLICO?

Lorenzo Ricci

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. La nuova stagione della politica industriale. 3. Segue: la transizione del settore industriale verso un sistema ‘circolare’ e l'insufficienza della (sola) regolazione. 4. L'art. 41 Cost. e il ritorno dell'intervento pubblico. 5. Gli aspetti problematici e una costituzione economica da ripensare. 6. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Negli ultimi anni il dibattito giuridico ruota sempre più attorno al concetto di ‘transizione’. Vi è infatti in atto un processo di transizione verso un altro modello di società che sia più compatibile con le istanze di protezione ambientale. Tuttavia il processo di transizione, come noto, non attiene unicamente al fenomeno ambientale ma interessa altresì la dimensione digitale; non è un caso che si parli sia di ‘transizione ecologica’ che di ‘transizione digitale’, utilizzando l'espressione ‘transizioni gemelle’ (c.d. *twin transitions*) al fine di indicare entrambe e sottolineare quanto i due processi siano tra loro correlati, avendo diversi punti di contatto come, per esempio, quello di appartenere al c.d. *diritto della ripresa*, quel diritto che prende avvio a partire dalla vicenda pandemica e che ha i suoi principali referenti nel *NextGenerationEU* (da ora N.G.E.U.), nel *Recovery and Resilience Facility* (per il prosieguo R.R.F.) e nei vari piani nazionali di ripresa.

Più in generale, il processo di transizione sembra aver di mira un altro modello di società e, sotto questo profilo, il ‘punto logico di partenza’ si può rinvenire nel *Green Deal europeo* (d'ora in avanti G.D.e.),

dove si afferma espressamente la volontà di «trasformare l'UE in una società giusta e prospera»¹.

Il presente scritto intende concentrarsi in particolare sulla prima transizione (quella ecologica) e, più nel dettaglio, sul profilo della politica industriale e quindi del suo processo di conversione verso un altro modello di industria, affinché si configuri un sistema produttivo che sia quanto più compatibile con l'ambiente, la cui rinnovata attenzione ha gettato le basi per un aumento del relativo livello di tutela. Ciò lascia presupporre l'esigenza di un ritorno a una vera e propria politica industriale che abbia nei pubblici poteri i soggetti in grado innanzitutto di guidare e indirizzare il processo di conversione del settore industriale.

In questo quadro assume notevole rilevanza la modifica costituzionale del 2022, in particolare l'intervento di cui all'art. 41 poiché 'rivitalizza' l'intervento pubblico in campo economico, apponendo, per un verso, un ulteriore limite in punto di svolgimento dell'attività economica e, per l'altro, aprendo la strada nel senso di una sua 'funzionalizzazione' verso fini di carattere ambientale.

Tutto ciò non è esente da una serie di profili problematici che attengono, nel loro complesso, alla messa in discussione dell'attuale costituzione economica europea; in particolare, si concentrerà l'attenzione su tre profili che più di tutti paiono destare criticità. Il primo concerne il principio di concorrenza che, come noto, è al centro dell'ordinamento europeo che si regge sul primato del mercato. Il secondo, a esso strettamente connesso, riguarda la disciplina in materia di aiuti di Stato che si fonda sulla regola generale del loro divieto in ragione della relativa idoneità ad alterare il meccanismo concorrenziale e quindi il libero gioco del mercato stesso. Infine, si pone un problema di risorse: la necessità di convertire gli attuali processi produttivi, nell'ottica della transizione verso un modello di industria 'verde', ne richiede inevitabilmente ingenti quantità.

Nonostante tali problemi, l'attuazione del processo di transizione del settore industriale sembra reclamare il ritorno a un ruolo dei pubblici poteri che renda possibile coordinare e indirizzare l'attività economica

¹ COM(2019)640 *final*, 1.

verso il perseguimento del ‘fine ambientale’ previsto dalla stessa Carta costituzionale e imposto dalla grave crisi ecologica in atto.

2. *La nuova stagione della politica industriale*

L’avvio del processo di transizione, come anticipato, può individuarsi nella comunicazione della Commissione europea dell’11 dicembre 2019², avente ad oggetto il G.D.e.³. Si tratta di un processo che ha subito poi una forte accelerazione a seguito dell’emergere della pandemia nei primi mesi del 2020 e che è ancora in pieno corso.

Prima di proseguire con l’analisi sembra opportuna una duplice precisazione circa l’utilizzo del termine ‘transizione’ e quindi rispetto al suo contenuto giuridico. Il G.D.e. e gli altri atti (principalmente comunicazioni) che si innestano all’interno di questo processo di transizione non fanno mai riferimento al concetto di ‘transizione ecologica’ ma, più genericamente, a quello di ‘transizione’. È con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (a seguire PNRR) che, per la prima volta, si fa espresso riferimento alla ‘transizione ecologica’. Per quanto attiene invece all’altra premessa, è opportuno prendere atto del fatto per cui il contenuto giuridico del concetto di transizione sia ancora piuttosto vago e incerto. Quel che appare certo è che esso determini una inevitabile riconfigurazione – per quello che qui più interessa – del sistema industriale e ciò sembra implicare altresì un diverso ruolo dei pubblici poteri rispetto all’intervento in campo economico.

² Vedi la nota precedente.

³ In dottrina, fra i tanti, cfr. almeno E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in *Comm. Market L. Rev.*, 1, 2022, 19 ss.; D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024; D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024. Sul *Green New Deal* statunitense B. MARCHETTI, *Le politiche di decarbonizzazione statunitensi tra il Green New Deal e la giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2023, 56 ss. Con particolare riferimento alle implicazioni economiche del G.D.e. cfr. A. LALLI, *Implicazioni istituzionali ed economiche delle regolazioni e dei programmi del Green Deal Europeo*, in *Ambientediritto*, 2, 2024, 1 ss.

Chiusa questa rapida duplice premessa conviene focalizzare l'attenzione sulla parte del G.D.e. che si occupa della politica industriale, per poi passare all'analisi della Strategia industriale e del Piano industriale del G.D.e.

Il G.D.e. fa espresso riferimento alla necessità di una «piena mobilitazione dell'industria» al fine di «conseguire gli obiettivi di un'economia circolare e a impatto climatico zero», con la consapevolezza che si tratta di obiettivi che richiedono tempi piuttosto lunghi circa la relativa attuazione. Invero, la stessa Commissione afferma che sono necessari venticinque anni per poter «trasformare un settore industriale e tutte le catene del valore»⁴, aggiungendo pertanto che sussiste l'esigenza di assumere decisioni e adottare azioni nei prossimi cinque anni, al fine di essere pronti nel 2050 che, lo si ricorda, è la data entro la quale la stessa Commissione si è prefissa di conseguire l'ambizioso obiettivo della neutralità climatica.

La transizione dell'attuale sistema industriale è essenziale nell'ottica di affrontare la grave crisi ecologica in atto. Invero, l'estrazione dei materiali, a partire dai primi anni Settanta, è in costante aumento a livello mondiale e, per il momento, non sembra destinata ad arrestarsi, come ricorda la Commissione. Si tratta di un fenomeno che, unitamente a quello concernente il relativo processo di trasformazione, è causa di circa la metà del totale delle emissioni gas a effetto serra e della perdita della quasi totalità della biodiversità (più del 90%). A livello europeo, il settore industriale, si legge nel G.D.e., rappresenta circa il 20% del totale delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione europea (da ora UE).

Una delle ragioni di ciò è dovuta al fatto che si è dinanzi a un sistema industriale ancora eccessivamente legato alla logica propria dell'economia lineare che è, del resto, il paradigma che caratterizza l'attuale modello di sviluppo e che si basa sul 'prendi-produci-usa-getta', determinando pertanto un eccessivo sfruttamento di nuove risorse naturali rispetto alle quali il sistema produttivo è fortemente dipendente. Infatti, la quota parte di utilizzo di risorse che proviene non dal nuovo consumo bensì dal riciclaggio di quelle già utilizzate nel processo pro-

⁴ COM(2019)640 *final*, 7.

duttivo è di poco più il 10% del totale delle ‘risorse’ utilizzate dal sistema. Ciò è il sintomo più evidente della necessità di attuare l’economia circolare⁵, di utilizzare cioè la logica del riutilizzo del prodotto anche una volta che esso ha terminato le sue utilità.

Il processo di conversione del sistema di produzione deve muoversi nella direzione di attuare il modello che si basa sull’economia circolare, in forza dell’opportunità di assumere la ‘logica circolare’ a fondamento innanzitutto del sistema di progettazione dei prodotti, i quali devono essere pensati nell’ottica di essere più volte utilizzati nel ciclo produttivo. Secondo la Commissione il processo di transizione si può tradurre in «un’opportunità per espandere un’attività economica sostenibile» in grado di «genera[re] occupazione» poiché sul mercato è possibile rinvenire non solamente tecnologie a basse emissioni ma anche prodotti e servizi che siano sostenibili dal punto di vista della loro compatibilità con l’ambiente. Allo stesso modo, l’economia circolare appare necessaria in quanto «offre grandi potenzialità per nuove attività e posti di lavoro»⁶.

Il processo di transizione del sistema industriale era già in atto prima del G.D.e. ma procedeva lentamente e, infatti, la Commissione sottolinea espressamente l’esigenza di accelerare tale processo, affermando che «sosterrà e accelererà la transizione dell’industria europea verso un modello sostenibile di crescita inclusiva»⁷. Per fare tutto ciò la Commissione si impegna ad adottare un’apposita strategia, che è rappresentata dalla Strategia industriale per l’Europa⁸, dove viene evidenziata chiaramente l’esigenza di un nuovo modo di fare industria. Dopo aver ricordato la centralità che l’industria ha rivestito e continua a rivestire

⁵ Sull’economia circolare, fra i diversi lavori, si veda quello, fresco di stampa, a cura di M. COCCONI, *Il mosaico dell’economia circolare. Regole, principi, modelli*, Milano, 2023, con particolare riferimento ai contributi della curatrice, *La nuova politica industriale europea verso un modello di crescita circolare e rigenerativo*, 25 ss. e di D. BEVLACQUA, *L’economia circolare, il Green Deal e i poteri pubblici*, 45 ss., oltre che alla prefazione e all’introduzione di E. CHITI, 9 ss.

⁶ COM(2019)640 final, 7.

⁷ *Ibidem*, 7.

⁸ COM(2020)102 final.

rispetto allo sviluppo dell'Europa e al ruolo-guida del processo di cambiamento, la Strategia affronta il profilo della transizione, affermando che le due transizioni (ecologica e digitale) impatteranno su tutte le componenti dell'economia, della società e, appunto, dell'industria. La volontà di dare luogo a un nuovo modo di fare industria implica la necessità di (ri)configurare il sistema industriale su basi diverse da quelle della produzione di tipo lineare. Del resto, l'obiettivo di attuare l'economia circolare, sancito nel G.D.e., muove inevitabilmente dal mutamento del sistema di produzione, il quale dovrà essere costruito attorno alla logica del riutilizzo dei prodotti.

Secondo quanto previsto dalla Strategia l'industria europea dovrà essere in grado di «guidare la duplice transizione e dare stimolo» alla competitività, non essendo sufficiente a tal fine un mero adattamento del sistema industriale ai mutamenti della realtà. L'industria deve assumere la veste di acceleratore nonché motore «del cambiamento e dell'innovazione»⁹. Pertanto, il ruolo delle istituzioni, a partire dalla Commissione, deve consistere nel tentativo di tradurre in realtà tali ambizioni attraverso la predisposizione di politiche pubbliche¹⁰ in grado di incidere sul sistema produttivo nel suo complesso e 'spingerlo' verso quel carattere ambientale che costituisce il punto di arrivo della nuova configurazione del sistema industriale.

La Commissione, nel delineare le direttrici lungo le quali dovrà muoversi il processo di conversione del sistema di produzione, richiama i valori e le tradizioni dell'Europa, compreso il carattere sociale del mercato. La nuova politica industriale dovrà quindi reggersi sul principio concorrenziale e su un mercato unico che sia aperto e quanto più

⁹ *Ibidem*, 1.

¹⁰ Secondo E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 472, il G.D.e. ridefinisce «gli obiettivi della regolazione economica: sin qui costruita come un insieme di interventi volti a costruire un mercato concorrenziale e attuati da autorità amministrative chiamate a esercitare poteri non discrezionali, la regolazione economica viene ora modificata in modi che prefigurano lo sviluppo di vere e proprie politiche pubbliche dell'Unione, incentrate sul bilanciamento tra interessi pubblici da parte di istituzioni politiche e amministrative».

possibile privo di barriere e oneri amministrativi, dovendo pertanto evitare di ricorrere a politiche che si traducano in sistemi protezionistici ovvero distorsivi del mercato, senza per questo però farsi trovare impreparata dinanzi condotte in grado di alterare la concorrenza, sottolineando con ciò l'esigenza di predisporre strumenti e misure idonee a prevenire forme di concorrenza sleale. La Strategia, come chiarito dalla Commissione, intende essere imprenditoriale sia nello spirito che nell'azione e un ruolo importante rispetto alla nuova configurazione del sistema industriale sarà rivestito dai c.d. *ecosistemi industriali*, i quali mirano a divenire i pilastri delle nuove politiche a sostegno della conversione industriale¹¹. Il primo orizzonte temporale entro il quale la Commissione intende raggiungere gli obiettivi previsti nella Strategia è quello del 2030 e il presupposto di fondo è costituito dalla ferma convinzione per cui l'Europa rappresenti la 'culla' dell'industria e debba continuare a esserlo anche in futuro.

Più di recente, si è rafforzato l'impegno rispetto al processo di conversione del settore industriale attraverso l'elaborazione di un apposito Piano¹². Invero, la Commissione afferma che tale Piano servirà per integrare «gli sforzi di trasformazione dell'industria in corso nell'ambito del *Green Deal europeo* e della strategia industriale dell'UE, in particolare con il Piano d'azione per l'economia circolare»¹³. Il Piano si basa su quattro pilastri: il primo attiene al contesto normativo, affinché sia prevedibile e semplificato; il secondo concerne la configurazione di un meccanismo di accesso più rapido al credito; il terzo ha ad oggetto il profilo delle competenze; l'ultimo riguarda invece l'apertura commerciale per catene di approvvigionamento resilienti.

Di particolare significato è quella parte del Piano dove si evidenzia l'importanza del ruolo del settore pubblico per il processo di conversione del sistema produttivo. Infatti, la Commissione sottolinea che al fine di «stimolare ulteriormente la domanda su larga scala di prodotti a zero

¹¹ Si tratta di sistemi che sono in grado di coinvolgere tutti gli operatori di una determinata catena di valore, configurando nuovi modi di lavorare in linea con i profondi mutamenti che, anche sotto questo profilo, le due transizioni sono destinate a produrre.

¹² COM(2023)62 *final*.

¹³ *Ibidem*, 3.

emissioni nette», un ruolo rilevante può essere assunto da «diverse forme di azione pubblica» come, per esempio, «gli appalti pubblici, le concessioni e gli incentivi alle imprese e agli utilizzatori finali affinché usino tecnologie a zero emissioni nette basate sulla sostenibilità e sulla circolarità». Secondo la Commissione, le varie politiche in materia di appalti e gli «altri tipi di sostegno pubblico possono contribuire a massimizzare il rendimento della spesa pubblica nell'interesse comune»¹⁴.

Tutto ciò richiede notevoli quantità di risorse economiche, il che trova conferma nello stesso Piano da ultimo menzionato. Da questo punto di vista, l'UE ha messo a disposizione degli Stati membri ingenti quantità di risorse attraverso l'attivazione del R.R.F.¹⁵ nell'ambito del N.G.E.U., alle quali ogni Stato può accedere a condizione di presentare un piano attraverso cui indicare gli investimenti che si intendono finanziare. Pertanto, assume rilevanza, con riferimento al contesto interno, il PNRR, al quale si dedicherà ora l'attenzione.

Dopo aver ricordato l'esigenza di avviare una graduale decarbonizzazione del settore industriale¹⁶ – in coerenza con quanto previsto a livello europeo al fine di poter conseguire l'obiettivo della neutralità climatica – nella parte in cui si prevedono le c.d. *reforme di accompagnamento*, il Piano afferma espressamente la necessità di attivare «significative azioni di politica industriale verticale e selettiva basate su investimenti pubblici». Con specifico riferimento al settore produttivo, vi è una componente, nell'ambito della Missione 1¹⁷, a ciò espressamente dedicata; infatti, la Componente 2¹⁸ prende in considerazione il sistema produttivo nel suo complesso e riserva un apposito investimento alla c.d. *transizione 4.0*. L'obiettivo del nuovo Piano per la transizione 4.0 è

¹⁴ *Ibidem*, 6.

¹⁵ Su tale strumento cfr. A. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Milano, 2021; A. CASSATELLA, *Meccanismo europeo di stabilità e Recovery and Resilience Facility quali fattori di trasformazione dello Stato amministrativo*, in *Dir. economia*, 3, 2023, 11 ss.

¹⁶ Sotto questo profilo, il Piano prende in considerazione l'adozione di soluzioni basate sull'idrogeno, in coerenza con la Strategia europea sull'idrogeno (COM(2020)301 final).

¹⁷ *Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo*.

¹⁸ *Digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo*.

quello di fornire «impulso alla transizione digitale delle imprese e al tasso d'innovazione del tessuto industriale e imprenditoriale del Paese». Per quanto riguarda invece la Missione 2, quella relativa alla transizione ecologica, il settore industriale non è preso in considerazione nel suo complesso ma, viceversa, si concentra l'attenzione sull'economia circolare la cui attuazione, come visto, coinvolge il sistema produttivo a partire dalla fase di progettazione dei prodotti. La Componente 1¹⁹ ha come scopo principale quello di «perseguire un percorso di piena sostenibilità ambientale con l'obiettivo di rendere l'economia sia più competitiva che più inclusiva, garantendo un elevato standard di vita alle persone e riducendo gli impatti ambientali».

Come anticipato, il PNRR configura quindi un diverso ruolo dei pubblici poteri in campo economico che appare muoversi nella direzione di «un rinnovato modello di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata a fini sociali»²⁰ oltre che ambientali, modello che trova conferma nella modifica costituzionale, segnatamente al terzo comma dell'art. 41, come si avrà modo di osservare più avanti.

Dalla ricostruzione del quadro complessivo, europeo e nazionale, sembra possibile affermare che si è dinanzi a un processo caratterizzato dall'«insorgenza di una forte spinta pubblicistica in ambito di politica industriale»²¹ che ha quale obiettivo finale quello di attuare la transizione dell'attuale sistema industriale verso un sistema più coerente e, soprattutto, compatibile con la rinnovata sensibilità in punto di salvaguardia ambientale.

¹⁹ *Agricoltura sostenibile ed economia circolare.*

²⁰ W. GASPARRI, *Giovanni Miele e l'intervento pubblico nell'economia: un giurista keynesiano*, in *Dir. amm.*, 1, 2022, 115.

²¹ Così F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 16.

3. *Segue: la transizione del settore industriale verso un sistema 'circolare' e l'insufficienza della (sola) regolazione*

Il processo di transizione si muove nell'ottica di avviare il passaggio da un «modello economico fondato sull'economia lineare ossia su produzione, utilizzo e alla fine abbandono dei beni, disinteressandosi del fine vita [...], a favore di un modello» basato sull'economia circolare «in cui i materiali e l'energia utilizzati per fabbricare i prodotti mantengono il loro valore il più a lungo possibile»²².

Il G.D.e., sin dalla sua parte introduttiva – laddove cioè si definiscono gli obiettivi principali – manifesta, infatti, la volontà di configurare «un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse»²³. Quest'ultimo profilo assume particolare significato ai fini del presente contributo e disvela la necessità di definire secondo altre direttrici i futuri processi produttivi, i quali dovranno costruirsi attorno all'imperativo della crescita economica dissociata dall'utilizzo di (nuove) risorse naturali. Ciò significa introdurre il meccanismo che si può definire della 'circularità', come si evidenzierà meglio nel prosieguo e che, lo si anticipa, risponde alla logica propria, appunto, dell'economia circolare.

Con specifico riguardo alla rinnovata politica industriale di carattere ambientale l'orizzonte della riflessione sembra andare nella direzione di una stagione caratterizzata da un radicale mutamento dell'attività produttiva in linea con la centralità che l'economia circolare va sempre più acquisendo e che contribuisce altresì a «evidenziare il passaggio dell'Unione europea da una dimensione mercantile a un'altra più ampia che fino ad ora si poteva ritenere di carattere politico-sociale ma che è anche, appunto, 'di produzione circolare'»²⁴.

²² F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, 1, 2020, 64. Cfr. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 872 ss.

²³ COM(2019)640 final, 1.

²⁴ F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare*, cit., 68. In termini analoghi, C. FELIZIANI, *op. cit.*, 873, laddove osserva che è «ferma intenzione delle istituzioni

Il G.D.e. sembra muoversi in questo senso laddove fa espresso riferimento alla politica industriale. Infatti, al fine di «conseguire gli obiettivi di un'economia circolare e a impatto climatico zero è necessaria la piena mobilitazione dell'industria», avendo come obiettivo quello di attuare «la transizione dell'industria europea verso un modello sostenibile di crescita inclusiva»²⁵. A tal proposito, la Commissione ha adottato, come anticipato, la Strategia industriale dell'UE e il Piano di azione per l'economia circolare.

Dalla prima emerge la volontà di configurare un nuovo modo di fare industria che sia adeguato alle sfide poste dalla realtà attuale e che rifletta quei valori e quelle tradizioni del mercato sociale. L'obiettivo finale consiste nel gettare «le basi di una politica industriale volta a sostenere la duplice transizione [ecologica e digitale], a rendere l'industria dell'UE più competitiva a livello mondiale e a rafforzare l'autonomia strategica dell'Europa»²⁶. Si è altresì osservato che la Strategia va nella direzione di intervenire innanzitutto rispetto al processo produttivo; infatti, afferma l'esigenza di attuare la transizione dall'attuale modello di produzione di tipo lineare a quello a 'economia circolare'. L'obiettivo consiste nell'«integrare la circolarità trasversalmente a tutti i settori dell'economia», aggiungendo che ciò comporta una serie di ricadute positive in termini occupazionali, proprio in ragione dell'«applicazione dei principi dell'economia circolare in tutti i settori e in tutti i comparti industriali»²⁷. Il tentativo messo in atto dalla Commissione attraverso la presente Strategia «mira a stimolare un processo di riconversione della struttura produttiva e industriale degli Stati membri in un'ottica coerente con gli obiettivi della transizione ecologica» e, a tal fine, valuta altresì la possibilità di ricorrere a «inedite alleanze tra setto-

promuovere un modello di produzione e consumo di beni e servizi altamente sostenibile dal punto di vista ambientale».

²⁵ COM(2019)640 *final*, 7.

²⁶ COM(2020)102 *final*, 17.

²⁷ *Ibidem*, 10.

re pubblico e settore privato per il sostegno alle innovazioni necessarie a supportare la transizione»²⁸.

Sotto questo profilo, si è detto che la logica che ispira il processo di transizione è quella che risponde all'economia circolare. La Strategia, non a caso, si sofferma sul ruolo che in tutto ciò è destinato a rivestire il Piano di azione per l'economia circolare. Da tale Piano, invero, emergono le potenzialità dell'economia circolare. Esso, laddove prende in considerazione l'esigenza di configurare un nuovo modo di fare industria, diverso da quello attuale dell'economia di tipo lineare, fa espresso riferimento all'economia circolare, la quale è ritenuta in grado di assurgere a motore della futura politica industriale. Il Piano è infatti chiamato a proporre una serie di misure che consentano all'industria europea di poter cogliere le numerose opportunità derivanti dalla conversione in senso 'circolare' del processo produttivo. A tal proposito, si dedica un'apposita sezione alla 'circolarità dei processi produttivi' e si afferma che la 'circolarità' si pone come «elemento essenziale di una trasformazione più ampia dell'industria verso la neutralità climatica e la competitività a lungo termine», potendo, sotto questo profilo, «determinare notevoli risparmi di materie in tutte le catene di valore e i processi di produzione, generare valore aggiunto e sbloccare opportunità economiche»²⁹.

La 'logica circolare' deve essere quindi applicata ai processi produttivi contribuendo così a configurare un modo di fare industria che sia più in linea con le rinnovate esigenze di carattere ambientale. Da questo punto di vista, non sembra un caso che nel Piano si faccia espresso riferimento alla capacità dell'economia circolare di «rafforzare la base industriale dell'UE e favorire la creazione di imprese e l'imprenditorialità tra le PMI»³⁰.

Si può quindi osservare che attraverso queste comunicazioni la Commissione intenda gettare le basi per quella che è stata definita come 'Green Industrial Policy', ossia una politica industriale «orientata nel senso della sostenibilità ambientale e diretta a promuovere le iniziative

²⁸ A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2022, 408.

²⁹ COM(2020)98 final, 6.

³⁰ *Ibidem*, 2.

pubbliche e private necessarie a tale scopo [...], sia pure nel rispetto dei principi pro-concorrenziali»³¹. Invero, il principio di concorrenza, pur essendo destinato ad assumere un ruolo di minore centralità rispetto a quello rivestito sino ad ora, continua comunque a costituire la cornice di riferimento del mercato nel cui ambito si innesterà la nuova politica industriale. Nella Strategia industriale sopra richiamata si fa infatti espresso riferimento alla necessità di una politica industriale «basata sulla concorrenza»³².

Ciò detto, il cambiamento di paradigma imposto dall'esigenza di convertire l'attuale sistema di produzione per rispondere alle esigenze sottese alla 'questione ambientale' e attuare il processo di transizione, sembra evidenziare l'insufficienza dello strumento della regolazione³³, dimostrandosi al contrario necessario (anche) il ricorso a strumenti in grado di guidare e orientare l'attività delle imprese verso un altro modo di produrre, strumenti da taluni individuati, per esempio, nell'ambito dell'attività di programmazione³⁴.

³¹ E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2021, 419. Dello stesso A. cfr. anche *La strategia industriale europea tra intervento pubblico finalistico e dinamiche di mercato*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023, 252 ss.

³² COM(2020)102 *final*, 1.

³³ Sull'insufficienza dello strumento in questione rispetto alla capacità dell'UE e dello Stato di evitare squilibri in punto di distribuzione di ricchezza nonché in relazione al sorgere di modelli di sviluppo caratterizzati da eccessive diseguaglianze, finendosi per distaccare dalle basi stesse della Carta costituzionale, retta invece sui principi di solidarietà e uguaglianza, v. F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 936 ss.

³⁴ Il ritorno dello strumento della programmazione si può rinvenire già a partire dal c.d. *pacchetto sull'economia circolare*. Rileva esattamente F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare*, cit., 66 ss., che il legislatore, con il pacchetto sull'economia circolare, «si spinge [...] a incoraggiare, programmare, indirizzare lo sviluppo del sistema economico in una direzione "sostenibile" prefigurando un modello economico diverso dall'attuale: ritorna, dunque, in primo piano la vecchia attività di "programmazione" anche se con limiti e su basi legittimanti diverse, al fine non solo di contenere i danni di un'attività economica sull'ambiente ma soprattutto di migliorarne le caratteristiche».

Invero, lo strumento della regolazione dell'attività economica, in special modo per come configuratosi nell'attuale quadro ordinamentale europeo, si limita a regolare le dinamiche del mercato, assicurando le condizioni affinché – coerentemente all'ideologia neo-liberista e alla relativa interpretazione in questa chiave del modello 'ad economia sociale di mercato fortemente competitiva' – il mercato si svolga in condizioni di concorrenza e, poiché si ritiene che esso debba essere libero, non si indirizza, né tantomeno si programma, la produzione in un certo senso o in una determinata direzione. Sotto questo profilo, pare utile la distinzione per cui la regolazione presuppone «la spontaneità dei processi economici» e si propone di orientare «solo indirettamente e dall'esterno il corso in vista di finalità di interesse generale». Al contrario, la programmazione/pianificazione presuppone «un fine di interesse generale da realizzare» e lo fa prestabilendo «le condizioni necessarie affinché quel fine possa dirsi realizzato», proponendosi «di conformare direttamente i processi economici alle condizioni ipotizzate»³⁵.

Il mutamento di paradigma in atto sembra richiedere ai pubblici poteri un intervento più incisivo affinché il sistema industriale sia indirizzato verso una logica all'insegna di una produzione di tipo sostenibile e 'circolare'. Al netto dell'insufficienza della (sola) regolazione, la soluzione più opportuna non appare consistere nel predicarne il superamento in nome di un ritorno a una situazione dominata dalla vecchia idea

³⁵ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 156. Nel testo si equipara la programmazione alla pianificazione perché l'A. da cui è ripresa la citazione – come si può intuire dal titolo – fa riferimento specificamente alla seconda ma, dal punto di vista del discorso svolto nel testo, si possono ritenere valide le medesime considerazioni rispetto alla programmazione in quanto, pur sussistendo fra le due una differenza innanzitutto concettuale, entrambe sono accomunate dal fatto di avere un fine prestabilito (dal legislatore) che si tenta, benché in maniera diversa, di conseguire, finendo quindi per incidere sull'attività economica e sul suo svolgimento. Sulla distinzione fra i due strumenti si rimanda a S. CASSESE, *La «vecchia» costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in ID. (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 23. Di diverso avviso invece, come noto, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 294, il quale considerava i due termini come sinonimi.

della programmazione quale strumento di ‘governo’ del fenomeno economico, anche perché ciò – come si tenterà di sottolineare più avanti – contravverrebbe con l’attuale disegno giuridico (anzitutto europeo) del mercato che, come già osservato, è fortemente conformato dal paradigma concorrenziale. Viceversa, la strada da seguire pare suggerire una virtuosa complementarità fra lo strumento della regolazione e forme di intervento pubblico in campo economico³⁶ che consenta di incentivare e promuovere la conversione dei processi di produzione e contribuire così all’attuazione della ‘transizione industriale’.

4. *L’art. 41 Cost. e il ritorno dell’intervento pubblico*

Il quadro rapidamente ricostruito in relazione alla nuova politica industriale³⁷, unitamente alla considerazione per cui il relativo processo di transizione richiede ai pubblici poteri una funzione ulteriore a quella della regolazione, sembrano convergere nella direzione di una necessaria ‘rivitalizzazione’ dell’intervento pubblico in economia. Secondo una parte della dottrina, come anticipato, tale rinnovato intervento assumerebbe i caratteri (anche) della programmazione. Quest’ultima parrebbe infatti (ri)acquisire legittimazione anzitutto a seguito della modifica costituzionale³⁸, la quale può essere letta anche come conseguenza del G.D.e.³⁹.

³⁶ Le due ipotesi non sono fra loro incompatibili; i pubblici poteri, infatti, ben possono, da un lato, predisporre una regolazione più forte dell’economia e, dall’altro, tornare a produrre beni e servizi e/o programmare l’attività d’impresa. Nell’ottica della complementarità dello strumento della regolazione con quello della programmazione, R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 919 ss.; B. CELATI, *Stato e mercato nella disciplina giuridica del ‘governo dell’economia sostenibile’*, in *Amm. camm.*, 2021, 21-22.

³⁷ C’è chi ha parlato di «ripresa chiara ed esplicita, a livello nazionale ed europeo, della politica industriale», E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2023, 287. Sul rapporto fra politiche industriali e potere pubblico cfr. A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, 2018.

³⁸ Se un ruolo fondamentale è senza dubbio da attribuire alla modifica costituzionale, è comunque opportuno sottolineare come una parte della dottrina imputi il ritorno dello strumento della programmazione ai mutamenti intervenuti sul piano europeo. Per

Il legislatore costituzionale, oltre ad aver inserito l'ambiente, assieme alla biodiversità e agli ecosistemi, fra i beni che la Repubblica è tenuta a tutelare, anche alla luce di un nuovo interesse, quello delle future generazioni (art. 9, co. 2), appone un ulteriore limite all'esercizio dell'attività economica. Invero, si prevede che essa debba svolgersi non solamente senza porsi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità» ma anche in maniera tale per cui non danneggi l'ambiente, oltre che la salute (art. 41, co. 2). Il legislatore non si ferma a tale previsione ma si spinge oltre, attribuendo ai pubblici poteri la facoltà di predisporre tutti quei programmi e controlli ritenuti opportuni affinché sia possibile indirizzare e coordinare l'attività economica verso il conseguimento dei fini ambientali, oltre che di quelli sociali (art. 41, co. 3).

Per quello che più interessa in questa sede, appare opportuno soffermare l'attenzione con particolare riguardo all'intervento di cui all'art. 41 Cost., pur essendo la modifica omogenea e inevitabilmente da leggere contestualmente, tenendo cioè in debita considerazione entram-

questa idea v. G. LUCHENA, *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, 472, il quale sottolinea che «ciò che pare essere tornato in prima linea è l'istituto della programmazione, negletta e avversata dagli anarcocapitalisti, dai giuristi e dagli economisti neoliberalisti e dai paladini delle privatizzazioni, che l'hanno vista come il principale strumento di uno Stato che invade l'economia e opprime le dinamiche del mercato». In termini analoghi, M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente (Atti del Convegno 28 gennaio 2022)*, Napoli, 2022, 178, «già prima e indipendentemente dalla riforma costituzionale i pubblici poteri hanno assunto un rinnovato ruolo di guida e di indirizzo delle attività economiche in una direzione verde».

³⁹ Di questo avviso, M. IANNELLA, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 24, 2022, 171 ss., spec. 183 ss.; V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, 1, 2023, 25. Della stessa idea, sia pur in una diversa prospettiva, L. CASSETTI, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente (Atti del Convegno 28 gennaio 2022)*, cit., 146.

be le disposizioni oggetto di intervento⁴⁰. È in forza dell'attuale contenuto di quest'ultima disposizione, segnatamente dell'ultimo comma, che secondo parte della dottrina ritorna di attualità lo strumento della programmazione. Infatti, è stato in proposito osservato che l'ultimo comma di tale disposizione «esige una reale e seria logica di tipo programmatico»⁴¹.

Più precisamente, il legislatore pare muoversi nell'ottica di configurare una sorta di 'programmazione economica di carattere ambientale', coerentemente agli sviluppi che, a partire dal piano europeo, sembrano andare nella direzione di una nuova stagione del rapporto fra tutela dell'ambiente e libertà di impresa⁴², dove la prima, in ragione in particolare della sua introduzione fra i principi fondamentali dell'ordinamento, tende a prevalere sulla seconda⁴³. La modifica, nella parte in cui preve-

⁴⁰ Secondo A. MORRONE, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente (Atti del Convegno 28 gennaio 2022)*, cit., 110, «il senso dei limiti e dei fini dell'art. 41 Cost. trova un sostegno proprio nella costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente nell'art. 9 Cost.: l'una non può comprendersi senza l'altra previsione».

⁴¹ Così M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente*, cit., 179.

⁴² Cfr. G.D. COMPORTE, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Federalismi.it*, 13, 2023, 147 ss., il quale, muovendo dalla considerazione della «valenza programmatica» della modifica di cui all'art. 41 Cost., «nel senso che sembra legittimare un rinnovato protagonismo dei pubblici poteri nella direzione e pianificazione dell'economia», afferma che tutto ciò «prelude anche sul versante delle libertà economiche alla possibile riedizione di antiche gerarchie».

⁴³ «Non si può, però, non constatare che, a differenza del settore economico – plasmato o contorto, a seconda dei casi, dal conflitto degli interessi – l'ambiente assume una posizione privilegiata», così R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giur. ec.*, 1, 2022, 23. Dello stesso avviso sembra A. MORRONE, *op. cit.*, 101, il quale parla di ambiente quale «meta valore» e poi fa riferimento a una gerarchia di valori interna alla disposizione di cui all'art. 41 caratterizzata dalla primarietà dell'ambiente e della salute sull'iniziativa economica, osservando che i limiti e i fini imposti alla «produzione economica ricevono dai principi il proprio fondamento di valore: la gerarchia interna all'art. 41 Cost. (testualmente almeno per l'«ambiente» e non per la «salute») dipende dal primato assegnato dalla costituzione alla tutela dell'ambiente, inscritta tra le «radici della Repubblica» (110 ss.). Sull'iniziativa economica privata, fra i tanti, si veda l'interessante ricostruzione di F. ANGELINI, *L'iniziativa eco-*

de la possibilità per il legislatore di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» (art. 41, co. 3), secondo alcuni può essere letta nei termini di «una vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese»⁴⁴.

L'ambiente costituisce senz'altro un limite rispetto all'attività economica in quanto la sua rilevanza costituzionale è in grado di operare quale argine a essa ma, allo stesso tempo, appare ipotizzabile anche una lettura in termini di complementarità, che ne valorizzi i benefici che è in grado di conferire alla stessa attività economica⁴⁵. L'art. 41 sembra configurare, da un lato, l'ambiente nei termini di limite allo svolgimento dell'attività economica (co. 2) e, dall'altro, come una sua potenziale risorsa (co. 3).

Queste due diverse configurazioni del 'bene ambiente' non sono da leggere in maniera alternativa né da intendere in termini contraddittori ma, viceversa, paiono andare nella direzione di un nuovo modo di ricostruire il rapporto fra tali due interessi (quello ambientale e quello di iniziativa economica) secondo una logica caratterizzata, in ultima analisi, da una sorta di 'funzionalizzazione' dell'attività economica alla tutela ambientale⁴⁶, dove l'ambiente rileva anche come 'leva per lo svilup-

nomica privata, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 115 ss. Con particolare riferimento all'iniziativa economica pubblica, per una disamina che muove dai lavori della Costituente, C. PINELLI, *L'iniziativa economica pubblica nella Costituzione italiana*, in *Astrid rass.*, 3, 2019, 1 ss.

⁴⁴ F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 2022, 11.

⁴⁵ Parte della dottrina ha già da tempo evidenziato come la protezione dell'ambiente possa rilevare non unicamente quale limite allo sviluppo ma altresì in termini strumentali allo sviluppo stesso, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 152 ss.

⁴⁶ Sull'attuale contenuto dell'art. 41 Cost. è stato osservato che tale disposizione «"giustifica" sia l'apposizione di veri e propri limiti» all'attività economica che «gli interventi di funzionalizzazione» della stessa «alla tutela ambientale», così S. VERNILE,

po', sintetizzabile nella felice espressione dell'«ambiente per lo sviluppo»⁴⁷.

In particolare, preme concentrare l'attenzione sul profilo relativo alla possibilità di 'funzionalizzare' l'attività economica verso il conseguimento dei fini ambientali. La facoltà di funzionalizzare l'attività economica, di cui il terzo comma ne è la più evidente manifestazione, sembra in realtà rinvenire la propria base legittimante già al comma precedente. Invero, muovendo dall'idea secondo cui il legislatore laddove configura un limite in negativo («non può svolgersi...») e «in modo da arrecare danno...») prevede altresì, sia pur implicitamente, un limite in positivo, che consiste, per esempio, in 'obblighi di fare' (qualcosa per proteggere la salute, l'ambiente, ecc.), si può osservare che si tratti di obblighi espressione stessa del potere conformativo «del diritto d'impresa e del mercato» che spetta al legislatore, potere tanto più necessario allorché «l'autoregolazione dell'impresa e del mercato non sia in grado – come confermato dalla realtà delle cose – di farsi carico di per sé degli obiettivi di protezione costituzionalmente imposti»⁴⁸. Con il comma successivo poi si chiarisce la facoltà del legislatore di operare una funzionalizzazione dell'attività economica laddove si prevede espressamente l'indirizzo nonché il coordinamento a fini tanto sociali quanto ambientali.

Non pare pertanto azzardato parlare di 'funzionalizzazione dell'attività economica' benché questa, come chiarito dal Costituente al primo comma dell'art. 41 e come ribadito a livello europeo dai Trattati, sia (nel senso del 'dover essere') libera. La possibilità di indirizzare la (libera) attività economica verso il conseguimento di un determinato fine fissato dal legislatore, oltre a essere espressamente previsto in Costituzione, è altresì affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale lad-

L'ambiente come "opportunità". Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del "secondo" e del "quarto" greenwashing, economia circolare e nudge regulation, in *Dir. economia*, 3, 2022, 37.

⁴⁷ G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *RQDA*, 1, 2020, 4 ss.

⁴⁸ A. MORRONE, *op. cit.*, 111.

dove si riconosce la facoltà del legislatore di ‘funzionalizzare’ «la libera iniziativa privata [...] alla cura di interessi ambientali»⁴⁹.

Il fatto che la programmazione sia prevista specificamente per esigenze di ordine ambientale (oltre che sociale) non sembra da (continuare a) leggersi nell’ottica di una programmazione che permane entro una dimensione settoriale, legata cioè a determinati specifici settori dell’economia. Infatti, in forza dell’introduzione dell’ambiente fra i principi fondamentali dell’ordinamento e in virtù anche dell’assoluta centralità che l’interesse ambientale, a partire dal G.D.e., sta acquisendo, si gettano le basi per una programmazione che individua nella tutela dell’ambiente un denominatore che deve essere comune a tutte le attività economiche e non solamente a quelle che incidono più direttamente (in termini negativi) su quest’ultimo.

In altre parole, l’ambiente come principio fondamentale pare richiedere una programmazione trasversale⁵⁰ dell’attività economica che abbia quale fine ultimo quello di ‘spingere’ le imprese a operare in maniera tale da rispettare le prerogative connaturate alla tutela ambientale, dove l’ambiente rileva per esse non unicamente in termini di limite ma, eventualmente – pur non essendo questo il fine principale a cui è indirizzato lo strumento della programmazione – anche come mezzo attra-

⁴⁹ C. cost., 21 dicembre 2016, n. 267, 4.1 del *Considerando in diritto*. Del resto, la Carta costituzionale «esprime un modello economico che abbraccia l’economia di mercato e il modo di produzione capitalistico, ma, come dimostra l’art. 41, terzo comma, Cost., al mercato e all’attività economica privata non viene lasciato un margine di libertà troppo ampio poiché tale opzione difficilmente sarebbe in armonia con l’interesse generale», così F. SCUTO, *op. cit.*, 938.

⁵⁰ O, se si preferisce, ‘generale’, richiamando così la tradizionale distinzione fra ‘programmazione generale’ e ‘programmazione settoriale’; sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 294. La distinzione, al netto delle differenze fra la ‘nuova’ programmazione che sembra riemergere e quella tradizionale conosciuta in passato, pare conservare attualità poiché evidenzia la sua diversa ampiezza (l’intera materia economica ovvero solamente determinati suoi settori) nonché i suoi distinti caratteri (quella generale è, invero, riconducibile a quella del tipo ‘direttivo’ e a quella del tipo ‘per obiettivi’ di cui parlava Giannini, a differenza della programmazione settoriale che, in ragione della sua forte specificità a seconda del tipo di settore interessato, sfugge a tale classificazione, presentando profili di forte differenziazione da settore a settore).

verso il quale accrescere i propri profitti, purché ovviamente ciò sia compatibile con l'esigenza, primaria e insopprimibile, di protezione ambientale.

Si assiste quindi a un ritorno dello strumento della programmazione economica previsto specificamente per l'ambiente, la cui tutela rileva in termini di giustificazione a un intervento pubblico da inquadrare, in ultima analisi, nella volontà di pervenire a una «conformazione ecologica della politica industriale»⁵¹.

Ciò detto è necessario tenere presente che non si è dinanzi alla programmazione 'tradizionale' poiché l'attuale quadro giuridico, in particolare l'ordinamento europeo e la sua conformazione in senso concorrenziale (del tipo 'neoliberale'), mal si concilia con forme di programmazione dove l'attività economica è fortemente orientata e condizionata dalle scelte del legislatore. Viceversa, si tratta di un intervento pubblico che cerca di orientare e incentivare l'attività economica verso il conseguimento dei fini ambientali. Pertanto, come sembra fare parte della dottrina, si può ricorrere al concetto di 'programmazione' se con questo si intende evidenziare la possibilità del legislatore di stabilire dei programmi che si tenta di raggiungere attraverso l'incentivazione e la promozione di attività economiche di tipo sostenibile e 'circolare', dove l'attività di impresa non è predeterminata dai pubblici poteri secondo un approccio 'dirigistico' ma, più limitatamente, da essi indirizzata e promossa attraverso strumenti diversi da quelli tradizionali mediante i quali la programmazione trovava esplicazione. Si tratta di strumenti che attendono prevalentemente – come meglio si vedrà più avanti – a incentivi, a cui si accompagna un intervento pubblico che può consistere nella riappropriazione di quote di mercato per condizionare così l'attività economica mediante, per esempio, lo strumento del *golden power*, non a caso utilizzato sempre più di frequente. Sotto quest'ultimo profilo, si ha quindi un ritorno a una situazione di partecipazione da parte del 'pubblico' nelle società o, addirittura, a un intervento pubblico diretto mediante il ricorso a moduli organizzativi come l'impresa pubblica, la quale pare destinata a riacquisire una certa rilevanza, con la necessaria

⁵¹ F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare*, cit., 38.

precisazione che, pure in tal caso, si tratta di una situazione che deve inevitabilmente coesistere con il regime concorrenziale, a cui sono assoggettate (anche) le imprese le cui azioni sono in tutto o in parte detenute dal ‘pubblico’.

5. *Gli aspetti problematici e una costituzione economica da ripensare*

Le principali questioni problematiche rispetto al ritorno a una situazione caratterizzata da un maggiore intervento pubblico in campo economico attengono, in ultima analisi, alla messa in discussione della costituzione economica europea.

Più nello specifico, sono tre le questioni su cui preme soffermare l’attenzione: il principio di concorrenza e la sua compatibilità con il rinnovato intervento pubblico nell’economia, il connesso profilo degli aiuti di stato e la necessità di incentivare/agevolare le imprese a convertire i relativi meccanismi di produzione nel segno di una maggiore sostenibilità nonché ‘circolarità’ e, infine, il tema delle risorse necessarie all’attuazione di tale processo di conversione.

Rispetto al primo profilo, è noto che la concorrenza sia uno dei principi fondanti dell’ordinamento europeo⁵² che trova la propria previsione già nelle prime disposizioni del Trattato sull’Unione europea laddove si fa riferimento alla dimensione economica dell’ordinamento, richiamando il concetto di ‘economia sociale di mercato’, di derivazione tedesca, con l’aggiunta della (non irrilevante) specificazione del ‘fortemente competitiva’ (art. 3, co. 3).

Sulla base della centralità che tale principio ha assunto il ruolo dei pubblici poteri si è tradotto nella regolazione del mercato⁵³ e, in particolare, nel dettare quelle regole affinché fosse possibile garantire la concorrenza ‘nel’ mercato e ‘per’ il mercato. Ciò in ragione dell’idea secondo cui quest’ultimo fosse lo strumento migliore per assicurare il

⁵² Sul fondamento costituzionale della concorrenza, M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 315 ss.

⁵³ Sul paradigma regolatorio dei mercati, M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2020, 230 ss.

progresso e il benessere sociale, a patto che si svolgesse, appunto, in condizioni di concorrenza, la quale, in ultima analisi, mira a evitare situazioni di monopolio e ad abbassare così il prezzo finale di beni e servizi.

Il principio di concorrenza è quindi assunto a ‘interesse pubblico primario’ di ogni politica pubblica europea e, coerentemente, la principale funzione dei pubblici poteri si è tradotta nella regolazione del mercato concorrenziale. Questo ha portato a ritenere che il compito dei pubblici poteri dovesse a ciò limitarsi, non essendo auspicabile un loro maggiore intervento in campo economico poiché il rischio sarebbe stato quello di alterare il meccanismo concorrenziale, depotenziando gli effetti positivi derivanti dal libero mercato che si svolge in condizioni di piena concorrenza.

Ciò detto, pare interessante tentare di sviluppare una prima rapida riflessione rispetto alla possibilità di introdurre nell’attuale contesto ordinamentale, nell’ambito di un maggior intervento pubblico nell’economia, lo strumento della programmazione quale modalità ordinaria di siffatto intervento. Si tratta, pertanto, di riflettere circa l’interrogativo di una presunta incompatibilità fra il principio concorrenziale e la programmazione dell’attività economica. Tale supposta incompatibilità, lo si anticipa, pare sussistere se si fa riferimento alla programmazione storicamente determinata, ossia al concetto di ‘programmazione’ esistente sino agli inizi degli anni Novanta circa, una programmazione cioè che interveniva nell’attività economica in termini tendenzialmente dirigistici. Il principale ostacolo a una programmazione di questo tipo, invero, sembra atterrire in ultima analisi proprio a quel concetto a cui si è in precedenza fatto riferimento: ‘economia sociale di mercato fortemente competitiva’. Infatti, come già anticipato, l’espressione ‘fortemente competitiva’ conferma il sistema economico in senso concorrenziale e, pertanto, una programmazione dell’attività economica intesa in termini tradizionali appare di assai difficile coesistenza con un sistema che intende lasciare ampio margine agli operatori privati in punto di organizzazione e relativo svolgimento dell’attività di impresa.

Se, da un lato, si può ricordare come la compatibilità fra programmazione economica e concorrenza fosse già sottolineata da autorevole dottrina più di mezzo secolo fa⁵⁴ non si può tuttavia, dall'altro, omettere di sottolineare che quelle riflessioni si inserivano in un contesto storico-politico fortemente diverso dall'attuale, oltre che in un assetto ordinamentale rispetto al quale la dimensione europea assumeva tutt'altro ruolo⁵⁵.

Come risaputo, la programmazione dell'attività economica spetta ai pubblici poteri ed è uno strumento volto alla conformazione di una o più attività economiche su un orizzonte temporale di medio-lungo periodo per perseguire fini previsti dalla legge. Viceversa, la concorrenza è uno strumento di organizzazione del mercato e riguarda tutti i soggetti interessati ad agire sul mercato stesso. Lo strumento della programmazione e il principio di concorrenza differiscono quindi sia rispetto all'oggetto che alla finalità. La prima ha ad oggetto l'attività economica, mentre la seconda il mercato. La programmazione ha quale finalità quella di indirizzare l'attività economica verso il conseguimento di un determinato fine, il principio di concorrenza intende invece assicurare la libera competizione (sul mercato) fra gli operatori economici nell'ottica di abbassare il prezzo finale di beni e servizi.

Ciò detto, pur essendo i due strumenti differenti risulta assai problematico ritenere possibili forme di programmazione in senso proprio dell'attività economica e, al contempo, assicurare il meccanismo concorrenziale. Al contrario, il principio di concorrenza sembra invece

⁵⁴ Il riferimento è ad A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963.

⁵⁵ Ciò osservato, secondo parte della dottrina, M.P. CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 1993, 355, la centralità del mercato e quindi del paradigma concorrenziale non nascono con il Trattato di Maastricht ma, a ben vedere, sono già presenti nel Trattato di Roma. Si può pertanto affermare che si tratta di principi costitutivi del progetto europeo e – come avverte lo stesso A. – non si può non prendere atto del notevole ritardo con cui la maggior parte della dottrina ha iniziato a preoccuparsi della compatibilità di questi principi con quelli della Carta costituzionale, in special modo del tessuto sociale di essa. Sul punto cfr. M. DANI, *Costituzione economica e ordine materiale dell'economia nell'Unione europea: verso un interventismo post-politico*, in *Giur. cost.*, 6, 2022, 3025 ss.

consentire rinnovate forme di intervento pubblico in campo economico che si traducono nella riappropriazione di settori economici ritenuti strategici nell'ottica di una conversione del settore industriale, a cui si accompagna un'attività pubblica che, più che una vera e propria programmazione, appare assumere i caratteri di un'attività di promozione e di incentivazione verso meccanismi di produzione di tipo sostenibile.

In questo modo, quantomeno da un punto di vista teorico-astratto, l'assetto configurato dal legislatore anzitutto sul piano europeo sembra 'resistere', potendo infatti sussistere contestualmente forme di intervento pubblico diretto e/o di promozione e incentivazione dell'attività economica e meccanismo concorrenziale per le imprese operanti sul mercato poiché un intervento pubblico in campo economico non si traduce di per sé in un'alterazione del meccanismo concorrenziale e assicurare quest'ultimo non impedisce di riattribuire uno spazio pubblico la cui giustificazione è da ricercarsi nell'esigenza di convertire l'attuale sistema produttivo e la cui legittimazione, sotto il profilo strettamente giuridico, può farsi risalire a quel carattere 'sociale' del mercato di cui all'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea.

Certo, ciò implica una riconsiderazione del principio di concorrenza in un'ottica che tenda a ridimensionarne la portata sul presupposto per cui la conversione del settore industriale e, più in generale, l'obiettivo di affrontare la 'questione ambientale' nell'ambito di un più ampio processo di transizione che sia 'giusto' e 'inclusivo', progettando su basi in parte diverse il modello di società, richieda di prendere in considerazione anche interessi diversi da quello della mera efficienza economica garantita dal libero mercato concorrenziale, il cui perseguimento potrebbe talvolta contrastare con l'esigenza di assicurare la concorrenza. In altre parole, il principio di concorrenza sembra dover perdere quel valore di «super-principio»⁵⁶ finendo per rilevare quale uno dei vari

⁵⁶ L'espressione è ripresa da F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 17. Utilizza la medesima espressione E. BRUTI LIBERATI, *Poteri privati*, cit., 290 ss., il quale, muovendo da una disamina delle tendenze in atto circa la ri-regolamentazione dei mercati, rileva come non sussista alcun dubbio che «nel nuovo assetto che si va delineando, così come la tutela della concorrenza non potrà più essere il super-principio rispetto al quale tutti gli altri princi-

interessi pubblici da perseguire, con la conseguente possibilità di una sua eventuale soccombenza a fronte di interessi ritenuti in quella determinata fattispecie prevalenti e con questo contrastanti.

La seconda questione problematica attiene alla normativa sul divieto di aiuti di Stato, profilo strettamente connesso al principio concorrenziale e al ruolo di assoluta (e finora pressoché indiscussa) centralità che ha rivestito nell'ordinamento europeo. Tuttavia in questo caso la riflessione che si svilupperà sarà più rapida. Non si tratta infatti di affrontare la questione in altri termini se non in quelli strettamente di diritto positivo. Appare necessario rivedere l'attuale normativa in materia poiché il processo di transizione del sistema industriale richiederà inevitabilmente un sostegno pubblico, più o meno massiccio, innanzitutto sotto il profilo delle risorse economiche. Pertanto, l'attuale normativa sugli aiuti di Stato, costruita secondo un approccio rigido di cui ne sono un'evidente conferma le limitate ipotesi derogatorie e la loro consolidata interpretazione in termini di tassatività, rischia di essere un (insormontabile) ostacolo al processo di conversione dello stesso sistema produttivo. Sarebbe, viceversa, opportuno rivedere la disciplina prevedendo ipotesi più flessibili in relazione alla possibilità di concedere aiuti per quelle imprese che presentino seri piani di conversione in senso sostenibile e 'circolare' dei relativi processi produttivi. Ciò determina una serie di implicazioni rispetto al ritorno a forme di intervento pubblico in campo economico, nei termini in cui si è cercato in precedenza di specificare. In particolare, la promozione di forme di attività economica in senso sostenibile e 'circolare' appare richiedere (anche) la possibilità di ricorrere a incentivi; e ciò per almeno due ragioni. La prima è dovuta al fatto per cui gli incentivi sono uno dei principali strumenti per 'spingere' il settore industriale verso quel processo di necessaria conversione. Detto altrimenti, il ricorso allo strumento degli incentivi è da considerare a tutti gli effetti uno dei più importanti meccanismi attraverso i quali promuovere forme di attività economica nel segno di una maggiore sostenibilità ambientale e 'circularità' dei relativi processi produttivi.

pi dell'ordinamento devono cedere, così pure l'efficienza economica non potrà avere il rilievo prevalente che gli è stato attribuito all'interno del paradigma liberista».

Inoltre, vi è una seconda ragione per cui sembra necessario l'utilizzo dello strumento in esame e attiene alla considerazione in base alla quale è assai complicato ritenere possibile una conversione dell'attuale settore industriale in assenza di meccanismi che incentivino le imprese ad attuare quanto previsto dai pubblici poteri anzitutto a livello europeo, a partire dagli ambiziosi obiettivi fissati dal G.D.e.⁵⁷.

L'ultimo profilo problematico concerne il tema delle risorse. Come anticipato, le risorse economiche messe a disposizione dei singoli Stati da parte dell'UE sono senz'altro consistenti e rappresentano un mezzo di fondamentale importanza per attuare la duplice transizione ma, ciò nonostante, non paiono tuttavia sufficienti. Pertanto, il tema delle risorse necessarie ad avviare e, soprattutto, ad attuare il processo di conversione del sistema produttivo appare quanto mai aperto. A tal proposito, sembrano due le modalità attraverso le quali mettere a disposizione ulteriori risorse: o mediante un altro intervento da parte dell'UE, sulla scia di quanto fatto con il R.R.F., ovvero per il tramite di un allentamento dei vincoli di spesa⁵⁸ che consenta ai singoli Stati di ricorrere all'indebitamento, magari prevedendo una serie di condizioni affinché queste maggiori risorse siano effettivamente utilizzate a tal fine e non si traducano invece in spesa corrente e conseguente aumento del debito. Ciò, fra l'altro, appare ricollegarsi all'esigenza, da più parti avvertita, di rivedere altresì quei parametri economici che, se in un primo momento avevano qualche ragione d'essere, ora necessitano di essere ripensati, in linea al nuovo approccio di politica economica di tipo 'espansivo' che sembra emergere a livello europeo e che costituisce la risposta necessa-

⁵⁷ L'importanza degli incentivi emerge anche dallo stesso Piano industriale già richiamato. Infatti, nel Piano si fa più volte riferimento alla necessità di riconoscere incentivi alle imprese affinché utilizzino «tecnologie a zero emissioni nette basate sulla sostenibilità e sulla circolarità» (p. 6); inoltre, si afferma l'esigenza di «semplificare, accelerare e allineare gli incentivi per preservare la competitività e l'attrattiva dell'UE come luogo di investimento per l'industria a zero emissioni nette» (p. 22).

⁵⁸ Sul legame fra politiche di bilancio e vincoli europei, di recente, cfr. M. TRIMARCHI, *Politiche di bilancio e vincoli europei*, in *Dir. economia*, 3, 2023, 51 ss.

ria per far fronte alle conseguenze della vicenda pandemica e al profilo dell'attuazione del processo di transizione⁵⁹.

Alla base delle due differenti opzioni avanzate vi è anche un diverso modo di 'governo' del processo di transizione del settore industriale. Il primo rimanda a una gestione su base europea, mentre la seconda tende a spostarsi sui singoli Stati. L'opzione preferibile dato il contesto entro il quale si inserisce tale processo – oltre al fatto che il punto di arrivo deve essere inevitabilmente il settore industriale considerato nel suo complesso, avendo cioè come prospettiva la dimensione europea – appare la prima e, in questo senso, sembra muoversi il Piano industriale già menzionato. Infatti, quest'ultimo, grazie all'iniziativa *REPowerEU* che apporta ulteriori risorse al R.R.F., ha come obiettivo quello di mettere a disposizione degli Stati 20 miliardi euro

per promuovere la conversione ecologica dell'industria, sostenere i progetti industriali dell'UE a zero emissioni nette e aiutare le industrie ad alta intensità energetica a far fronte agli aumenti dei prezzi dell'energia.

Inoltre, si riconosce la possibilità per gli Stati di utilizzare le sovvenzioni derivanti dalla riserva di adeguamento alla Brexit (5, 4 miliardi di euro) nonché i restanti prestiti contenuti nel R.R.F. per conseguire tali obiettivi e per finanziare i relativi investimenti e attuare le riforme necessarie⁶⁰.

Tutto ciò sembra quindi mettere in discussione l'attuale costituzione economica europea. I più recenti avvenimenti che si sono verificati innanzitutto sul piano europeo mostrano la necessità di ripensarne in parte il progetto e, soprattutto, di rivederne taluni principi e regole, nella direzione di un necessario processo di transizione del settore industriale rispetto al quale l'intervento pubblico in campo economico appare destinato ad assumere un ruolo di rinnovata centralità, per quanto sia an-

⁵⁹ Cfr. F. COVINO, V. DE SANTIS, E. PAPARELLA (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia tra solidarietà, vincolo esterno e nuova programmazione ambientale*, Napoli, 2024.

⁶⁰ COM(2023)62 final, 11 ss.

cora probabilmente presto per comprenderne esattamente forme e contenuti.

6. *Riflessioni conclusive*

Dal quadro che si è tentato di ricostruire sembra emergere il ritorno dell'intervento pubblico in campo economico e ciò appare necessario in forza di (almeno) due ragioni. La prima consiste nell'importanza rivestita da parte dei pubblici poteri rispetto alla definizione di una politica industriale la cui rinnovata sensibilità ambientale, nell'ambito del processo di transizione in atto, richiede appunto un maggiore intervento nell'attività economica. La seconda attiene alla considerazione per cui, come evidenziato dalla grave crisi ecologica in atto e dal crescente aumento delle disuguaglianze – unitamente al progressivo 'sgretolamento' dell'affascinante idea dell'efficienza allocativa del mercato e della sua 'capacità taumaturgica' – si impone come necessario un ripensamento del rapporto fra pubblici poteri e attività di impresa. Tale rapporto pare da inquadrare nell'ottica che individua nei pubblici poteri i soggetti chiamati a correggere e, soprattutto, indirizzare l'attività economica verso il conseguimento dei fini tanto sociali quanto ambientali, contribuendo con ciò a gettare, fra gli altri, le basi per poter riaffermare il primato della politica sull'economia⁶¹, di cui se ne avverte con forza la

⁶¹ Nel senso di tornare a una situazione caratterizzata da un governo del 'politico' rispetto all'«economico». Sul punto si vedano le riflessioni, qui pienamente condivise, avanzate da L. BUFFONI, *Riparto di competenze legislative e ordine giuridico del mercato*, in *Le Regioni*, 2, 2013, 356 ss., secondo la quale se il 'governo dell'economia' «non è più, in una prospettiva fattuale, monopolio degli Stati, ciò non significa, però, che, in prospettiva controfattuale» si debba «rinunciare alla decisione politica dell'economia, cedere alle lusinghe dell'ordine spontaneo del mercato e dell'idea economicistica di Costituzione spontanea ed, in una, arrendersi all'economismo che, in termini gramsciani, accampa la pretesa di separare l'economia dalla politica». Ciò, infatti, «contravverrebbe alle più elementari istanze democratiche di uno sviluppo economico coordinato con il progresso civile e sociale e, soprattutto, contravverrebbe al disegno costituzionale di includere economia e politica nella dimensione del dover essere giuridico». Non per questo però la risposta deve ricercarsi nel tentativo di «opporre alla glo-

necessità e rispetto al quale il «rinnovato interesse per l'intervento pubblico in economia»⁶² sembra rappresentarne un primo e importante passo.

Del resto, distaccandosi da una visione eccessivamente ideologica dei trattati e delle norme dell'ordinamento europeo, un intervento pubblico in campo economico non appare di per sé estraneo all'impianto europeo e alla sua vocazione concorrenziale, in special modo se si pone l'accento sul carattere sociale del mercato, anch'esso sancito espressamente dai trattati, sia pur nell'ambito di una formula, quella del 'carattere sociale di mercato fortemente competitiva', oggettivamente complessa in ragione dei fini, fra loro potenzialmente contrastanti, che intende perseguire. Tuttavia, sotto quest'ultimo profilo, si è già avuto modo di osservare il richiamo da parte della Strategia industriale al carattere sociale del mercato. Sull'esigenza di un 'recupero' della dimensione sociale si sofferma anche il G.D.e. laddove fa riferimento alla necessità di trasformare l'attuale società in una società più giusta (oltre che più prospera) e poi sottolineando la volontà di dar luogo a una transizione, appunto, giusta e inclusiva. In questo modo, sembra richiamarsi, da un lato, la giustizia sociale e, dall'altro, l'inclusione, con la conseguenza di gettare le basi per una nuova stagione all'insegna di una maggiore attenzione alla 'questione sociale'⁶³.

balizzazione dell'economia l'universalismo del diritto» nella speranza di conseguire la «ricomposizione di una mitica unità del diritto entro l'unità dei mercati». Al contrario, la «materia economica continua a dover dipendere dalla decisione politica che la conforma, secondo le teoriche dell'ordine giuridico del mercato e secondo il nostro diritto costituzionale dell'economia». La questione che allora si pone all'attenzione dello studioso «diviene cercare la nuova dimensione politica dell'economia repubblicana».

⁶² F. BILANCIA, *op. cit.*, 16. Sul 'rinnovato protagonismo' dei pubblici poteri cfr. A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *RQDA*, 2, 2020, 32 ss.; E. SCOTTI, *Aiuti di Stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, in *Conc. merc.*, 1, 2019-2020, 203; F. COVINO, V. DE SANTIS, E. PAPARELLA, *op. cit.* Sul punto cfr. anche M. DANI, *op. cit.*, 3025 ss.

⁶³ Una particolare importanza sembra destinata a essere assunta dalla solidarietà, anzitutto a livello europeo, con una riscoperta della sua componente 'politica'. In proposito cfr. F. COVINO, V. DE SANTIS, E. PAPARELLA, *op. cit.*

Ciò che pare quindi rappresentare il vero elemento di discontinuità (la ‘necessaria discontinuità’) rispetto al passato non attiene al ritorno dello strumento della programmazione secondo il significato tradizionale a essa attribuito ma, viceversa, il mutamento in atto è da rinvenire in una rinnovata attenzione dei pubblici poteri per il fenomeno economico dovuta anche alla volontà di attuare la transizione del settore industriale nell’ambito dell’esigenza, più in generale, di affrontare la ‘questione ambientale’. I più recenti sviluppi sembrano infatti suggerire la via di una stagione caratterizzata dall’intenzione di indirizzare l’attività economica verso il conseguimento dei fini ambientali, oltre che sociali, rivitalizzando in questo modo l’ultima disposizione di cui all’art. 41 Cost., con il conseguente ‘tramonto’ dell’idea, di merusiana memoria, della ‘morte’ di quest’ultima⁶⁴.

Il quadro che si è tentato di ricostruire evidenzia il passaggio da una stagione caratterizzata da una presenza limitata dei pubblici poteri in campo economico, che si manifestava prevalentemente nella forma della mera regolazione (del mercato), a un rinnovato intervento che si traduce in un’attività che pare, in parte, richiamare la programmazione economica, con la precisazione tuttavia – lo si ripete – che si tratta di una programmazione da tenere distinta da quella del passato e che consiste nell’incentivazione e nella promozione di un’attività economica sostenibile e ‘circolare’, sulla base di una politica economica che, anche sulla scorta della modifica costituzionale, indirizza e coordina l’attività economica verso il conseguimento dei fini sociali e ambientali. Ciò, per quanto sia ancora probabilmente troppo presto per affermarlo con certezza, sembra aprire la strada a una rinnovata modalità di ‘governo’ del fenomeno economico, abbandonando l’idea della mera regolazione sul presupposto per cui una qualche forma di intervento pubblico in campo economico pare imposta (ai pubblici poteri) dalla stessa Carta costituzionale, più precisamente sia dagli artt. 2 e 3 che dall’art. 41 co. 3, finendo per assumere il carattere della ‘doverosità’⁶⁵.

⁶⁴ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

⁶⁵ Ne sottolinea il carattere di doverosità M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell’ambiente*, cit., 178 in ragione del fatto che il terzo comma dell’art. 41 utilizza l’espressione ‘determina’ anziché ‘può determinare’. Sulle ragioni costi-

L'‘eterno ritorno’ dell'intervento pubblico quindi quale conseguenza necessaria a fronte della volontà delle istituzioni, a partire da quelle europee e, in particolare, della Commissione, di attuare la transizione verso un altro modello di società, il che implica, fra l'altro, anche una transizione degli attuali processi produttivi verso processi che si basino su una logica diversa da quella tradizionale imperniata sull'indiscriminato prelievo e conseguente consumo di risorse naturali⁶⁶.

Ciò osservato, solo il tempo dirà se si è effettivamente dinanzi a un vero e proprio ritorno dei pubblici poteri in campo economico attraverso una nuova politica industriale di carattere ambientale o se, al contrario, il processo di transizione seguirà altre strade, sviluppandosi in direzioni differenti da quelle qui tratteggiate. Quel che appare emergere al momento è comunque un nuovo modo di intervento pubblico in relazione al fenomeno economico che va al di là della mera regolazione⁶⁷, il che è apparso giustificare a tal proposito l'utilizzo dell'espressione ‘eterno ritorno’.

tuzionali dell'intervento pubblico in campo economico L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la “forma” del primato costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2018, 1005 ss.

⁶⁶ Parte della dottrina, in particolare F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare*, cit., 71, aveva già prima della modifica costituzionale ravvisato nell'art. 41 co. 3 Cost. le basi per il ritorno della programmazione economica da leggere in senso ambientale e ciò in ragione, prevalentemente, di una attenta riflessione che, muovendo da una lettura ‘evolutiva’ del pacchetto sull'economia circolare del 2018, andava oltre la (limitata) considerazione di quest'ultima come fenomeno unicamente collegato ai rifiuti. Gli sviluppi più recenti, dal G.D.e. all'intervento costituzionale del 2022, confortano le intuizioni dell'A., ravvalorandone le tesi sia sul fronte della concezione dell'economia circolare come sistema alternativo a quello attuale sia in punto di rinnovata centralità per lo strumento della programmazione – da intendere nei termini chiariti alla nt. 32 – che si muove in un'ottica di ‘programmazione di carattere ambientale’.

⁶⁷ W. GASPARRI, *op. cit.*, 114, «la crisi finanziaria che segna la fine del primo decennio del nuovo secolo, la più recente vicenda pandemica e l'attuale ‘ritorno’ del conflitto armato nel continente europeo, destinato a mutare profondamente gli assetti geopolitici e quelli economici, rappresentano un sicuro ripensamento di quel modello europeo di economia sociale di mercato che ha relegato il soggetto pubblico nella periferia regolatoria del processo economico».

SEZIONE VI
INTERVENTI CONCLUSIVI

COME STUDIARE LE TRANSIZIONI?

Giuseppe Bellantuono

SOMMARIO: 1. Introduzione: siamo tutti giuristi delle transizioni. 2. Multi-disciplinarietà. 3. Interdisciplinarietà. 4. Sinergie e conflitti fra le due transizioni. 5. Transizioni e comparazione. 6. Conclusioni.

1. Introduzione: siamo tutti giuristi delle transizioni

Questo volume raccoglie i contributi di giovani ricercatrici e ricercatori sulle trasformazioni indotte da una varietà di transizioni. Benché la maggior parte dei contributi si concentri sulle transizioni digitale ed ecologica, non mancano riflessioni dedicate a più ampi fenomeni di cambiamento istituzionale. Dalla lettura dei contributi ricavo l'impressione di un forte interesse per la complessità generata dalle transizioni, unito alla volontà di contribuire al dibattito sul ruolo delle discipline giuridiche. La varietà dei temi affrontati e dei metodi utilizzati conferma uno slogan ormai diffuso: dobbiamo tutti considerarci giuristi delle transizioni¹. Nessuna area dell'ordinamento giuridico si sottrae all'impatto delle transizioni ecologica e digitale. La ricerca giuridica è tenuta a interrogarsi sugli strumenti per governarle. Non meno rilevanti sono le domande che le transizioni sollevano per la formazione giuridica. Possiamo ritenere che i corsi di laurea giuridici abbiano un vero e proprio obbligo di contribuire alla formazione delle competenze necessarie per fronteggiare la crisi climatica e i rischi delle tecnologie digitali²? Se la risposta è affermativa, quali sono le modalità per integrare ricerca e didattica?

¹ M.A. YOUNG, *Climate Change and Law: A Global Challenge for Legal Education*, in 40(3) *U. Queensland L.J.* 351 (2021).

² D. IRELAND-PIPER, N. JAMES, *The Obligation of Law Schools to Teach Climate Change*, in 40(3) *U. Queensland L.J.* 319 (2021).

Escludo che queste domande ammettano risposte univoche. La complessità delle transizioni suggerisce di utilizzare una varietà di percorsi metodologici e strategie di ricerca. Nello stesso tempo, occorre evitare un'eccessiva frammentazione dei risultati conoscitivi in materia di transizioni. La mancanza di comunicazione rappresenta un problema sia quando si verifica fra discipline giuridiche che quando impedisce il dialogo con le discipline non giuridiche. Nei paragrafi che seguono propongo alcune riflessioni sulle strategie per ridurre le barriere comunicative. Il secondo paragrafo si occupa della multidisciplinarietà, intesa come utilizzazione di almeno due discipline giuridiche per analizzare le transizioni. Il terzo paragrafo è dedicato all'interdisciplinarietà, intesa come forma di dialogo con discipline non giuridiche. Il quarto paragrafo sposta l'attenzione su un tema che i contributi in questo volume hanno trascurato: e cioè la possibilità che le due transizioni siano meno 'gemelle' di quanto si creda e richiedano accurate scelte regolatorie per generare sinergie. Il quinto paragrafo collega i profili della multidisciplinarietà e interdisciplinarietà all'approccio comparatistico. Il sesto paragrafo riassume gli argomenti discussi.

Come già osservato, l'obiettivo di una riflessione metodologica sulle transizioni non può essere la ricerca dell'approccio migliore. I problemi e i contesti da analizzare non ammettono prospettive unificanti. Si tratta, invece, di mettere in luce collegamenti, scoprire lacune, riconoscere punti di frizione e favorire l'integrazione fra differenti prospettive. I contributi in questo volume offrono il necessario punto di partenza. La Tabella 1 riassume le scelte metodologiche delle autrici e degli autori. Si tratta di scelte parzialmente sovrapposte, motivo per cui il numero di contributi indicati per ciascuna scelta metodologica non coincide con il numero totale dei contributi. La maggior parte dei contributi adotta un approccio monodisciplinare, concentra cioè l'analisi su un'unica disciplina giuridica o su un unico settore dell'ordinamento. Solo due contributi possono essere considerati multidisciplinari. Un numero maggiore di contributi adotta un approccio interdisciplinare e comparatistico, benché rimangano comunque monodisciplinari dal punto di vista interno alle discipline giuridiche. Nessun contributo si occupa delle sinergie e dei conflitti fra le due transizioni.

Tabella 1. Scelte metodologiche.

CONTRIBUTI	MONO	MULTI	INTER	SIN-CONF	COMP
N. TOTALE 30	25	2	8	0	8

2. Multidisciplinarietà

Pochi contributi attingono a differenti aree giuridiche per esplorare le transizioni³. Un approccio monodisciplinare, che concentri cioè l'attenzione su concetti e istituzioni dalla prospettiva di un'unica area giuridica, ha un'utilità ben precisa. Una delle conseguenze delle transizioni è la necessità di un significativo ripensamento delle categorie giuridiche tradizionali. Come osserva Jorge Viñuales, l'organizzazione giuridica dell'Antropocene presuppone un cambiamento radicale nelle modalità di governare le risorse naturali⁴. In ciascuna disciplina, una ricca letteratura cerca di mettere a fuoco le traiettorie di tale cambiamento⁵. Questo dibattito serve da un lato a individuare interpretazioni che possano essere largamente condivise, dall'altro a ridefinire il ruolo di ciascuna area giuridica. Proprio quest'ultimo aspetto segnala che il dibattito va allargato ai rapporti fra aree giuridiche.

Gli studi di teoria del diritto ci dicono che la suddivisione dell'ordinamento in aree è una delle inevitabili espressioni del ragionamento giuridico. Una volta stabilizzatasi, un'area del diritto consente di defini-

³ Mi riferisco a G. OLIVATO, *La regolamentazione dell'intelligenza artificiale tra normazione e autonomia privata: il ruolo della soft law nell'AI Act*, in questo volume; F. CESAREO, G. PIROTTA, *Il greenwashing nella relazione tra consumatore e ambiente. Problematiche sostanziali e rimedi processuali collettivi*, in questo volume.

⁴ J.E. VIÑUALES, *The Organization of the Anthropocene: In Our Hands?*, Leiden e Boston, MA, 2018.

⁵ Per limitarsi a qualche riferimento italiano, cfr. M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente: l'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016; U. MATTEI, A. QUARTA, *Punto di svolta: ecologia, tecnologia e diritto privato dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale: atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022.

re le regole applicabili, di interpretarle in modo coerente, di identificare i principi generali per quell'area, nonché di affermarne la legittimità nei confronti dei destinatari delle regole⁶. Questi evidenti vantaggi hanno un prezzo: ciascuna area tende a stabilire una sistema di concetti interconnessi che diventa il principale punto di riferimento, sia sul piano teorico che applicativo. L'utilità di tali concetti presuppone una selezione: qualsiasi fattore estraneo non è considerato rilevante. L'esistenza di ciascuna area dipende da una parziale o totale chiusura rispetto ad argomenti e concetti provenienti da altre aree⁷. Questa tendenza è ulteriormente alimentata da altre circostanze, per esempio autorità di settore e giurisdizioni speciali per una determinata area, nonché comunità di esperti specializzati. Laddove selettività e chiusura si trasformino in eccessiva rigidità nella delimitazione dei confini di un'area, divengono via via più consistenti le critiche di formalismo e aumentano le proposte di classificazioni alternative. Partendo da varie prospettive teoriche, numerosi studiosi hanno sostenuto che l'utilità delle classificazioni giuridiche è sempre parte dell'analisi da compiere. Se concetti provenienti da aree diverse sono utili, questa relazione di reciprocità dev'essere riconosciuta e utilizzata come antidoto all'irrigidimento dei confini tra aree⁸.

⁶ T. KHAITAN, S. STEEL, *Areas of Law: Three Questions in Special Jurisprudence*, in 43(1) *Ox. J. Legal Stud.* 76, 85-90 (2023). Cfr. anche T. KHAITAN, S. STEEL, *Theorizing Areas of Law: A Taxonomy of Special Jurisprudence*, in 28 *Legal Theory* 325 (2022) sui criteri normativi e non normativi che possono essere utilizzati per selezionare le ricostruzioni teoriche di una specifica area del diritto.

⁷ H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, 37-46.

⁸ S.M. WADDAMS, *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, 2003 (variabilità e provvisorietà delle classificazioni su cui si basano le aree giuridiche); H. DAGAN, *Doctrinal Categories, Legal Realism, and the Rule of Law*, 163 *U. Penn. L. Rev.* 1889, 1905-1911 (2015); G. SAMUEL, *Rethinking Legal Reasoning*, Cheltenham, 2018, 203 ss. («The activity of legal reasoning, in other words, involves the continual reconstruction of a normative map designed to achieve the solutions proposed»). Sulla possibilità di utilizzare il concetto di trapianto giuridico con riferimento ad aree nello stesso ordinamento v. V. CASADO PÉREZ, Y.R. LIFSHITZ, *Natural Transplants*, in 97 *N.Y.U.L. Rev.* 933 (2022).

In che modo le transizioni stanno cambiando i rapporti fra aree? Le risposte a questo interrogativo sono state proposte soprattutto con riferimento all'esistenza di nuove aree. Per la transizione digitale, già a partire dagli anni Novanta si iniziò a discutere di cyberdiritto⁹, lex informatica¹⁰ e diritto di internet¹¹. Il dibattito è proseguito in tempi più recenti con il diritto dell'era digitale¹² e il diritto dell'intelligenza artificiale¹³. Per la transizione ecologica, il dibattito riguarda la definizione di aree, per finalità didattiche o scientifiche, che possano identificarsi con il diritto dell'energia¹⁴ e il diritto del cambiamento climatico¹⁵, nonché la delimitazione di confini rispetto all'area più tradizionale del diritto dell'ambiente¹⁶.

⁹ G. PASCUZZI, *Cyberdiritto: guida alle banche dati italiane e straniere, alla rete internet e all'apprendimento assistito da calcolatore*, Bologna, 1995.

¹⁰ J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1998); S.K. KATYAL, *Lex Reformatica: Five Principles of Policy Reform for the Technological Age*, in 36 *Berk. Tech. L.J.* 861 (2021).

¹¹ E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di Internet: i beni, i contratti, le responsabilità*, Milano, 2006; G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020.

¹² G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Bologna, 2021.

¹³ N. ELKIN-KOREN, K.A. CHAGAL-FEFERKORN, *Lex AI: Revisiting Private Ordering by Design*, in 36 *Berk. Tech. L.J.* 915 (2021).

¹⁴ D. ATTANASIO, *Energy Law Education in the US: An Overview and Recommendations*, in 36 *Energy L.J.* 217 (2015); R. HEFFRON et al., *A Review of Energy Law Education in the UK*, in 9 *J. World Energy L. & Bus.* 346 (2016); K. TALUS, *Energy Law*, in J. SMITS et al. (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Cheltenham, 2023, 10.

¹⁵ J. PEEL, *Climate Change Law: The Emergence of a New Legal Discipline*, in 32 *Melb. U.L. Rev.* 922 (2008); J.B. RUHL, J. SALZMAN, *Climate Change Meets the Law of the Horse*, in 62 *Duke L.J.* 975 (2013); M. MEHLING et al., *Teaching Climate Law: Trends, Methods and Outlook*, in 32 *J. Env. L.* 417 (2020); L. CHEN, *Climate Law Education and Its Place in Canadian Law Schools*, in 53 *Env't L.* 1 (2023); S. ROMPPANEN, K. HUHTA, *The Interface Between EU Climate and Energy Law*, in 30(1) *Maastricht J. Eur. Comp. L.* 45 (2023).

¹⁶ T.S. AAGAARD, *Energy-Environment Policy Alignments*, in 90 *Wash. L. Rev.* 1517 (2015); J. FREEMAN, *The Uncomfortable Convergence of Energy and Environmental Law*, in 41 *Harv. Env. L. Rev.* 339 (2017).

Questo dibattito è lungi dall'essere concluso e potrebbe ora trovare nuovo impulso nel tentativo di definire un'area corrispondente al 'diritto delle transizioni'. Qualsiasi partizione all'interno dell'ordinamento presuppone un riconoscimento generalizzato da parte della comunità dei giuristi e delle istituzioni pubbliche¹⁷. Il riconoscimento può avvenire in alcuni ordinamenti e non in altri. I confini delle aree non saranno identici ovunque. Il dibattito è utile se aiuta a identificare le trasformazioni in corso. Per esempio, la celebre obiezione del giudice Easterbrook a un diritto del cyberspazio che prescindesse dai principi generali non coglieva il problema della ridefinizione dei rapporti fra diritto e tecnologia¹⁸. Occorre anche riconoscere che la percezione di ciascuna area può cambiare nel tempo, sia per ragioni interne che esterne al dibattito giuridico.

Nel caso delle due transizioni, il dibattito non dovrebbe concentrarsi sull'esistenza di nuove aree, ma sui rapporti fra regole per le transizioni e il più ampio contesto istituzionale. Questa prospettiva richiede un approccio multidisciplinare. Adottare il punto di vista di un'unica disciplina giuridica rischia di produrre definizioni concettuali incompatibili. Per esempio, ciascuna area potrebbe cercare di offrire la sua definizione di transizione o di giustizia energetica. In termini più ampi, le diverse aree potrebbero adottare interpretazioni contraddittorie dei criteri di selezione degli strumenti di intervento e degli obiettivi da perseguire. A questo problema potrebbe aggiungersene un altro, anche più serio: se gli interventi necessari per le transizioni sono selezionati all'interno di un'unica area giuridica, le interazioni con interventi provenienti da altre aree giuridiche sono completamente ignorate. Un'ampia letteratura segnala che tutte le politiche pubbliche sono contraddistinte dalla presenza di una pluralità di strumenti, spesso introdotti senza particolare coor-

¹⁷ T. KHAITAN, S. STEEL, *Areas of Law*, cit., 78-85.

¹⁸ F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in 1996 *U. Chi. Legal Forum* 207. Cfr. la replica di L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach*, in 113(2) *Harv. L. Rev.* 501 (1999), nonché, più di recente, R. BRONNSWORD, *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*, London-New York, 2021, 46 ss.; M.C. KETTEMANN et al. (a cura di), *The Law of Global Digitality*, London e New York, NY, 2023.

dinamento in tempi diversi e senza una valutazione delle reciproche interazioni. I risultati sono conflitti fra strumenti o effetti indesiderati¹⁹. Di queste indicazioni occorre tener conto: oltre ai fattori considerati in questa letteratura, gli strumenti di intervento richiedono anche un'adeguata conformazione giuridica. Ma l'adeguatezza dev'essere valutata in termini orizzontali, tenendo cioè conto della contemporanea presenza di un insieme di strumenti provenienti da diverse aree. Attraverso l'analisi multidisciplinare è possibile verificare quale area disponga di strumenti giuridici più efficaci per gli obiettivi delle transizioni²⁰.

I contributi in questo volume offrono vari esempi delle possibili interazioni: il concetto di identità digitale può essere discusso sia nella

¹⁹ Cfr., per una prima introduzione alla letteratura sui *policy mixes*, M. HOWLETT, P. DEL RIO, *Portfolios of Policy Tools: Types of Policy Mixes*, in M. HOWLETT (a cura di), *The Routledge Handbook of Policy Tools*, London e New York, NY, 2023, 88; M. HOWLETT et al., *Understanding Primary and Secondary Relationships Among Policy Tools in Policy Mixes*, *ibid.*, 100; M. MAOR, M. HOWLETT, *Measuring Policy Instrument Interactions in Policy Mixes: Surveying the Conceptual and Methodological Landscape*, *ibid.*, 453; M. HOWLETT, *Changing the Composition of Policy Mixes: Lock-In, Path Dependency and the Sequencing of Policy Tools*, *ibid.*, 481. Con riferimento alla transizione ecologica cfr. N. GUNNINGHAM, D. SINCLAIR, *Regulatory Pluralism and Regulatory Mix*, in J. VAN ZEBEN, K.R. RICHARDS (a cura di), *Policy Instruments in Environmental Law*, Cheltenham, 2020, 352; B. MOORE et al., *Governing with Multiple Policy Instruments?*, in A. JORDAN, V. GRAVEY (a cura di), London-New York, 2021, 299; K.S. ROGGE, Q. SONG, *Policy Mixes for Addressing Environmental Challenges: Conceptual Foundations, Empirical Operationalisation, and Policy Implications*, in H. JÖRGENS et al. (a cura di), *Routledge Handbook of Environmental Policy*, London-New York, 2023, 327.

²⁰ Cfr. K. HUHTA, S. ROMPPANEN, *Comparing Legal Disciplines as an Approach to Understanding the Role of Law in Decarbonizing Societies*, in 12(3) *Trans. Env. L.* 649 (2023) (la comparazione fra le caratteristiche profonde delle discipline giuridiche consente di identificare le opportunità per i cambiamenti radicali richiesti dalla decarbonizzazione). Sulla necessità di un approccio multidisciplinare al diritto del cambiamento climatico v. anche M. FAURE, J. LIU, *Urgently Needed: Climate Lawyers*, in 8(3) *Climate Law* 161 (2018).

prospettiva della tutela penalistica che civilistica²¹; i danni ambientali derivanti dalle attività delle filiere globali possono essere governati con strumenti di diritto penale, civile e amministrativo²²; la sostenibilità dei prodotti può essere incentivata con misure di diritto amministrativo, come gli appalti verdi²³, o con misure che ricadono nell'area del diritto dei consumatori²⁴; la complementarietà fra regolazione e programmazione può essere discussa sia nella prospettiva del diritto amministrativo che dei rapporti con gli strumenti del diritto privato²⁵. Questi esempi mostrano che gli approcci multidisciplinari devono spesso confrontarsi con la dicotomia pubblico-privato. Come per altre classificazioni, anche in questo caso occorre riconoscere il carattere dinamico di tale dicotomia e verificare quale interpretazione sia coerente con gli obiettivi delle transizioni.

La multidisciplinarietà non è solo un problema teorico. Ha anche a che fare con le strutture organizzative della ricerca accademica in ciascun paese. In Italia, la multidisciplinarietà non è mai stata una priorità²⁶. Al contrario, i settori scientifico-disciplinari, il finanziamento della ricerca e le procedure di reclutamento tendono a scoraggiarla. Se si condividono i vantaggi di un approccio multidisciplinare per le transizioni, questa tendenza va invertita. Le strade per farlo sono numerose: crea-

²¹ G. BARATTO, L. TOMASINI, *La protezione dell'identità nella società digitale: considerazioni criminologiche e giuridiche*, in questo volume; R. ALFONSI, *Identità digitale post mortem: quale sorte per i diritti 'digitali' del defunto?*, in questo volume.

²² M.E. FLORIO, *La necessità di presidi penali a supporto della transizione ambientale? Luci e ombre del crimine d'ecicidio*, in questo volume; F. DE GOTTARDO, *Le sfide del diritto societario nel nuovo paradigma dell'impresa "sostenibile"*, in questo volume.

²³ I. BAISI, *Gli "appalti verdi" come perno della transizione ecologica: norme e prospettive alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in questo volume.

²⁴ F. CESAREO, G. PIROTTA, *op. cit.*

²⁵ L. RICCI, *Politica industriale e ambiente: l'eterno ritorno dell'intervento pubblico?*, in questo volume.

²⁶ Lo confermano i tentativi di rivitalizzare il dialogo multidisciplinare, che evidentemente incontra barriere di vario genere. Cfr. V. ROPPO (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013; A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo: un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021.

zione di gruppi di ricerca con membri di diverse discipline, finanziamenti riservati a progetti multidisciplinari, percorsi didattici che concentrino l'attenzione sulle metodologie per la multidisciplinarietà.

3. *Interdisciplinarietà*

Diversi contributi in questo volume utilizzano approcci interdisciplinari. Da un lato, concetti non giuridici servono da punto di partenza per l'analisi giuridica. Dall'altro, le innovazioni tecnologiche servono da giustificazione per riforme giuridiche o nuove interpretazioni di concetti tradizionali. Il giurista delle transizioni deve necessariamente essere interdisciplinare? Benché si registrino posizioni più caute²⁷, l'opinione dominante è a favore di un intenso dialogo con le discipline non giuridiche²⁸. L'interrogativo più interessante è come utilizzare l'interdisciplinarietà. La varietà di approcci proposti negli ultimi decenni non consente risposte univoche²⁹. È utile, invece, riflettere sul contributo dei giuristi nel dibattito sulle transizioni. Mi limiterò a segnalare due possibilità: la prima riguarda le connessioni fra l'analisi giuridica e le teorie delle transizioni elaborate principalmente dalle scienze sociali; la se-

²⁷ O. PEDERSEN, *The Limits of Interdisciplinarity and the Practice of Environmental Law Scholarship*, in 26 *J. Env. L.* 423 (2014) (l'interdisciplinarietà può aumentare la frammentazione all'interno delle discipline giuridiche); M. MEHLING et al., *op. cit.*, 437-440 (mantenere la distinzione fra prospettiva interna ed esterna).

²⁸ Cfr., per esempio, L. CHEN, *op. cit.*, p. 27-31; S. ROMPPANEN, K. HUHTA, *op. cit.*, 54 ss.; N. AHMAD et al., *Synthesizing Energy Transitions*, in 39 *Ga. St. U.L. Rev.* 1087 (2023).

²⁹ J.T. KLEIN, *Beyond Interdisciplinarity: Boundary Work, Communication, and Collaboration*, Oxford, 2021, per una discussione dei significati dell'interdisciplinarietà. Un'analisi empirica dei significati di interdisciplinarietà e transdisciplinarietà è proposta da B. VIENNI-BAPTISTA et al., *Embracing Heterogeneity: Why Plural Understandings Strengthen Interdisciplinarity and Transdisciplinarity*, in 49 *Sci. and Pub. Policy* 865 (2022); B. VIENNI-BAPTISTA, *Disentangling Interdisciplinarity and Transdisciplinarity: The Beauty of Differing Definitions*, in O. POMBO et al. (a cura di), *Theory and Practice in the Interdisciplinary Production and Reproduction of Scientific Knowledge*, Cham, 2023, 59.

conda riguarda le competenze necessarie per partecipare a (e dirigere) gruppi di ricerca interdisciplinari.

La prima possibilità suggerisce che le teorie delle transizioni abbiano una dimensione giuridica tutt'altro che secondaria, ma poco esplorata. Le teorie nascono spesso all'interno di una singola disciplina o prospettiva metodologica. Gradualmente, le connessioni con altre discipline, o con altre teorie, vengono identificate per estendere il campo di applicazione della teoria e affinarne le capacità analitiche. Il tentativo di integrare discipline naturali, sociali e umanistiche rappresenta uno dei principali fattori nell'evoluzione di nuove prospettive teoriche³⁰. Non mancano esempi di integrazione fra teorie delle transizioni e analisi giuridica. Uno dei più noti è l'elaborazione dell'*Earth System Law* all'interno del progetto sull'*Earth System Governance*³¹. Si tratta di un tentativo di immaginare una radicale trasformazione del diritto nell'epoca dell'Antropocene. Dal punto di vista dei metodi interdisciplinari, la prospettiva dell'*Earth System Law* assume che il tradizionale approccio giuridico possa essere sostituito con valori, obiettivi e strumenti di intervento identificati sulla base delle indicazioni provenienti dagli studi sul clima e dalle teorie sulla giustizia intergenerazionale. Il rischio

³⁰ C. FOULDS, R. ROBISON (a cura di), *Advancing Energy Policy: Lessons on the Integration of Social Sciences and the Humanities*, Cham, 2018; J.J. COHEN et al., *Tackling the Challenge of interdisciplinary Energy Research: A Research Toolkit*, in 74 *Energy Res. & Soc. Sci.* 101966; A. SILVAST, C. FOULDS, *Sociology of Interdisciplinarity: The Dynamics of Energy Research*, Cham, 2022; G. SONETTI, O. ARROBBIO, *Inter- and Trans-Disciplinary Research in the Energy Sector: An Overview*, in G. BELLANTUONO et al. (a cura di), *Handbook of Energy Law in the Low-Carbon Transition*, Berlin-Boston, 2023, 27; P. MARTIN (a cura di), *Non-Doctrinal Research Methods in Environmental Law*, Cheltenham, 2023.

³¹ R.E. KIM, L.J. KOTZÉ, *Planetary Boundaries at the Intersection of Earth System Law, Science and Governance: A State-of-the-Art Review*, in 30 *Rev. Eur. Comm. and Int. Env. L.* 3 (2021); F. DUNCAN, L.J. KOTZÉ (a cura di), *Research Handbook on Law, Governance and Planetary Boundaries*, Cheltenham, 2021; T. CADMAN et al. (a cura di), *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene*, London e New York, NY, 2022; L.J. KOTZÉ et al., *Earth System Law: Exploring New Frontiers in Legal Science*, in 11 *Earth System Gov.* 100126 (2022); L.J. KOTZÉ et al., *Courts, Climate Litigation and the Evolution of Earth System Law*, in *Global Policy*, early view 12 novembre 2023.

di questo genere di approccio è di trascurare la necessità di uno scambio bilaterale fra discipline giuridiche e non giuridiche: se la definizione dei problemi da affrontare proviene solo dall'esterno, l'integrazione nella riflessione giuridica potrebbe essere inferiore alle aspettative³².

Un modo diverso di integrare la prospettiva giuridica è suggerito dall'approccio multi-livello alla transizione dei sistemi socio-tecnologici³³. Questi ultimi sono composti da una varietà di elementi che interagiscono per produrre i prodotti e i servizi desiderati: infrastrutture, conoscenze scientifiche, organizzazione delle attività industriali, modelli di consumo, politiche pubbliche e culture prevalenti. Benché l'attenzione sia principalmente rivolta alle fasi dell'innovazione tecnologica e della diffusione di soluzioni sostenibili, si riconosce esplicitamente che in ciascuna fase della transizione gli interventi regolatori condizionano le scelte economiche e tecnologiche³⁴. È possibile, quindi, approfondire l'analisi della dimensione istituzionale e integrare i processi di cambiamento giuridico con i processi di cambiamento tecnologico. Questa indicazione segnala quale potrebbe essere il beneficio principale dell'integrazione interdisciplinare per giuristi e non giuristi: ricostruire gli effetti e le interazioni fra una varietà di fattori economici, sociali e istituzionali per ottenere una visione più completa del processo di transizione. Per i giuristi, questa prospettiva implica l'utilizzazione di teorie causali che connettano le scelte istituzionali agli effetti sulla decarbo-

³² Cfr. anche A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'Antropocene*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 275, per osservazioni critiche relative all'eccesso di fiducia nei meccanismi della democrazia deliberativa e all'approccio tecnocratico dell'*Earth System Law*.

³³ F.W. GEELS, B. TURNHEIM, *The Great Reconfiguration: A Socio-Technical Analysis of Low-Carbon Transitions in UK Electricity, Heat, and Mobility Systems*, Cambridge, 2022.

³⁴ F.W. GEELS, B. TURNHEIM, *op. cit.*, 37-41. Cfr. anche M. LOCKWOOD et al., *Historical Institutionalism and the Politics of Sustainable Energy Transitions: A Research Agenda*, in 35(2) *Environment and Planning C: Politics and Space* 312 (2017); M. LOCKWOOD, *Policy Feedback and Institutional Context in Energy Transitions*, in 55 *Policy Sciences* 487 (2022); J.J. PATTERSON, *Remaking Political Institutions: Climate Change and Beyond*, Cambridge, 2022.

nizzazione e la digitalizzazione³⁵. Per i non giuristi implica la ricerca di criteri di misurazione dell'impatto delle istituzioni.

La seconda possibilità per il dialogo interdisciplinare passa dall'investimento in competenze cognitive e organizzative per l'attività di gruppi di ricerca interdisciplinari. I progetti di ricerca che richiedono collaborazioni temporanee e a breve termine fra diverse discipline sono una delle strutture che caratterizzano la ricerca scientifica a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo. L'obiettivo dei ricercatori non è abbandonare le discipline di provenienza né metterne in discussione l'esistenza, ma favorire l'evoluzione delle discipline e rispondere a una domanda di conoscenza proveniente dalle istituzioni o dalla società³⁶. La letteratura sulle collaborazioni scientifiche mostra chiaramente che i processi di apprendimento dipendono da vari fattori di tipo epistemologico, psicologico e istituzionale³⁷. Investire in competenze interdisciplinari significa scommettere sulle opportunità di carriera e sui risultati scientifici innovativi che possono derivare dalle collaborazioni con le discipline non giuridiche. Inoltre, è plausibile che le competenze cognitive sviluppate attraverso la ricerca multidisciplinare facilitino il processo di apprendimento in ambiti interdisciplinari. La multidisciplinarietà all'interno delle discipline giuridiche può essere considerata una

³⁵ Cfr. A.D. ANDERSEN, F.W. GEELS, *Multi-System Dynamics and the Speed of Net-Zero Transitions: Identifying Causal Processes Related to Technologies, Actors and Institutions*, in 102 *Energy Res. & Soc. Sci.* 103178 (2023); F.W. GEELS, *Causality and Explanation in Socio-Technical Transitions Research: Mobilising Epistemological Insights from the Wider Social Sciences*, in 51 *Res. Policy* 104537 (2022).

³⁶ O. POMBO, *Signs of Interdisciplinarity in the Second Half of the XX Century and Prospects for the XXI Century*, in O. POMBO et al. (a cura di), *op. cit.*, 270-275.

³⁷ Cfr. M. O'ROURKE et al. (a cura di), *Enhancing Communication & Collaboration in Interdisciplinary Research*, Los Angeles, 2014; V. BOIX MANSILLA, *Interdisciplinary Learning: A Cognitive-Epistemological Foundation*, in R. FRODEMAN et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, II ed., Oxford, 2017, 261; T. BOYER-KASSEM et al. (a cura di), *Scientific Collaboration and Collective Knowledge: New Essays*, Oxford, 2017; K.L. HALL et al. (a cura di), *Strategies for Team Science Success*, Cham, 2019; S. HALFON, B.K. SOVACOO, *Pluralistic Collaboration in Science and Technology: Reviewing Knowledge Systems, Culture, Norms, and Work Styles*, in 48(5) *Science, Technology, & Human Values* 1138 (2023).

forma di coordinamento fra concetti e metodi. L'interdisciplinarietà spinge tale coordinamento al di là delle discipline giuridiche, ma attinge alle medesime competenze cognitive per favorire la sintesi fra prospettive differenti³⁸.

Oltre ad arricchire le teorie delle transizioni con conoscenze specialistiche sul versante istituzionale, i giuristi che partecipano a gruppi interdisciplinari possono giocare altri due ruoli. Il primo riguarda l'estensione dell'indagine a prospettive alternative e minoritarie. Se i membri di una disciplina non giuridica trascurano tali prospettive, lo sguardo dall'esterno del giurista può aiutare a riconoscere importanti connessioni. Per esempio, i modelli di intelligenza artificiale (I.A.) basati su enormi quantità di dati ed enormi risorse computazionali sono ormai dominanti, ma un approccio alternativo basato su strategie euristiche di ricerca potrebbe offrire vantaggi significativi, sia sul piano dell'efficacia degli strumenti decisionali che dell'impatto ambientale (su questo aspetto v. par. 4)³⁹. Non c'è motivo che i giuristi si limitino ad accettare le opinioni dominanti nelle scienze informatiche in materia di I.A.

Un altro esempio è offerto dall'uso di scenari per identificare le traiettorie di decarbonizzazione, a livello mondiale, regionale o nazionale. Il principale vantaggio di questo approccio è di sintetizzare un'enorme mole di dati climatici ed economici per offrire ai decisori pubblici indicazioni sull'impatto di differenti politiche climatiche⁴⁰. Il problema è che gli scenari si basano su ipotesi semplificate e indicatori aggregati per valutare il ruolo delle istituzioni. Con ipotesi più realistiche sulle istituzioni e sulle dinamiche del cambiamento istituzionale, gli scenari climatici possono essere modificati in modo significativo. La

³⁸ Sulla continuità fra multidisciplinarietà, interdisciplinarietà e transdisciplinarietà, distinguibili sulla base dell'intensità del coordinamento, cfr. O. POMBO, *The Fundamental Cognitive Destiny of Interdisciplinarity*, in O. POMBO et al. (a cura di), *op. cit.*, 11-13.

³⁹ G. GIGERENZER, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi*, Milano, 2023; ID., *Psychological AI: Designing Algorithms Informed by Human Psychology*, in *Perspectives on Psychological Science*, Online First 31 luglio 2023.

⁴⁰ I rapporti dell'Intergovernmental Panel on Climate Change hanno giocato un ruolo fondamentale per l'evoluzione della ricerca sugli scenari climatici: cfr. B. COINTE, *Scenarios*, in K. DE PRYCK, M. HULME (a cura di), *A Critical Assessment of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, 2023, 137.

partecipazione dei giuristi ai lavori delle comunità scientifiche internazionali che elaborano gli scenari può aumentarne la rilevanza per i decisori pubblici⁴¹.

Il secondo ruolo dei giuristi nelle collaborazioni interdisciplinari è collegato alla necessità di predisporre un ambiente favorevole alla condivisione di conoscenze e all'accettazione di una pluralità di prospettive. Questo compito può essere assolto efficacemente dai cosiddetti 'integratori', cioè esperti in grado di gestire le dinamiche di un gruppo interdisciplinare. Le competenze richieste vanno dalla capacità di costruire relazioni fra ricercatori provenienti da aree diverse, alla traduzione e sintesi dei risultati scientifici, alla mediazione dei possibili conflitti⁴². Gli integratori possono assumere la guida di gruppi interdisciplinari, ma anche in questo caso sono richieste specifiche capacità⁴³. È sicuramente vero che, in molti contesti, i giuristi potrebbero non essere in grado di assumere il ruolo di integratori: i rapporti fra discipline non sono sempre simmetrici. Tuttavia, la specificità delle competenze richieste potrebbe favorire i giuristi. Se i ricercatori di altre discipline non investono in capacità di integrazione interdisciplinare, il prestigio della disciplina di provenienza non garantisce automaticamente che siano in grado di assumere compiti di coordinamento. I giuristi in grado di dialogare con altre discipline potrebbero trovarsi in una posizione favorevole per assumere un ruolo di primo piano.

⁴¹ Per un approfondimento cfr. G. BELLANTUONO et al., *Introduction: Comparing Low-Carbon Transitions*, in G. BELLANTUONO et al., *op. cit.*, 1, nonché A. TRYANTI et al., *Clarifying and Strengthening the Role of Law and Governance in Climate Scenario Frameworks*, in 18 *Earth System Governance* 100199 (2023).

⁴² Cfr. G. BAMMER et al., *Expertise in Research Integration and Implementation for Tackling Complex Problems: When is it Needed, Where Can it Be Found and How Can it Be Strengthened?*, in 6 *Palgrave Communications* 5 (2020); S. HOFFMANN et al., *Integrate the Integrators! A Call for Establishing Academic Careers for Integration Experts*, in 9 *Humanities and Social Sciences Communications* 147 (2022).

⁴³ S. HOFFMANN et al., *Principles for Leading, Learning, and Synthesizing in Inter- and Transdisciplinary Research*, in 72(10) *BioScience* 963 (2022); M. FLINDERS, *Research Leadership: What It is and Why It Matters*, in A. BLAIR et al. (a cura di), *International Perspectives on Leadership in Higher Education*, Bingley, 2022, 181.

4. Sinergie e conflitti fra le due transizioni

L'idea che le due transizioni debbano svilupparsi in modo sinergico rappresenta una delle priorità politiche della Commissione von der Leyen. A partire dalla comunicazione sul *Green Deal europeo*, la Commissione ha ripetutamente affermato che la digitalizzazione su larga scala è la condizione necessaria per il raggiungimento della neutralità climatica entro la metà del secolo⁴⁴. Il contributo delle tecnologie digitali alle politiche climatiche è stato sottolineato anche da varie organizzazioni internazionali⁴⁵. La letteratura scientifica ha identificato le potenzialità di tali tecnologie per la riduzione delle emissioni di gas serra in tutti i settori economici⁴⁶. Un'ampia riflessione filosofica è stata dedicata alla possibilità che il matrimonio fra la dimensione blu (le tecnologie digitali) e la dimensione verde (la decarbonizzazione) contribuisca a fondare un nuovo modello di società sostenibile⁴⁷.

Decisamente meno esplorate, sia nei documenti ufficiali che nel dibattito scientifico, sono le strategie di regolazione che dovrebbero ga-

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION, *The European Green Deal*, COM(2019)640, 11.12.2019; ID., *Shaping Europe's Digital Future*, COM(2020)67, 19.02.2020; ID., *Twinning the Green and Digital Transitions in the New Geopolitical Context – 2022 Strategic Foresight Report*, COM(2022)289, 29.06.2022; ID., *Digitalising the Energy System – EU Action Plan*, COM(2022)552, 18.10.2022; S. MUENCH et al., *Towards a Green & Digital Future: Key Requirements for Successful Twin Transitions in the European Union*, JRC Science for Policy Report, Luxembourg, 2022.

⁴⁵ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Digitalization and Energy*, Paris, 2017; ID., *Unlocking Smart Grid Opportunities in Emerging Markets and Developing Economies*, Paris, 2023; INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, *Turning Digital Technology into Climate Action*, Geneva, 2019; STATE GRID CORPORATION OF CHINA, IRENA, *Smart Electrification with Renewables: Driving the Transformation of Energy Services*, Abu Dhabi, 2022.

⁴⁶ D. ROLNICK et al., *Tackling Climate Change with Machine Learning*, in 55(2) *ACM Computing Surveys* Article 42 (2022); L. CHEN et al., *Artificial Intelligent-Based Solutions for Climate Change: A Review*, in 21 *Env. Chemistry Letters* 2525 (2023).

⁴⁷ L. FLORIDI, *Il verde e il blu: idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020; L. FLORIDI, J. NÖLLER (a cura di), *The Green and the Blue: Digital Politics in Philosophical Discussion*, Baden-Baden, 2022; L. FLORIDI, *The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities*, Oxford, 2023, 201 ss.

rantire le auspicate sinergie. In una prospettiva di lungo termine, digitalizzazione e decarbonizzazione non procedono necessariamente con la stessa velocità. Questo significa che la digitalizzazione potrebbe avere un impatto climatico superiore agli ipotetici benefici⁴⁸. In termini più generali, la digitalizzazione segue traiettorie non lineari e variabili da una regione all'altra. A un incremento iniziale delle emissioni, dovuto al consumo energetico delle infrastrutture e dei terminali, potrebbe seguire una riduzione grazie ai vantaggi offerti dalle nuove applicazioni. Ma si tratta di un esito tutt'altro che scontato. In alcuni scenari, le emissioni del settore ICT, all'inizio degli anni 2020 attestate intorno al 4% delle emissioni globali di CO₂, potrebbero superare il 20% entro la metà del secolo⁴⁹.

Le strategie di regolazione per il gemellaggio delle due transizioni dovrebbero da un lato assicurare l'adozione delle tecnologie digitali nel settore energetico e negli altri settori, dall'altro evitare che il settore ICT abbia un impatto ambientale e climatico insostenibile. Quanto al primo aspetto, tre ambiti richiedono particolare attenzione: gli incentivi all'innovazione digitale, gli standard per l'interoperabilità delle tecnologie digitali, i sistemi di governance per la condivisione di dati personali e non personali. Quanto al secondo aspetto, la regolazione dovrebbe cercare di contenere sia l'impatto ambientale diretto della digitalizzazione che i molteplici effetti indiretti, o 'di rimbalzo', collegati all'utilizzazione delle tecnologie digitali.

⁴⁸ Cfr. R. FOUQUET, R. HIPPE, *Twin Transitions of Decarbonisation and Digitalisation: A Historical Perspective on Energy and Information in European Economies*, in 91 *Energy Res. & Soc. Sci.* 102736 (2022); F. CREUTZIG et al., *Digitalization and the Anthropocene*, in 47 *Ann. Rev. Env. Res.* 479 (2022).

⁴⁹ C. FREITAG et al., *The Real Climate and Transformative Impact of ICT: A Critique of Estimates, Trends, and Regulations*, in 2(9) *Patters* 100340 (2021); N. BERGMAN, T.J. FOXON, *Drivers and Effects of Digitalization on Energy Demand in Low-Carbon Scenarios*, in 23(3) *Climate Policy* 329 (2023); L. CHARFEDDINE, M. UMLAI, *ICT Sector, Digitization and Environmental Sustainability: A Systematic Review of the Literature from 2000 to 2022*, in 184 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 113482 (2023); J.C.T. BIESER et al., *A Review of Assessments of the Greenhouse Gas Footprint and Abatement Potential of Information and Communication Technology*, in 99 *Environmental Impact Assessment Review* 107033(2023).

Partendo dagli incentivi all'innovazione digitale, occorre riconoscere che, in assenza di interventi regolatori, sia le imprese che gli utenti finali potrebbero non effettuare gli investimenti necessari. Benché i benefici attesi dalle tecnologie digitali siano elevati, costi di adattamento e barriere cognitive potrebbero impedirne o ritardarne la diffusione su larga scala. Nel caso del settore energetico, occorre anche considerare che la digitalizzazione delle infrastrutture di rete presuppone la possibilità di recuperare i costi degli investimenti attraverso le tariffe regolate per il trasporto dell'elettricità e del gas naturale. Tradizionalmente, l'obiettivo della regolazione di settore è il contenimento dei costi. Il meccanismo del price cap, ampiamente adottato in Europa e in altri continenti, cerca di incentivare miglioramenti nella gestione delle reti e, allo stesso tempo, riconosce un margine ragionevole di profitto. La digitalizzazione richiede consistenti investimenti, ma la regolazione tradizionale non garantisce alle imprese la possibilità di recuperarli nel tempo⁵⁰. Occorrono specifici incentivi, tariffari o di altro genere, per promuovere le innovazioni che abbiano effetti a lungo termine. Un problema aggiuntivo è la strategia commerciale delle società energetiche. Se la digitalizzazione comporta la perdita di porzioni di mercato a vantaggio di nuovi fornitori di servizi, o una significativa dipendenza da fornitori di tecnologie e piattaforme digitali, le innovazioni saranno semplicemente rifiutate o adottate in modo selettivo⁵¹. Nel tentativo di uniformare le soluzioni regolatorie, il regolamento sulla riforma del mercato elettrico modifica l'art. 18 Reg. 2019/943 stabilendo che specifici incentivi all'innovazione devono essere inclusi nelle tariffe di rete. Gli Stati membri possono introdurre sia 'investimenti anticipatori', diretti cioè a ottenere benefici nel lungo termine, sia obiettivi di perfor-

⁵⁰ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Electricity Grids and Secure Energy Transitions*, Paris, 2023.

⁵¹ Cfr. I. NIET et al., *Governing AI in Electricity Systems: Reflections on the EU Artificial Intelligence Bill*, in 4 *Frontiers in Artificial Intelligence* 690237 (2021); I. NIET et al., *Societal Impacts of AI Integration in the EU Electricity Market: The Dutch Case*, in 192 *Tech. Forecasting & Soc. Change* 122554 (2023); Y. ZHENG et al., *Proceeding with Caution: Drivers and Obstacles to Electric Utility Adoption of Smart Grids in the United States*, in 93 *Energy Res. & Soc. Sci.* 102839 (2022).

mance per i gestori di rete. La Commissione emanerà linee guida sull'approvazione degli investimenti anticipatori⁵². Un rischio da non sottovalutare è che i regolatori non dispongano di informazioni sufficienti per stabilire quali investimenti in innovazione siano realmente in grado di generare benefici significativi per gli utenti.

Quanto agli standard per l'interoperabilità, il problema principale è che la digitalizzazione moltiplica il numero di possibili interazioni tra infrastrutture, terminali e utenti. Queste interazioni hanno tutte a che fare con la raccolta, l'analisi e lo scambio di dati⁵³. La condizione necessaria per le interazioni è la compatibilità dei protocolli di comunicazione. Gli standard pubblici o privati dovrebbero garantire tale compatibilità. Tuttavia, vari fattori potrebbero ostacolare la diffusione degli standard. Per alcune imprese, non adottare uno standard di interoperabilità significa conservare una posizione di mercato più vantaggiosa. È possibile, inoltre, che la varietà di interessi coinvolti non trovi un'adeguata composizione negli enti di standardizzazione. In particolare, il settore dell'energia e il settore dell'ICT non sono necessariamente allineati sulle politiche per l'interoperabilità. Infine, in ambito europeo occorre anche considerare la possibilità che gli Stati membri facciano scelte divergenti in materia di interoperabilità.

Sia pur in modo graduale, le istituzioni europee hanno iniziato a creare le condizioni per l'interoperabilità. Occorre distinguere due aspetti: l'interoperabilità tecnica e l'interoperabilità semantica. La prima riguarda i requisiti tecnici per la connessione di sensori e terminali alle infrastrutture, lo scambio di messaggi fra infrastrutture (per esem-

⁵² Cfr. il testo dell'accordo interistituzionale in COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council to improve the Union's electricity market design – Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, 16964/23, 19 dicembre 2023. V., inoltre, EUROPEAN COMMISSION, *Grids, the Missing Link – An EU Action Plan for Grids*, COM(2023)757, 28.11.2023.

⁵³ Cfr. J. MONTERO, M. FINGER, *Digitalizing Infrastructure: Active Management for Smarter Networks*, in J. MONTERO, M. FINGER (a cura di), *A Modern Guide to the Digitalization of Infrastructure*, Cheltenham, 2021, 1-42; N. ROSSETTO, V. REIF, *Digitalization of the Electricity Infrastructure: A Key Enabler for the Decarbonization and Decentralization of the Power Sector*, in J. MONTERO, M. FINGER (a cura di), *op. cit.*, 217-265.

pio, due reti elettriche di trasmissione o di distribuzione), nonché l'interoperabilità sintattica, che consente ai diversi sistemi di riconoscere i tipi di messaggi. L'interoperabilità semantica richiede invece la standardizzazione delle informazioni per consentirne la comunicazione agli utenti o ad altri soggetti (per esempio fornitori di servizi di aggregazione della domanda elettrica o di efficienza energetica)⁵⁴. In una prima fase, la legislazione europea nel settore dell'energia ha adottato un significato molto limitato di interoperabilità, circoscritto all'obiettivo di garantire la concorrenza tra fornitori di servizi legati ai contatori intelligenti. Il risultato è stata una notevole frammentazione dei formati per lo scambio di dati lungo la filiera energetica⁵⁵. Una svolta significativa è avvenuta con i nuovi requisiti di interoperabilità per il settore elettrico richiesti dall'art. 24 Dir. 2019/944. Benché sia ancora lasciato spazio alle scelte degli Stati membri, alla Commissione sono conferiti poteri di armonizzazione in materia di requisiti di interoperabilità e di accesso ai dati nel settore dell'energia. Con il primo regolamento di attuazione (2023/1162), relativo ai dati di consumo e misura, la Commissione ha introdotto un modello di riferimento unico per l'interoperabilità semantica. Deviazioni da tale modello devono essere comunicate. Agli Stati membri è lasciata la possibilità di gestire l'interoperabilità tecnica⁵⁶. La Commissione ha anche finanziato la costituzione dell'*Interoperability Network for the Energy Transition*, una comunità inter-

⁵⁴ Cfr. INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION, *Semantic Interoperability: Challenges in the Digital Transformation Age*, White Paper, 2019; J. SCHÜTZ et al., *A Case Study Research on Interoperability Improvement in Smart Grids: State-of-the-Art and Further Opportunities*, in *Open Research Europe* 1:33 (2021); V. REIF, L. MEEUS, *Smart Metering Interoperability Issues and Solutions: Taking Inspiration from Other Ecosystems and Sectors*, in *76 Utilities Policy* 101360 (2022).

⁵⁵ G. KÜPPER et al., *Format and Procedures for Electricity (and Gas) Data Access and Exchange in Member States*, Asset Final Report, marzo 2018.

⁵⁶ Sui contenuti del Reg. 2023/1162 cfr. il lavoro preparatorio della SMART GRID TASK FORCE, *Accompanying Report to the EGI Advice on the Implementing Acts on Data Access and Interoperability – Metering and Consumption Data*, marzo 2022.

settoriale con l'obiettivo di supportare il coordinamento orizzontale nell'ecosistema europeo dell'interoperabilità⁵⁷.

Altri interventi legislativi segnalano che una più ampia convergenza verso standard uniformi di interoperabilità potrebbe essere realizzata nei prossimi anni: l'art. 14 della proposta di revisione della Direttiva sulle prestazioni energetiche degli edifici delega la Commissione a stabilire i requisiti di interoperabilità dei sistemi di gestione dei dati relativi agli edifici⁵⁸; l'art. 20 Reg. 2023/1804 sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi delega la Commissione ad adottare requisiti tecnici per lo scambio automatizzato e uniforme di dati tra gestori dei punti di ricarica e di rifornimento accessibili al pubblico e utenti; l'art. 33 Reg. 2023/2854 (*Data Act*) stabilisce i requisiti di interoperabilità per gli spazi europei comuni di dati (v. infra); la proposta per l'*Interoperable Europe Act* trasforma le linee guida non vincolanti dell'*European Interoperability Framework* in un punto di riferimento unico per tutte le pubbliche amministrazioni⁵⁹. Benché sia immediatamente rilevante solo per il settore pubblico, il nuovo quadro di riferimento copre tutte le dimensioni dell'interoperabilità e potrebbe aprire la strada a una più ampia armonizzazione.

I processi di standardizzazione per l'interoperabilità devono anche essere supportati da un adeguato quadro normativo per la gestione della proprietà intellettuale. La digitalizzazione su larga scala richiede la negoziazione di licenze brevettuali per un numero significativo di tecnologie. I titolari di *standard essential patents* (SEP), cioè brevetti relativi a tecnologie necessarie per l'applicazione di uno standard, dovrebbero

⁵⁷ INT:NET, *Interim Report on the Status of the Interoperability Network for the Energy Transition*, 25.10.2023, disponibile su <https://intnet.eu/>; V. REIF et al., *Towards an Interoperability Roadmap for the Energy Transition*, in 140 *Elektrotech. Inftech.* 478 (2023).

⁵⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for Directive of the European Parliament and the Council on the energy performance of buildings (recast) – Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, 16665/23, 14.12.2023.

⁵⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation laying down measures for a high level of public sector interoperability across the Union*, COM(2022)720, 18.11.2022. Cfr. il contributo di S. RACIOPPI, *L'interoperabilità tra le banche dati della pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive*, in questo volume.

applicare condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND). Sia in Europa che altrove, la negoziazione dei SEP è stata spesso oggetto di accese controversie. Quattro diversi problemi possono verificarsi: i titolari di SEP cercano di ottenere remunerazioni più elevate facendo leva sull'indispensabilità della tecnologia (problema di *hold up*); i titolari di SEP cercano di ottenere una remunerazione per centinaia o migliaia di licenze, costringendo gli utilizzatori ad affrontare un onere finanziario eccessivo (problema di *royalty stacking*); i titolari di SEP sfruttano la loro influenza negli enti di standardizzazione per favorire l'adozione di standard che richiedono l'utilizzazione di specifiche tecnologie, in modo da trarne vantaggio nella fase successiva di applicazione (problema di *patent ambush*); gli utilizzatori di SEP utilizzano vari mezzi di pressione per costringere i titolari di SEP a ridurre il costo delle licenze (problema di *hold out*).

È tuttora controverso quale di questi quattro problemi sia realmente rilevante e come gli interessi dei titolari e degli utilizzatori di SEP debbano essere bilanciati. Occorre, però, riconoscere che le tecnologie digitali necessarie per la decarbonizzazione dovrebbero essere rese disponibili a prezzi equi. Solo in questo modo un reale gemellaggio diventa possibile. In questa direzione si muove la proposta di Regolamento sui SEP⁶⁰. Il tentativo è di creare un processo di negoziazione che riduca i quattro problemi menzionati. Le misure proposte sono di tipo procedurale: primo, si istituisce un registro europeo dei SEP presso EUIPO che conterrà informazioni relative alle condizioni per le licenze agli impegni FRAND; secondo, è previsto un controllo non vincolante sull'essenzialità di alcuni SEP; terzo, i prezzi massimi per le licenze devono essere comunicati dai titolari o stabiliti da un conciliatore con una raccomandazione non vincolante; quarto, diventa obbligatorio ricorrere a una procedura alternativa di risoluzione delle controversie per la determinazione delle condizioni FRAND prima di adire i giudici competenti;

⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation on Standard Essential Patents*, COM(2023)232, 27.04.2023. Un aggiornamento del processo legislativo in P.G. PICHT, *The Draft EU SEP Regulation: Status and Issues*, Working Paper Rechtswissenschaftliches Institut, Università di Zurigo, novembre 2023, disponibile su www.ssrn.com.

quinto, la Commissione potrà emanare linee guida per indicare quali strategie commerciali per le licenze SEP siano da considerarsi legali in ciascun settore. Queste proposte sono state criticate perché non sarebbero in grado né di ridurre il contenzioso né di garantire un livello di remunerazione dei brevetti che favorisca l'innovazione⁶¹. Credo, invece, che la proposta di regolamento SEP sia un primo passo per affrontare in modo sistematico uno degli snodi più problematici delle due transizioni, cioè la complementarità fra sistemi di standardizzazione per l'interoperabilità e la protezione della proprietà intellettuale.

Consideriamo ora la governance dei dati. Fino a qualche anno fa, questo aspetto è stato considerato esclusivamente sotto il profilo della protezione dei dati personali. La più recente legislazione europea in materia di energia si occupa ancora di questo profilo (art. 23 Dir. 2019/944), ma lo collega al tema più ampio degli spazi comuni di dati che dovrebbero garantire i flussi di informazioni necessari per la digitalizzazione su larga scala. Inizialmente proposti nel 2020, gli spazi comuni di dati sono definiti come ambiti settoriali nei quali un'architettura digitale condivisa consente di stabilire le regole per l'accesso e lo scambio di dati. In questa visione, la massima interoperabilità degli spazi comuni dovrebbe essere garantita sia fra settori che fra livello europeo e nazionale⁶². Il *Data Governance Act* (Reg. 2022/868) e il *Data Act* (Reg.

⁶¹ Cfr. I. NIKOLIC, *Some Practical and Competition Concerns with the Proposed Regulation on Standard Essential Patents*, 4iP Council, luglio 2023; J.A. BARON, *The Commission's Draft SEP Regulation – Focus on Proposed Mechanisms for the Determination of 'reasonable aggregate royalties'*, 4iP Council, agosto 2023; G. COLANGELO, *FRAND Determinations under the EU SEP Proposal: Discarding the Huawei Framework*, ICLE Issue Brief, 23.11.2023, disponibile su www.ssrn.com. La proposta della Commissione allarga il divario fra l'approccio statunitense ai SEP (meno favorevole a interventi nel processo di negoziazione) e l'approccio europeo: cfr. K. MALLINSON, *Discovering or Setting Aggregate Royalties and FRAND Rates for SEP Portfolios?*, in corso di pubblicazione in 19(1) *J.L. Econ. & Policy* (2024).

⁶² EUROPEAN COMMISSION, *A European Strategy for Data*, COM(2020)66, 19.02.2020; ID., *Common European Data Spaces*, SWD(2022) 45, 23.02.2022; V. BERKHOUT et al., *Energy Data Space*, in B. OTTO et al. (a cura di), *Designing Data Spaces: The Ecosystem Approach to Competitive Advantage*, Cham, 2022, 329;

2023/2854) hanno creato i presupposti legislativi per l'attuazione della strategia. Nel settore dell'energia, numerosi progetti stanno contribuendo alla definizione delle caratteristiche e della governance dello spazio comune⁶³. L'armonizzazione degli standard dovrebbe garantire l'interoperabilità, contribuendo quindi alla digitalizzazione del settore energetico. Rimangono, peraltro, tensioni irrisolte, che richiederanno verifiche attente delle possibili soluzioni nei prossimi anni. Uno dei nodi principali è il bilanciamento fra condivisione dei dati per offrire servizi e adeguata remunerazione per i titolari dei dati. Nel caso della transizione ecologica, la condivisione dei dati attraverso gli spazi comuni è necessaria per garantire l'integrazione delle infrastrutture e dei servizi energetici, nonché il più ampio sfruttamento delle cosiddette risorse energetiche distribuite (e cioè gli impianti alimentati da fonti rinnovabili di piccola taglia, i sistemi di stoccaggio dell'energia e la gestione della domanda di servizi energetici). Per il momento, la strategia europea si basa su consistenti investimenti pubblici diretti alla creazione delle infrastrutture digitali e su incentivi economici che favoriscano scambi volontari di dati. Significative riserve sono state espresse sulla capacità della legislazione orizzontale di assicurare la più ampia condivisione dei dati, nonché di favorire l'affermazione di modelli non lucrativi (altruistici o mutualistici) per i servizi di intermediazione dei dati⁶⁴. Soluzioni più efficaci dovranno essere trovate attraverso interventi regolatori specificamente rivolti al settore dell'energia, nonché agli altri aspetti della legislazione climatica collegati alla creazione di un *Green Deal data space*.

M. GOURIET et al., *The Energy Data Space: The Path to a European Approach for Energy*, *ibid.*, 535.

⁶³ EUROPEAN COMMISSION, *Digitalising the Energy System*, cit., 2-6; ID., SWD(2022) 341, 18.10.2022, 12-26; ETIP SNET, *Energy Data Space*, Policy Paper, novembre 2023.

⁶⁴ G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 971; W. KERBER, *Governance of IoT Data: Why the EU Data Act Will Not Fulfill its Objectives*, in 72(2) *GRUR Int.* 120 (2023); T. MARGONI et al., *Data Property, Data Governance and Common European Data Spaces*, Working Paper maggio 2023, disponibile su www.ssrn.com.

Infine, l'impatto ambientale del settore ICT. La digitalizzazione su larga scala di tutti i settori significa una crescita esponenziale della domanda di tecnologie e servizi. Infrastrutture, software e terminali che soddisfino tale domanda avranno effetti ambientali diretti e indiretti. I primi si riferiscono all'intero ciclo di vita della componente materiale necessaria per la digitalizzazione: estrazione di materie prime, produzione di reti, centri di elaborazione e archiviazione di dati e di terminali, risorse energetiche e idriche richieste per lo sviluppo di modelli di intelligenza artificiale e per il funzionamento delle tecnologie, gestione dei rifiuti elettronici. La sostenibilità del settore ICT è stata inizialmente messa in discussione all'esterno delle scienze informatiche⁶⁵. Gradualmente, informazioni più dettagliate sono emerse sulle varie componenti dell'ecosistema digitale. Alcuni esempi: le risorse idriche globali richieste per il raffreddamento dei grandi centri di dati potrebbero raggiungere nel 2027 una quantità equivalente alla metà della domanda idrica del Regno Unito⁶⁶; in 26 paesi europei, entro il 2030 le risorse idriche destinate ai centri di dati potrebbero superare la domanda di acqua potabile⁶⁷; il volume degli scambi relativi alle cripto-valute è 200 volte inferiore al volume delle operazioni finanziarie tradizionali, ma l'impatto climatico e idrico delle prime è superiore di oltre il 100%⁶⁸; sviluppare, addestrare e utilizzare sistemi di I.A. con miliardi di parametri e capaci di svolgere una molteplicità di funzioni potrebbe generare emissioni di CO₂ superiori a quelle del trasporto terrestre e aereo⁶⁹;

⁶⁵ Cfr. K. CRAWFORD, *The Atlas of AI*, New Haven, 2021, 23-51 (impatto delle attività estrattive); B. BREVINI, *Is AI Good for the Planet?*, Cambridge-Medford (MA), 2022 (impronta ambientale dell'I.A.).

⁶⁶ P. LI et al., *Making AI Less 'Thirsty': Uncovering and Addressing the Secret Water Footprint of AI Models*, in *ArXiv* 29.10.2023.

⁶⁷ J. FARFAN, A. LOHRMANN, *Gone with the Clouds: Estimating the Electricity and Water Footprint of Digital Data Services in Europe*, in 290 *Energy Conversion and Mgmt.* 117225 (2023).

⁶⁸ M.A.B. SIDDIK et al., *The Water and Carbon Footprint of Cryptocurrencies and Conventional Currencies*, in 411 *J. Cleaner Prod.* 137268 (2023).

⁶⁹ R. COUILLET et al., *The Submerged Part of the AI-Ceberg*, in 39(5) *IEEE Signal Processing Magazine* 10 (2022); J. COWLS et al., *The AI Gambit: Leveraging Artificial Intelligence to Combat Climate Change – Opportunities, Challenges, and Recommen-*

meno del 20% dei rifiuti elettronici è riciclato correttamente a livello globale⁷⁰; nell'UE, l'obiettivo di riciclaggio del 65% fissato dalla Dir. 2012/19 è stato raggiunto solo da pochi Stati membri⁷¹.

Una possibile risposta è di tipo tecnologico: occorre investire nel miglioramento dell'efficienza delle infrastrutture digitali e ridurre le emissioni attraverso le fonti rinnovabili. Il limite di questa risposta è che non tiene conto dei molteplici effetti indiretti del settore ICT. Gli effetti di rimbalzo implicano un aumento nell'utilizzazione delle tecnologie, che potrebbe non essere compensato da un miglioramento dell'efficienza energetica⁷². Gli effetti di induzione provocano consumi energetici aggiuntivi grazie alla possibilità di svolgere attività in precedenza non accessibili⁷³. Esiste, quindi, il rischio concreto che nessuna soluzione tecnologica sia in grado di bilanciare l'impatto ambientale generato dalla crescita esponenziale della domanda di servizi digitali.

Soluzioni più radicali potrebbero essere necessarie. In particolare, la risposta più adeguata potrebbero essere politiche di 'sufficienza digitale' o di 'sobrietà digitale', dirette cioè a ridurre la produzione di hardware e software, nonché il consumo finale di servizi digitali. Inoltre, queste politiche dovrebbero scoraggiare modelli economici (per esempio, nel settore delle piattaforme digitali) che presuppongano consumi di risorse insostenibili⁷⁴. Com'è ovvio, interventi più radicali incontrano

dations, in 38 *AI & Society* 283 (2023); A. DE VRIES, *The Growing Energy Footprint of Artificial Intelligence*, in 7 *Joule* 2191 (2023).

⁷⁰ C.P. BALDÉ et al., *Global Transboundary E-waste Flows Monitor - 2022*, United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), Bonn, 2022.

⁷¹ EUROSTAT, *Waste Statistics – Electrical and Electronic Equipment*, ottobre 2023.

⁷² S. LANGE et al., *Digitalization and Energy Consumption. Does ICT Reduce Energy Demand?*, in 176 *Ecological Economics* 106760 (2020).

⁷³ S. LANGE et al., *The Induction Effect: Why the Rebound Effect is Only Half the Story of Technology's Failure to Achieve Sustainability*, in 4 *Frontiers in Sustainability* 1178089 (2023).

⁷⁴ T. SANTARIUS et al., *Digital Sufficiency: Conceptual Considerations for ICTs on a Finite Planet*, in 78 *Annals of Telecommunications* 277 (2023). Su alcuni possibili scenari di sobrietà digitale cfr. ADEME, ARCEP, *Evaluation de l'Impact Environnemental du Numérique en France et Analyse Prospective: Analyse Prospective à 2030 et 2050*, 2022.

resistenze maggiori. Ma è il caso di domandarsi se interventi graduali consolidino la tendenza a investire in infrastrutture digitali insostenibili che non potranno essere sostituite nel breve periodo⁷⁵. Gli approcci di sufficienza digitale sono collegati a un dibattito più ampio sulla possibilità di utilizzare le teorie della decrescita o della non-crescita come alternativa al paradigma dominante della crescita verde⁷⁶. Alcuni giuristi possono decidere di supportare le teorie alternative⁷⁷. Ma mi sembra preferibile partire da un'analisi che identifichi le condizioni istituzionali per soluzioni radicali. Come osservato nel paragrafo precedente, includere teorie minoritarie può essere uno dei ruoli assunti dei giuristi nel dibattito sulle transizioni.

Le istituzioni europee e internazionali non hanno ignorato l'impatto ambientale del settore ICT⁷⁸. Tuttavia, le soluzioni proposte tendono a favorire miglioramenti graduali e sono ben lontane dall'approccio più radicale richiesto dalla sufficienza digitale. Per esempio, gli investimenti nell'efficienza energetica dei centri di dati europei sono stati ini-

⁷⁵ S. ROBBINS, A. VAN WYNSBERGHE, *Our New Artificial Intelligence Infrastructure: Becoming Locked into an Unsustainable Future*, in 14 *Sustainability* 4829 (2022).

⁷⁶ R. FOUQUET (a cura di), *Handbook on Green Growth*, Cheltenham, 2019; M. JAKOB et al., *Understanding Different Perspectives on Economic Growth and Climate Policy*, in 11 *WIREs Climate Change* e677 (2020); J. HICKEL et al., *Degrowth Can Work – Here's How Science Can Help*, in 612 *Nature* 400 (2022); S. LANGE, *Economics of Digital Decoupling: A Pluralistic Analysis*, in 19(1) *Eur. J. Econ. and Econ. Policies* 138 (2022); N. FITZPATRICK et al., *Exploring Degrowth Policy Proposals: A Systematic Mapping with Thematic Synthesis*, in 365 *J. Cleaner Prod.* 132764 (2023).

⁷⁷ Cfr. R. MAUGER, *Finding a Needle in a Haystack? Identifying Degrowth-Compatible Provisions in EU Energy Law for a Just Transition to Net-Zero by 2050*, in 41(2) *J. Energy & Nat. Res. L.* 175 (2023).

⁷⁸ I. KINDYLIDI, T.S. CABRAL, *Sustainability of AI: The Case of Provision of Information to Consumers*, in 13 *Sustainability* 12064; N. PERUCICA, K. ANDJELKOVIC, *Is the Future of AI Sustainable? A Case Study of the European Union*, in 16(3) *Transforming Government: People, Process and Policy* 347 (2022); EUROPEAN COMMISSION, *Digitalising the Energy System*, cit., 13-16; OECD, *Measuring the Environmental Impacts of Artificial Intelligence Compute and Applications: The AI Footprint*, OECD Digital Economy Papers no. 341, novembre 2022; INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, WORLD BENCHMARKING ALLIANCE, *Greening Digital Companies 2023: Monitoring Emissions and Climate Commitments*, Geneva e Amsterdam, 2023.

zialmente promossi con un codice di condotta volontario. Successivamente, le associazioni di settore hanno sottoscritto il *Climate Neutral Data Center Pact*, con specifici obiettivi climatici e controlli esterni indipendenti. Nuovi obblighi di trasparenza per i grandi centri di dati sono stati introdotti dall'art. 12 e Allegato VII Dir. 2023/1791. La Commissione è stata delegata ad adottare uno schema europeo per indicatori di sostenibilità e di performance (art. 33(3) Dir. 2023/1791). Obblighi di trasparenza e indicatori di sostenibilità sono previsti anche per le crypto-attività disciplinate dal Reg. 2023/1114. Per i sistemi di I.A. ad alto rischio e i sistemi di I.A. multi-funzione ad alto impatto e con rischi sistemici, gli obblighi di trasparenza sono rafforzati con specifici requisiti di sostenibilità, destinati nel prossimo futuro a essere armonizzati a livello europeo (art. 4a(1)(f), 28b(2)(d), 82(1)(h) A.I. Act)⁷⁹. Sul versante del consumo finale, il nuovo Regolamento sulla progettazione ecocompatibile di prodotti sostenibili dovrebbe garantire l'applicazione ai prodotti elettronici di standard su efficienza, durabilità, riutilizzabilità e sull'impronta di carbonio e ambientale⁸⁰. Nessuno di questi interventi sembra in grado di favorire un'immediata transizione verso la sufficienza digitale.

⁷⁹ I requisiti di sostenibilità non erano previsti nella proposta iniziale della Commissione e sono stati inseriti dal Parlamento europeo. Ritiene queste misure insufficienti a garantire la sostenibilità dei sistemi di I.A. P. HACKER, *Sustainable AI Regulation*, Working Paper 08.09.2023, disponibile su www.ssrn.com. Cfr. anche U. PAGALLO et al., *The Environmental Challenges of AI in EU Law: Lessons Learned from the Artificial Intelligence Act (AIA) with its Drawbacks*, in 16(3) *Transforming Government: People, Process and Policy* 359 (2022); R. LIMONGELLI, *Navigating the AI Paradox: Tackling Energy Poverty and Reducing Environmental Impact Through Sustainable Artificial Intelligence Development*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 10.07.2023.

⁸⁰ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Regulation establishing a framework for setting ecodesign requirements for sustainable products*, draft compromise package, 5147/24, 9 gennaio 2024. Questo nuovo intervento dovrebbe estendere all'intero settore ICT la logica dell'economia circolare. Occorre, però, riconoscere l'elevato grado di incertezza che circonda l'attuazione di queste politiche: cfr. H. LEHMANN et al. (a cura di), *The Impossibilities of the Circular Economy: Separating Aspirations from Reality*, London e New York, NY, 2023. Sui limiti della legislazione precedente cfr. M. GONZALEZ-TORRES et al., *Review of EU Product Energy Efficiency Policies: What Have We Achieved in 40 Years?*, in 421 *J. Cleaner Prod.* 138442 (2023).

È un peccato che il convegno non abbia dedicato attenzione ai rapporti fra le due transizioni. I quattro ambiti discussi in questo paragrafo confermano le osservazioni metodologiche già proposte: sinergie e conflitti fra le due transizioni vanno analizzate sia in una prospettiva multidisciplinare (in questo caso, le discipline coinvolte sono diritto dell'energia, diritto europeo, diritto della proprietà intellettuale, protezione dei dati, diritto ambientale, diritto dei consumatori) che interdisciplinare (in questo caso, con riferimento a economia della regolazione e della standardizzazione, nonché architettura dei sistemi informatici).

5. Transizioni e comparazione

I comparatisti si interrogano da tempo sulle scelte metodologiche richieste dalle transizioni⁸¹. Anche alcuni contributi in questo volume uti-

⁸¹ Cfr., per es., M. MEHLING, *The Comparative Law of Climate Change: A Research Agenda*, in 24(3) *Rev. Eur. Comm. & Int. Env. L.* 341 (2015); E. SCOTFORD, S. MINAS, *Probing the Hidden Depths of Climate Law: Analysing National Climate Change Legislation*, in 28(1) *Rev. Eur. Comm. & Int. Env. L.* 67 (2019); M. FERMEGLIA, *Comparative Law and Climate Change*, in F. FIORENTINI, M. INFANTINO (a cura di), *Mentoring Comparative Lawyers: Methods, Times, and Places*, Cham, 2020, 237; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 13; M. NICOLINI, *Methodological Rebellions: How to Do Global Comparative Law in a Time of Climate Change*, in 16 *J. Comp. L.* 487 (2021); S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022; R. MICHAELS, *Climate's Empire in Comparative Law*, in 28(1) *Tilburg L. Rev.* 1 (2023); S. LANNI, *Greening the Civil Codes: Comparative Private Law and Environmental Protection*, London-New York, 2023; P. VIOLA, *Dalla crisi socio-ecologica al cambiamento climatico antropogenico: profili comparatistici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2023; D. AMIRANTE, *Metodo comparativo, ambiente e dinamiche costituzionali*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 19; M. CARDUCCI, *La solitudine dei formanti di fronte alla natura e le difficoltà del costituzionalismo 'ecologico'*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 205; S. BAGNI, *Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessi sulla teoria dei formanti*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 153. Ugualmente rilevante è il settore contiguo del diritto ambientale comparato: cfr. E. LEES, J.E. VIÑUALES (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental*

lizzano un approccio comparatistico. Senza entrare in un'analisi dettagliata delle diverse prospettive, è possibile rilevare alcuni tratti comuni.

In primo luogo, comparazione e interdisciplinarietà tendono a procedere di pari passo. Il dialogo con le discipline non giuridiche serve a ricostruire la natura dei problemi e contribuisce alla comprensione del contesto istituzionale di ciascun ordinamento preso in considerazione. In secondo luogo, la comparazione dei processi di transizione tende a sottolineare la complessità dei contesti istituzionali e la varietà delle possibili risposte. In scritti precedenti, ho cercato di rappresentare questa complessità e varietà con il riferimento ai 'percorsi giuridici della decarbonizzazione'. Con questa espressione si possono identificare l'insieme delle istituzioni, degli strumenti giuridici e delle prassi interpretative disponibili in uno specifico ordinamento giuridico per perseguire gli obiettivi delle transizioni. Un aspetto cruciale è il collegamento fra i percorsi giuridici e i percorsi di decarbonizzazione identificati dalle scienze climatiche sulla base di fattori tecnologici ed economici. L'interazione fra i due percorsi determina l'esito delle transizioni⁸².

Tenere insieme la complessità dell'analisi interdisciplinare e la complessità della comparazione non è mai semplice. Per le ragioni esposte nei paragrafi precedenti, si tratta di una sfida inevitabile. Sul piano metodologico, due domande preliminari aiutano a impostare una ricerca che sia allo stesso tempo interdisciplinare e comparatistica.

La prima domanda riguarda la possibilità di utilizzare la comparazione non solo in chiave descrittiva, ma anche in chiave prescrittiva. In passato, la letteratura comparatistica si è divisa su questo aspetto⁸³. L'urgenza delle transizioni sembra averlo relegato in secondo piano. Chi si occupa di transizioni contribuisce a un dibattito nel quale l'obiettivo è il cambiamento. Anche il comparatista sembrerebbe obbligato a prendere posizione su quale cambiamento sia possibile e desiderabile.

Law, Oxford, 2019; J.E. VIÑUALES, *Comparing Environmental Law Systems*, in 73 *Int. Comp. L. Q.* 247 (2024).

⁸² G. BELLANTUONO, *Legal Pathways of Decarbonization in the EU: The Case of Coal Phase-Out*, in *Oil, Gas and Energy Law Intelligence* (2019); G. BELLANTUONO et al., *Introduction*, cit., 3-10.

⁸³ Cfr. M. SIEMS, *Comparative Law*, III ed., Cambridge, 2022, 26-29, 47 ss.

Uno dei rischi di questa lettura è l'accusa di tecnocrazia, cioè la trasformazione di risultati scientifici in precetti normativi⁸⁴. Questa obiezione è fondata: le scienze climatiche possono offrire ai decisori pubblici i dati necessari per identificare i problemi da affrontare, ma non sono in grado di selezionare le risposte regolatorie⁸⁵. Queste ultime richiedono valutazioni ulteriori, da compiere sulla base delle caratteristiche di ciascun contesto istituzionale.

In che modo la comparazione può contribuire a tali valutazioni? Escludo che sia possibile, sulla base dei soli dati offerti dalla comparazione, indicare una specifica soluzione regolatoria, in particolare se si tratta di imitare soluzioni adottate in altri ordinamenti. La comparazione dovrebbe, invece, integrare l'analisi multi- e interdisciplinare. Per riprendere uno dei temi discussi nel paragrafo precedente, la regolazione degli effetti di rimbalzo derivanti dalla digitalizzazione richiede sicuramente una pluralità di strumenti, più o meno prescrittivi: obblighi di informazione, strategie di persuasione basate sulle scienze cognitive, obblighi relativi all'uso di fonti rinnovabili, estensione al settore ICT degli obblighi relativi alle quote di emissioni, strumenti fiscali legati all'impronta ambientale, requisiti di sostenibilità già a partire dalla fase di progettazione delle tecnologie digitali. La comparazione può servire a:

- a) chiarire quale di questi strumenti sia realmente disponibile in ciascun ordinamento;
- b) identificare le modalità di funzionamento di ciascuno strumento sulla base degli effetti prodotti negli ordinamenti che li hanno adottati;
- c) valutare sinergie e conflitti fra i diversi strumenti nella prospettiva del *policy mix* (par. 2);
- d) identificare le caratteristiche che ciascuno strumento dovrebbe avere nell'ordinamento che intende adottarlo;
- e) valutare il significato che ciascuno strumento assume nella prospettiva dei rapporti fra diritto e tecnologia;

⁸⁴ Cfr. A. SOMMA, *op. cit.*, 282 ss.

⁸⁵ Cfr. S. JASANOFF, *Humility in the Anthropocene*, in 18(6) *Globalisations* 839, 847 s. (2021) ('scientific discourse, after centuries of trying to make itself objective, is especially ill suited to expressing the connectedness of the *ought* and the *is*').

- f) identificare i fattori istituzionali che in ciascun ordinamento determinano la prevalenza di specifici obiettivi per le transizioni o l'adesione ai presupposti teorici di determinate teorie delle transizioni;
- g) discutere le modalità per l'utilizzazione di concetti e dati empirici provenienti da discipline non giuridiche nella fase di selezione e di attuazione di ciascuno strumento regolatorio;
- h) identificare la necessità di riforme istituzionali che facilitino la valutazione delle informazioni di cui ai punti a)-g).

Nessuno di questi contributi presuppone che l'analisi comparatistica sia l'unica fonte di informazioni per il decisore pubblico alle prese con le transizioni. Altri fattori possono legittimamente essere presi in considerazione, in particolare perché difficili bilanciamenti fra diversi obiettivi sono sempre necessari. Nello stesso tempo, non c'è motivo di ritenere che l'analisi comparatistica debba fermarsi sulla soglia dei processi decisionali della regolazione. Se da un lato nessuna disciplina è in grado di dire ai decisori pubblici 'cosa funziona'⁸⁶, dall'altro ciascuna disciplina, compresa la comparazione giuridica, può aiutare a riconoscere le domande da porre.

La seconda domanda preliminare per una ricerca comparatistica e interdisciplinare sulle transizioni riguarda la prospettiva da cui guardare al dibattito sulla decolonizzazione. È evidente che, nel tentativo di interpretare i cambiamenti imposti dalle transizioni, una visione puramente occidentale è esplicitamente rifiutata. Gli studi sui rapporti fra diritto e natura, nonché più in generale le proposte sulle teorie ecologiche del diritto, già offrono indicazioni sulla pluralità di possibili interazioni con concetti e teorie non occidentali⁸⁷. Altrettanto interessante è il dibattito

⁸⁶ Mi riferisco ai limiti degli approcci *evidence-based*: cfr. N. COWEN, N. CARTWRIGHT, *Disagreement about Evidence-Based Policy*, in corso di pubblicazione in M. BAGHRAMIAN et al. (a cura di), *Routledge Handbook of the Philosophy of Disagreement*, disponibile su www.ssrn.com, 25.06.2022.

⁸⁷ Cfr. S. BAGNI, *op. cit.*; H. MUIR WATT, *The Law's Ultimate Frontier: Towards an Ecological Jurisprudence*, Oxford, 2023; R. MICHAELS, D. BONILLA MALDONADO (a cura di), *The Rights of Nature and Global Legal Pluralism*, ancora in corso di pubblicazione.

sui significati della giustizia climatica, energetica e planetaria⁸⁸. In termini più generali, la comparazione giuridica dovrebbe affrontare il significato da attribuire alla giustizia epistemica, intesa come prospettiva teorica che garantisce una più ampia possibilità di utilizzare nel processo decisionale pubblico forme di conoscenza finora lasciate ai margini⁸⁹. Da questo punto di vista, la prospettiva della decolonizzazione si riconnette alla prima domanda preliminare sulla dimensione prescrittiva della comparazione. Si tratta, cioè, di utilizzare la decolonizzazione di concetti e teorie per allargare lo spettro delle soluzioni accettabili. Con specifico riferimento alle due transizioni, la decolonizzazione dovrebbe servire a identificare la varietà di equilibri fra tecnologie verdi e tecnologie digitali compatibili con ciascuna visione del rapporto con la natura⁹⁰. Questa riflessione va condotta sia all'interno della tradizione giuridica occidentale che nei rapporti con le altre tradizioni giuridiche.

6. Conclusioni

Se si accetta l'idea che le transizioni rappresentino cambiamenti radicali mai sperimentati in precedenza, anche la ricerca e la formazione giuridica devono affrontare cambiamenti profondi. Qualsiasi raccomandazione metodologica in materia di transizioni non può che essere

⁸⁸ Cfr. G. BOMBAERTS et al. (a cura di), *Energy Justice Across Borders*, Cham, 2020; B.K. SOVACOOLO et al., *Pluralizing Energy Justice: Incorporating Feminist, Anti-Racist, Indigenous, and Postcolonial Perspectives*, in *97 Energy Res. & Soc. Sci.* 102996 (2023); F. SULTANA, *Whose Growth in Whose Planetary Boundaries? Decolonising Planetary Justice in the Anthropocene*, in *10 Geo: Geography and Environment* e00128 (2023).

⁸⁹ Cfr. B. GHOSH et al., *Decolonising Transitions in the Global South: Towards More Epistemic Diversity in Transitions Research*, in *41 Env. Innov. and Soc. Trans.* 106 (2021); H. DUCHNOVA, J. LEVENTON, *Epistemic Justice: How Can Diverse Forms of Knowledge Improve Policy Making?*, disponibile su <https://sshcentre.eu/>, maggio 2023.

⁹⁰ Con specifico riferimento alla decolonizzazione degli approcci educativi cfr. S. DOUBRI et al., *Transforming Education for the Just Transition*, in *100 Energy Res. & Soc. Sci.* 103090 (2023).

provvisoria e circoscritta allo specifico ambito da esplorare. Evidenziare alcuni punti di riferimento può servire a tracciare i possibili percorsi di ricerca. Riassumendo quanto detto fin qui:

- 1) Un significativo investimento nella ricerca multidisciplinare è necessario e può produrre risultati di grande rilievo sul piano dell'effettività degli strumenti di intervento.
- 2) La ricerca interdisciplinare deve puntare a rafforzare il dialogo bilaterale fra discipline giuridiche e non giuridiche. Acquisire una conoscenza approfondita delle teorie delle transizioni è un primo passo verso quel genere di dialogo.
- 3) Un'analisi critica delle sinergie e dei conflitti fra le due transizioni consente di collocare su basi più solide la riflessione sulle trasformazioni in atto e rappresenta un ulteriore contributo dei giuristi al dibattito sulle transizioni.
- 4) La comparazione giuridica permette da un lato di identificare la rilevanza delle differenze fra contesti istituzionali per le politiche sulle transizioni, dall'altro di garantire un adeguato riconoscimento a prospettive scientifiche non eurocentriche e non occidentali.

DIRITTO COMPARATO E TRANSIZIONI: UNA QUESTIONE (ANCHE) DI METODO?*

Elena Ioriatti

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Diritto comparato e nuove sfide*. 3. *Diritto comparato e transizioni. Una questione (anche) di metodo?* 4. *An Italian Theory of Comparative Law?* 5. *La teoria dei formanti*. 6. *La metodologia del diritto comparato a servizio delle transizioni: due esempi*. 6.1. *La transizione digitale. Primo esempio*. 6.2. *La transizione ecologica. Secondo esempio*.

1. Premessa

Questo saggio si pone nel solco dell'interessante contributo di Giuseppe Bellantuono¹, con l'intento di introdurre un ulteriore punto di visuale del rapporto tra diritto comparato e transizioni.

Da un lato, come correttamente osservato dal Collega "l'obiettivo di una riflessione metodologica sulle transizioni non può essere la ricerca dell'approccio migliore. I problemi e i contesti da analizzare non ammettono prospettive unificanti²". Dall'altro, la scienza giuridica comparatistica sta attraversando una fase che alcuni definiscono di crisi, altri di grande significato³.

* Alcuni contenuti del presente contributo riprendono in parte idee espresse in scritti precedenti e in particolare E. IORIATTI, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, in L. BIEL, H.J. KOCKAERT (a cura di), *Handbook of Terminology*, vol. 3, *Legal Terminology*, Amsterdam, 2023, 289-309. E. IORIATTI, *Rodolfo Sacco. A Hidden Observer*, in P.G. MONATERI (ed.), *Studi in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, 2024.

¹ G. BELLANTUONO, *Come studiare le transizioni?*, in questo volume, 827 ss.

² *Idem*, 828.

³ La letteratura recente è imponente: in considerazione della tematica trattata nel presente scritto, il ruolo della scienza giuridica comparatistica italiana, si rinvia a R. SCARCIGLIA, *Methods and Legal Comparison*, Cheltenham, 2023.

Per questa ragione, il presente scritto intende riflettere su quanto definirò “il crocevia nel quale le nuove sfide del giuridico – le transizioni, *in primis* – incontrano il diritto comparato”, con particolare attenzione alla metodologia di origine italiana.

Il saggio è strutturato come segue: un primo paragrafo darò conto di come il recente mutamento di paradigma culturale sul ruolo del giurista abbia inciso, tra i diversi aspetti, sulla scienza giuridica comparatistica. Lo scritto proseguirà con una riflessione sul diritto comparato e sul ruolo della metodologia italiana nello studio delle transizioni. L’ultima parte sarà dedicata all’applicazione di alcuni strumenti metodologici della comparazione a due profili delle transizioni, attinente al digitale il primo, all’ambiente il secondo.

2. *Diritto comparato e nuove sfide*

Nel 2006 Esin Örüçü, introducendo la voce “Methodology of Comparative law” della *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (prima edizione)⁴, rifletteva su una sorta di “consegna” implicita che i padri del Congresso di Parigi del 1900 avevano affidato ai comparatisti di tutto il mondo: il fatto che l’epicentro della comparazione, al di là delle definizioni di metodo, si sostanziasse nella misurazione delle comunanze latenti all’interno del fenomeno giuridico.

La nota studiosa, recentemente scomparsa, si chiedeva se a cent’anni dal Congresso di Parigi lo scopo della comparazione si fosse infine assestato principalmente sulla misurazione di similitudini tra istituti e sistemi, pur rientrando la valutazione delle differenze nel suo perimetro di analisi.

Se collocata nel contesto del periodo storico che corre tra gli anni Ottanta e il primo decennio del nuovo secolo, la riflessione di Örüçü appare meno *démodé* di quanto possa sembrare a prima vista. Era quella un’epoca nella quale le competenze dei comparatisti venivano forte-

⁴ E. ÖRÜCÜ, voce *Methodology of Comparative law*, in J. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 1st ed., Cheltenham, 2006.

mente impiegate nella redazione di principi comuni europei e nel sostenere l'azione di armonizzazione della Commissione UE. Una comparazione intesa quale arsenale di strumenti utili a fare emergere i punti di convergenza o, in generale, le similitudini tra i sistemi giuridici europei, aveva fortemente intriso il clima culturale della *Western Legal Tradition*.

L'obiettivo primario dell'Unione europea, il completamento del Mercato Interno, aveva così favorito il ritorno a una comparazione funzionale all'unificazione e rinverdito le sue stesse origini novecentesche di scienza che si proponeva di “trovare inizialmente le concordanze e poi di crearle”⁵. Indicativo di questo approccio è lo stesso “diritto privato europeo”, le cui origini non a caso si collocano negli anni Ottanta del secolo scorso⁶ e sfumano con la pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, frutto dello sforzo della dottrina comparatistica europea, ma mai entrato in vigore come strumento normativo o di *soft law*⁷. Con poche eccezioni⁸, questo tipo di analisi aveva inoltre rafforzato l'idea che il funzionalismo fosse, anche solo *de facto*, la principale metodologia di riferimento di una comparazione a servizio dell'unificazione.

Questo sguardo a ritroso in un recente passato, qui solamente tratteggiato, vuole mettere in evidenza un passaggio importante nella storia della comparazione: la recente evoluzione della dottrina comparatistica, un tempo caratterizzata da un pensiero compatto e strutturato, a un pa-

⁵ Così, letteralmente, R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2015, 7.

⁶ Origini comunemente ricondotte all'opera M. CAPPELLETTI (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze, 1978 e all'avvio della redazione dei *Principles of European Contract Law* (PECL), sotto la direzione scientifica di Ole Lando, nel 1982.

⁷ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2003.

⁸ Mi riferisco al progetto *The Common Core of European Private Law*, la cui metodologia di riferimento è il *factual approach* (riconducibile a Rudolph Schlesinger) e la *teoria dei formanti* di Rodolfo Sacco.

norama scientifico, soprattutto esterno all'Italia, interessato da diversità metodologica e teorica⁹.

È sotto gli occhi di tutti come il programma normativo e le scelte di policy dell'Unione europea, pur nella cornice dell'armonizzazione, abbiano via via interessato nuovi ambiti, quali le transizioni digitale ed ecologica. Questo cambiamento politico-normativo – unitamente ad altri fattori quale la globalizzazione, ma non di meno la pandemia, le migrazioni, la crescente conflittualità internazionale – ha gradualmente introdotto nel pensiero comune un nuovo paradigma culturale, nel quale il diritto non è ormai percepito e inteso solo quale cornice regolatoria della società, ma come strumento “di servizio”, dal quale lo stesso uomo della strada del ventunesimo secolo si attende soluzioni e forme di tutela.

Tutto ciò non poteva non trovare eco nel diritto comparato, la cui conformazione di matrice dottrinale – la sua “porosità”¹⁰ – è sensibile per sua stessa natura ai cambiamenti che influenzano il fenomeno giuridico, genericamente inteso. In modo del tutto naturale, la ricerca comparatistica non solo ha esplorato nuove strade – aprendosi al pluralismo metodologico¹¹ e all'interdisciplinarietà¹², prendendo coscienza delle ricadute extra-giuridiche dello studio comparato¹³ –, ma ha intrapreso un percorso che, inevitabilmente, condurrà i comparatisti a ridisegnare i confini della loro stessa disciplina¹⁴.

Jaakko Husa tratteggia il profilo di una comparazione diversa e nuova, una scienza ormai metodologicamente diversificata al suo interno

⁹ J. HUSA (ed.), *A Research Agenda for Comparative Law*, Cheltenham, 2024.

¹⁰ V. GROSSWALD CURRAN, *Porosités du droit/Law's porosities* (Tome 45) Paperback – January 26, ed. Societé de Législation Comparé, 2021.

¹¹ Recentemente B. FEKETE, *Paradigms in Modern European Comparative Law. A History*, Oxford, 2021.

¹² J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Cheltenham-Northampton, 2022.

¹³ In merito, ad esempio, al valore etico e delle ricadute politiche dell'attività di comparazione, cfr. G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Elgar Studies in Legal Theory, 2016, 231.

¹⁴ Sulle fasi della comparazione dal Congresso di Parigi al secondo dopoguerra: B. FEKETE, *Paradigms in Modern European Comparative Law. A History*, cit., 154 ss.

ed espansa all'esterno verso nuovi temi, dotata di una forza di penetrazione nella realtà, così come in altre discipline, che sarebbe stata impensabile solo pochi decenni fa¹⁵. L'Autore descrive una comparazione vivace e indipendente¹⁶, ma dilaniata tra passato e futuro: il passato, rappresentato dalla fine del monopolio di alcune testate scientifiche comparatistiche¹⁷ e del controllo dottrinale sul diritto privato comparato¹⁸; il futuro, dove si intravede un'ampia libertà scientifica e metodologica, che può tuttavia disorientare il giovane studioso che intende intraprendere una ricerca di diritto comparato.

Nel periodo storico che stiamo vivendo è quindi questo il crocevia nel quale le nuove sfide del giuridico – le transizioni, *in primis* – incontrano la scienza giuridica comparatistica.

3. *Diritto comparato e transizioni. Una questione (anche) di metodo?*

Nella loro vivace varietà, i contributi che compongono questo volume sono accomunati – oltre che da indubbia qualità scientifica – dal pregio di mostrare alcuni degli innumerevoli profili giuridici che emergono nel rapporto tra diritto e transizioni. Come ben sintetizza Bellantuono, alcuni saggi di questo volume utilizzano un approccio comparatistico e vanno ad arricchire un panorama nel quale da tempo i comparatisti riflettono sulle transizioni¹⁹.

¹⁵ J. HUSA, *Introduction: A Research Agenda for Comparative Law*, in ID. (ed.), *A Research Agenda for Comparative Law*, cit.

¹⁶ «Questo stato di cose ha generato un'espansione degli ambiti di interesse della nostra scienza, ponendo nuove sfide e aprendo nuovi orizzonti allo studio comparato del diritto» (J. HUSA, *op. cit.*).

¹⁷ Tra queste, secondo l'opinione di Husa, vanno annoverate l'*American Journal of Comparative Law*, l'*International and Comparative Law Quarterly*, la *Revue internationale de droit comparé/International Review of Comparative Law* e il *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*.

¹⁸ «...the old shackles of doctrinally oriented private law have been thrown off»: J. HUSA, *Introduction: A Research Agenda for Comparative Law*, cit.

¹⁹ Si veda la panoramica descritta in G. BELLANTUONO, *Come studiare le transizioni?*, cit., 854 ss.

In una fase della sua storia nella quale il dritto comparato è molto impegnato a osservare se stesso²⁰, sono proprio le transizioni a mettere in evidenza lo sforzo di ricerca di un punto di equilibrio tra libertà e rigore metodologico, tra compattezza interna e dinamicità esterna. Sforzo che compete agli stessi comparatisti.

In questo contesto, una questione rilevante è se il diritto comparato, con i suoi diversi metodi²¹, presenti un nucleo epistemologico, resistente ai cambiamenti del pensiero giuridico-culturale e alla crescente complessità del mondo.

Così come molti altri profili della nostra disciplina, anche l'analisi epistemologica della comparazione è stata oggetto di un'ondata di contributi²².

Non è mia intenzione entrare in questo rilevante dibattito, che peraltro impegna gli studiosi fin dalle origini della comparazione, nella ricerca di un ordine che non è dato per sua stessa natura.

Tuttavia, due punti di approdo mi sembrano chiari: per aspirare a rimanere sistema di pensiero finalizzato, il diritto comparato deve mantenere saldo il proprio ruolo scientifico di disciplina volta alla conoscenza. Questo significa riportare il comparatista al cuore di ciò che è interpretazione e produzione di conoscenza²³.

In secondo luogo, come è stato osservato²⁴, il diritto comparato necessita di una rivalutazione critica e della concezione di sé come disciplina realmente svincolata dalle varie identità che è chiamato a indagare.

Se la comparazione è intesa come disciplina di conoscenza in ogni campo del giuridico, che opera su un piano di autonomia e indipendenza, il percorso che abbiamo intrapreso – ossia il rapporto tra diritto

²⁰ G. FRANKENBERG, F. NICOLA, *Critical Approaches to Comparative Law*, in J. SMITS, J. HUSA, C. VALCKE, M. NARCISO (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2023, 495.

²¹ Per una carrellata, seppur un po' scolastica, utile a una visione generale: U. KISCHEL, *Comparative law*, Oxford, 2019, 102-152.

²² Per tutti P.G. MONATERI (ed.), *Methods of comparative law*, Camberley Surrey (UK), 2012.

²³ G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, 2016, 233.

²⁴ P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, 2021.

comparato e transizioni – ci riporta inevitabilmente alla questione del metodo.

4. *An Italian Theory of Comparative Law*²⁵?

L'Italia è terra di pensiero, anche nell'universo del diritto.

Il pensiero italiano ha prodotto modelli giuridici originali rivoluzionari – lo *ius commune*, del quale il nostro Paese è culla – e molte, grandi idee. Sono convinta che ognuno di noi, riflettendo sulla propria stessa disciplina, non faticherebbe a portare almeno uno o due esempi di idee che hanno lasciato il segno.

La comparazione giuridica è di per sé frutto del pensiero italiano, di grandi Maestri e dei loro allievi²⁶ ed è stata essa stessa fucina di nuove idee e di modelli originali. A differenza di quanto è avvenuto all'estero, questi modelli si sono sviluppati in un contesto peculiare e unico, che, con la dovuta semplificazione, definirei caratterizzato da un pensiero scientifico altamente strutturato. Un pensiero fondato su un Manifesto²⁷, un preciso programma formativo²⁸, una terminologia di natura categoriale: *formanti* giuridici – rispetto a fonti del diritto; *modelli* rispetto a *istituti* o a *trapianti* e così di seguito.

²⁵ E. GRANDE, P.G. MONATERI, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021.

²⁶ L. ANTONIOLLI, F. CORTESE, E. IORIATTI, B. MARCHETTI (a cura di), *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti*, Trento, 2024.

²⁷ Le note "Tesi di Trento", redatte nel 1987 da Rodolfo Sacco e sottoscritte da eminenti comparatisti: P.G. MONATERI, *Le Tesi di Trento: un'analisi filologica dei testi originari*, in L. ANTONIOLLI, F. CORTESE, E. IORIATTI, B. MARCHETTI (a cura di), *Trento e la comparazione giuridica*, cit.

²⁸ Un esempio è l'insegnamento obbligatorio Sistemi Giuridici Comparati previsto al primo anno, seguito da diversi insegnamenti di approfondimento della comparazione – Diritto Privato Comparato, *in primis* – negli ordinamenti delle Facoltà di Giurisprudenza italiane.

Di questo pensiero stiamo vivendo il presente. E chi si accosta al pensiero scientifico con onestà intellettuale – e con spirito di servizio – non può non riconoscere che “il passato non va dimenticato, ma nemmeno imitato”²⁹.

Cosa può essere importate trattenere del passato della comparazione italiana, senza dimenticare la diversità del presente? Una delle possibili risposte la si ottiene osservando la ricerca nelle scienze naturali; in quel contesto scientifico una metodologia è validata se e in quanto dimostra rigore e continuità nel produrre risultati scientificamente apprezzabili.

Ma anche le scienze umane possono essere fonte di ispirazione, se si mette in campo uno strumento indispensabile per il comparatista: la capacità di osservare.

Molti decenni fa Rodolfo Sacco, in uno dei suoi primi esercizi di osservazione³⁰, studiava i fenomeni giuridici esattamente come i linguisti studiavano i fenomeni linguistici: misurando somiglianze e differenze, confrontando, registrando mutazioni.

Questi primi tentativi – che oggi definiremmo “interdisciplinarietà metodologica” – hanno portato alla luce la realtà degli ordinamenti giuridici come entità dinamiche, composte da strati di modelli più o meno stabili. Neologismi come “modelli”, “circolazione”, “prestigio” sono stati conati da Sacco proprio per rendere visibile ai giuristi la realtà delle mutazioni in ambito giuridico e per descrivere le regole che governano questi flussi³¹.

Fatte queste premesse generali, è giunto il momento di interrogarsi sul ruolo attuale della comparatistica italiana e della sua metodologia nello studio del presente e, in particolare, delle tematiche trattate in questo volume: le transizioni.

²⁹ M. BUBBER, *Il cammino dell'uomo*, edizione a cura di e traduzione di F. GIUNTO-LI, prefazione a cura di E. BIANCHI, Torino, 2023.

³⁰ Sia concesso qui il rinvio a E. IORIATTI, *Rodolfo Sacco: A Hidden Observer*, cit.

³¹ *Ibidem*.

5. *La teoria dei formanti*

Mettiamo ora sotto osservazione uno dei fondamenti della comparatistica italiana, la nota *teoria dei formanti*³².

Questa teoria strutturalista muove dal presupposto che gli ordinamenti giuridici non siano monolitici, ma composti da diverse *formanti*, la cui visualizzazione contribuisce a comprendere la struttura di un ordinamento giuridico, senza trascurare la dimensione culturale del diritto. Infatti, mentre il funzionalismo³³ si sforza di fornire soluzioni adeguate misurando le somiglianze con un approccio diretto e radicale, le analisi dello strutturalismo implicano e assorbono nella misurazione stessa il contesto culturale in cui sono integrati i dati oggetto dell'analisi, grazie alla scomposizione del quadro sistemico nei suoi elementi essenziali³⁴.

Con il passare del tempo, facendo continuo ricorso ai formanti, i comparatisti hanno interiorizzato uno schema di ricerca dialettico e flessibile e lo hanno ripetuto innumerevoli volte, fino a sublimarlo in una sorta di istinto innato nell'approccio a contesti complessi. Volendo mantenere il giusto rigore, questa abilità non può essere definita di per sé "metodo"; tuttavia, essa ha posto i comparatisti all'avanguardia nel-

³² Le origini della teoria dei formanti si rinvergono in R. SACCO, *Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 17, 4, 1965, 827-837; ID., *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965; ID., *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, in *Rapports nat. italiens au IX congrès intern. de droit comp.*, 1974; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980.

³³ R. MICHAELS, *The functional method of comparative law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, 339-382; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*. Translated by Tony Weir, Oxford, 1998; M. GRAZIADEI, *The functionalist heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 100 ss.

³⁴ R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1993, p. 457; ID., *Legal Formants: A dynamic Approach to comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991; R. SACCO, P.G. MONATERI, *Legal Formants*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, 531 ss.

l'analisi di contesti normativi complessi e delle loro componenti³⁵. Recentemente, questo approccio ha contribuito alla comprensione della struttura e delle strategie della *governance* globale e dei gruppi di *élites* che ne muovono le fila³⁶. Su di un piano operativo, l'ampliamento delle frontiere dell'analisi ha consentito di fare ricorso a nuovi formanti per risolvere alcune questioni relative alle fonti del nuovo diritto globale³⁷.

I formanti hanno così dato prova di essere strumenti attuali e utili all'analisi di contesti giuridici molto diversi da quelli per i quali erano stati pensati. Tuttavia, la loro immagine tradizionale (forse anche un po' polverosa) di arsenali utili a smantellare la visione positivista di una dichiarazione normativa che si riteneva coincidere con la norma scritta sembra rimanere saldamente incollata al pensiero della comunità scientifica. È forse questa la ragione per la quale, pur sperimentati in nuove applicazioni e sviluppi³⁸, i formanti rimangono sotto teorizzati, nonostante ne siano chiare le potenzialità di metodo e la capacità di offrire garanzie epistemologiche agli studi di diritto comparato.

Non è questa la sede per intraprendere una riflessione teorica ed epistemologica sui formanti; tuttavia, allo scopo di anticipare il terreno sul quale poggiano gli esempi che seguiranno (par. 5), si rendono necessarie alcune brevi considerazioni.

Fin dall'inizio della sua ricerca, Sacco osservò alcune regolarità nei risultati delle misurazioni per mezzo di formanti, nonostante le definizioni formali dei sistemi giuridici in analisi fossero talvolta diverse. I parallelismi vennero visualizzati per mezzo di uno standard che Sacco definì "regola operativa"³⁹.

³⁵ Cfr. R. SCARCIGLIA, *Methods and Legal Comparison*, cit., 157 ss.

³⁶ P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, 2022.

³⁷ M.R. FERRARESE, *Globalizzazione, comparazione e il ruolo dei giuristi privati: verso un nuovo formante giuridico?*, in L. ANTONIOLLI, F. CORTESE, E. IORIATTI, B. MARCHETTI (a cura di), *Trento e la comparazione giuridica*, cit., 65 ss.

³⁸ Sia concesso il rinvio a E. IORIATTI, *Comparative Law Method and the Legal Formants as Catalysts of Normative Realities*, in L. SILIQUINI-CINELLI, D. GIANI, M. BALESTRIERI (a cura di), *The Grand Strategy of Comparative Law: Themes, Methods, Developments*, Milton Park, Abingdon-on-Thames, Oxfordshire, 2023, 250-275.

³⁹ R. SACCO, P.C. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 55 ss.

Le regole operazionali sono desunte dalla realtà.

“Il comparatista ha bisogno di uno standard per misurare differenze e similitudini tra i concetti, e deve ricercarlo nelle regole operazionali dei due sistemi”⁴⁰. In un esercizio in cui

il legislatore annuncia che un contratto è un accordo e che tutti gli accordi devono essere applicati, mentre fornisce una regola operazionale che applica solo quei contratti che sono basati su una causa o su una controprestazione

la funzione dello standard è quella di misurare la coerenza tra le definizioni formali per produrre risultati conseguenti, in un quadro fattuale in cui “le definizioni teoriche hanno un grado di generalizzazione più elevato delle regole operazionali”.

È evidente come questo esercizio segua una sorta di circolarità – questione di diritto/definizione/regola operazionale/risultato – nel quadro di una classica analisi di diritto comparato: misurare le somiglianze e le differenze tra i sistemi giuridici al fine di produrre conoscenza (dati giuridici).

I formanti, tuttavia, hanno dimostrato di possedere il potenziale per andare oltre questo schema astratto, funzionale al loro scopo originario di misurazione di similitudini e differenze.

Proprio come gli strumenti impiegati nelle scienze naturali, i formanti, così come gli standard delle regole operazionali, posso essere isolati dalla circolarità “questione di diritto/definizione/regola operazionale/risultato” e venir impiegati in altri contesti, ovunque sia necessario penetrare la complessità giuridica e visualizzare dati.

Essendo la natura ultima dei formanti decostruttiva e ricostruttiva del discorso giuridico in generale⁴¹ – e in quanto strumenti diretti ad acquisire conoscenza – questi prodotti *made in Italy* sono in grado di dispiegare tutta la loro potenzialità anche al di fuori del proprio sistema giuridico di origine, nella decodificazione del diritto oggettivo in qual-

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ P.G. MONATERI, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in ID. (ed.), *Methods of Comparative*, cit.

siasi contesto giuridico caratterizzato da complessità. Fra questi, come vedremo negli esempi che seguono, l'Unione europea e il suo programma sulle transizioni.

6. *La metodologia del diritto comparato a servizio delle transizioni: due esempi*

6.1. *La transizione digitale. Primo esempio*

Un primo esempio di come la comparazione, i formanti in particolare⁴², possa essere impiegata in questa nuova realtà si riferisce a una recente iniziativa europea: i progetti IMOLA di interoperabilità dei registri della proprietà immobiliare dell'Unione europea, coordinati dalla European Land Registry Association (ELRA), per conto della Commissione europea⁴³.

Obiettivo dei progetti IMOLA è facilitare l'accesso ai dati delle transazioni immobiliari transfrontaliere. Su di un piano operativo, i progetti IMOLA (I, II, III e IV) sono costituiti da una piattaforma a supporto dell'interconnessione dei registri immobiliari europei, digitalizzata, ma nel contempo in grado di tenere conto delle variegature sfumate giuridiche e culturali che caratterizzano i sistemi della proprietà immobiliare degli Stati membri.

L'interconnessione dei Registri Immobiliari rientra nel più ampio progetto della Commissione europea "Land Registry Interconnection" (LRI), il cui scopo è favorire il dialogo digitale e il trasferimento

⁴² European Land Registry Association (ELRA), Projects IMOLA I, II, III and IV <https://www.elra.eu/imola-iii/> on the interoperability of land registry of immovable property. La metodologia del progetto è ufficialmente costituita dalla teoria dei formanti, utilizzata per strutturare l'"ELRD", il modello catastale che garantisce l'interoperabilità dei registri immobiliari dell'UE. Si veda E. IORIATTI, S. GIACOMINI, *Land Registry Interconnection and Comparative Law: Towards a Future Aligned with the EU Digital Transformation Policy*, in A. FRAGA, E. IORIATTI (eds.), *IMOLA III Project: The European Land Register Document (ELRD): A common Semantic Model for Land Registers Interconnection*, European Land Registry Association e-book, Brussels, 2022.

⁴³ <https://www.elra.eu>.

di dati tra tutte le tipologie di registri degli Stati membri (quali, per esempio, i registri commerciali e i registri anagrafici)⁴⁴.

Nel contesto della più ampia iniziativa LRI, IMOLA è stato un precursore nell'utilizzo di tecniche di I.A. per la gestione dei dati giuridico-semantiche. Il progetto utilizza tecniche di intelligenza artificiale (I.A.) basate su ontologie e sull'elaborazione del linguaggio naturale, al fine di garantire l'interconnessione semantica, oltre che giuridica.

Uno dei problemi che, fin da subito, si è posto ai giuristi coinvolti nel progetto è stata la necessità di garantire la precisione dei dati da rappresentare e formalizzare, finalizzati alle tecniche di I.A. e di Natural Language Processing. In questo contesto, la metodologia dei formanti, unitamente al noto *factual approach* (utilizzato nel progetto nella forma di questionari e domande/risposte booleane) ha consentito di superare il problema causato dall'utilizzo di concetti giuridici astratti, come "property" o "usufruct", che, come è noto ai comparatisti, possono essere portatori potenziali di significati diversi, nei vari domini individuati dall'I.A.

Come anticipato, il problema è stato superato facendo ricorso al *factual approach* nella raccolta dei dati. Nell'ambito del progetto, le domande strutturate secondo in base a questo metodo corrispondono alla domanda nel sistema Knowledge Management Online; la risposta booleana rappresenta invece gli *attributes* dei concetti nell'ontologia.

In secondo luogo, i fondamenti giuridici delle risposte alle domande così formulate sono stati individuati a mezzo dei *formanti*, così da non limitare l'acquisizione dei dati alle sole norme legislative degli ordinamenti coinvolti nell'indagine.

⁴⁴ A questo progetto istituzionale, avviato con il Sistema di interconnessione dei registri delle imprese – Direttiva BRIS –, ha fatto seguito il Regolamento UE 2015/848 sulle procedure di insolvenza e, più recentemente, sul Registro dei titolari effettivi, le cui disposizioni sono state disciplinate nella Direttiva (UE) 2018/843 del 30 maggio 2018 per prevenire il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo. L'interconnessione ILR rappresenta un tema cruciale per l'UE, in considerazione del fatto che le transazioni transfrontaliere sono in costante aumento. L'analisi dei *trend* mostra chiaramente che questa interconnessione transfrontaliera digitale può essere sviluppata anche in relazione alle procedure di successione e all'esecuzione delle decisioni giudiziarie.

Ma i formanti, unitamente allo strumento comparatistico delle *regole operazionali*, hanno avuto un'ulteriore, importante funzione nello sviluppo del progetto. Questi consolidati strumenti metodologici hanno consentito di individuare e selezionare all'origine gli stessi diritti passibili di iscrizione nei diversi registri tavolari nazionali e di ricondurre ogni singolo diritto a unico concetto europeo (termine *pivot*).

Il progetto IMOLA è infatti strutturato sulla base di fogli tavolari (foglio tavolare europeo, costruito sui modelli austriaco, trentino e friulano)⁴⁵, ognuno dei quali si riferisce a un immobile situato nel territorio dell'UE e al quale vengono ricondotti determinati diritti od oneri (“proprietà”, “possesso”, “servitù reale”, ecc.). A tal fine, nell'ambito di IMOLA sono state formulate definizioni generali di concetti – i c.d. *termini pivot* – quali “proprietà”, “possesso” e “servitù reale”.

Un ulteriore problema preliminare, sottoposto ai comparatisti e ai giuristi coinvolti nel progetto⁴⁶, è consistito nel ricondurre i singoli concetti nazionali – per esempio “servitù prediale” ai termini *pivot*.

È stato quindi necessario creare una relazione tra i termini *pivot* e i concetti nazionali degli istituti soggetti a iscrizione tavolare. Infatti, come è intuibile, il concetto generale europeo – per esempio il termine *pivot* “servitù prediale” – non sempre coincide con concetti simili presenti negli ordinamenti nazionali coinvolti nel progetto (ad esempio la “servitù prediale” di cui all'ordinamento italiano).

In particolare, nel corso dei lavori è emersa l'impossibilità di ricondurre ogni concetto nazionale a un termine generale *pivot* preventivamente costituito (e quindi, la servitù prediale italiana ricondotta al termine *pivot* europeo “servitù prediale”, preventivamente presente nel foglio tavolare europeo).

⁴⁵ Le schede saranno consultabili online dai cittadini europei nel portale EU-Justice.

⁴⁶ Nei progetti IMOLA il Gruppo di lavoro è stato composto dal dott. Michele Cucaro (giudice presso il Tribunale di Rovereto), dalla dott.ssa Sara Giacomini (dottoressa di ricerca in diritto privato comparato e avvocato), dal dott. Diego Castelli (Dirigente del Libro fondiario del catasto e del Tavolare della Provincia Autonoma di Trento) e dal suo staff. Il gruppo è stato coordinato dalla prof.ssa Elena Ioriatti (Università di Trento). Hanno infine collaborato ad alcune iniziative scientifiche il prof. Andrea Pradi e la dott.ssa Caterina Bergomi (Università di Trento).

Per risolvere queste sfide semantico-giuridiche, è stato necessario strutturare l'analisi partendo dai diritti che ogni singolo ordinamento giuridico effettivamente riconosce come passibili di iscrizione nel proprio registro tavolare nazionale: ossia, dalla realtà delle “regole operazionali”. Allo scopo di raccogliere i dati in modo oggettivo, la “regola operativa” è stata quindi collocata allo stesso livello dell'iscrizione in ogni registro nazionale.

In questo modo, è stato possibile visualizzare tutti i diritti passibili di iscrizione in ogni singolo registro tavolare degli Stati membri.

I diritti così individuati, sono stati successivamente collegati ai termini *pivot* (concetto europeo), i quali, a questo punto, sono stati ricostruiti a ritroso, ossia tenendo conto delle caratteristiche dei singoli diritti nazionali individuati. Al di là delle definizioni teoriche – proprietà, ipoteca, servitù – i concetti *pivot* europei sono stati conati con approccio “bottom up”, ossia partendo dalle regole operative (diritti passibili di iscrizione nei registri nazionali).

La metodologia comparatistica si è così rivelata fondamentale nella costruzione della struttura giuridico – semantica del progetto IMOLA. I risultati in termini giuridici così ottenuti hanno costituito la base di dati da rappresentare e formalizzare attraverso tecniche di I.A. e Natural Language Processing.

6.2. *La transizione ecologica. Secondo esempio*

Il diritto ambientale e la transizione ecologica, così ben tratteggiati in alcuni saggi di questo volume, sono ambiti rispetto ai quali il ruolo del diritto comparato è ormai consolidato⁴⁷. Come è noto, la produzione normativa europea è molto articolata; con l'intento di intervenire efficacemente nel territorio europeo, l'Unione ha affiancato alle norme di diritto primario una serie di interventi capillari, facendo spesso ricorso allo strumento della direttiva.

⁴⁷ Si veda da ultimo (anche per una panoramica sul quadro normativo dell'UE in tema di cambiamento climatico) L. ANTONIOLLI, *Climate Litigation e diritto ambientale transnazionale. Il ruolo del diritto comparato*, in P.G. MONATERI, *Scritti in Memoria di Rodolfo Sacco*, vol. II, cit., 2024.

In questo quadro, merita di essere ricordata la nota Direttiva quadro sui rifiuti⁴⁸, strumento normativo di forte impatto sulla politica ambientale degli Stati membri. Fra i diversi obiettivi della direttiva, minuziosamente descritti nei “considerando”, rientra quello di risolvere, in un’unica soluzione, il problema dello smaltimento dei rifiuti e del loro costo, ponendolo a carico anche di soggetti privati. Il tessuto normativo della direttiva 2008, che, come vedremo, riprende alcuni concetti cardine del diritto privato della maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, è funzionale all’obiettivo di ascrivere la responsabilità di gestione dei rifiuti⁴⁹ al maggior numero di soggetti che siano, in modi molto diversi, venuti a contatto con essi.

Ai fini della nostra analisi – l’apporto degli strumenti metodologici della comparazione alla transizione ambientale – è importante notare come i concetti giuridici con i quali viene veicolato l’obbligo normativo negli Stati membri siano sintetizzati in un unico concetto chiave, il “possesso” dei rifiuti, di cui all’art. 3.6 della direttiva⁵⁰.

Il legislatore europeo ha fatto quindi ricorso a un concetto categoriale del diritto privato, caratterizzato da un elevato livello di astrazione, che, proprio per questa ragione, potrebbe produrre effetti giuridici non omogenei nei diversi Stati membri. È infatti noto come il concetto “possesso” negli ordinamenti giuridici italiano e austriaco – per limitarsi ad alcuni esempi – si riferisca a una situazione di fatto caratterizzata da controllo materiale sul bene con *animus domini*. Si tratta quindi di

⁴⁸ Direttiva 2008/98/EC del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sui rifiuti, emendata dalla Direttiva 2018/851 Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 e sua volta oggetto di una proposta di revisione (si veda il documento della Commissione europea Brussels, 05.07.2023 COM(2023)420 *final* https://environment.ec.europa.eu/publications/proposal-targeted-revision-waste-framework-directive_en).

⁴⁹ Art. 9: ««gestione dei rifiuti»: la raccolta, il trasporto, il recupero (compresa la cernita) e lo smaltimento dei rifiuti, compresi la supervisione di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento nonché le operazioni effettuate in qualità di commercianti o intermediari».

⁵⁰ Art. 3.6: ««waste holder» means the waste producer or the natural or legal person who is in *possession* of the waste». Nella versione italiana: «detentore di rifiuti» è il produttore dei rifiuti o la persona fisica o giuridica che ne è in possesso.

un concetto diverso dalla “detenzione”, che, nel caso della direttiva sui rifiuti, consentirebbe di ascrivere l’obbligo di gestione a un maggior numero di soggetti che siano venuti a contatto (qualificato) con i rifiuti. Può essere questo il caso della Germania, ove il *Besitz* è concetto più generale del “possesso” italiano e austriaco, il cui requisito è costituito dal controllo materiale sul bene in generale (e quindi privo di *animus domini*).

In questo quadro linguistico – normativo complesso, il concetto “possesso” di cui alla direttiva è qualificato “concetto europeo autonomo”, dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁵¹. Attribuire quindi al concetto “possesso” un significato europeo (e non nazionale) non solo risponde a un obbligo di natura giurisprudenziale europea, ma è funzionale a un’effettiva e corretta attuazione della *ratio* della direttiva negli Stati membri.

In questo quadro, quale è stato quindi il ruolo della comparazione e della sua metodologia?

In un serie di scritti e di confronti scientifici (fra questi, le iniziative scientifiche organizzate nel contesto del progetto europeo “EULawInEnglish”, coordinato dalla Fondazione del Notariato di Roma) è stato segnalato come il concetto “possesso”, di cui alla Direttiva quadro sui rifiuti, nonostante la natura giuridico – linguistica pluralista, abbia dato luogo a interpretazioni uniformi in alcuni Stati membri. La visualizzazione di questi contesti comuni di significato è stata possibile grazie all’utilizzo interdisciplinare di alcuni strumenti della comparazione e della semiotica.

Qui di seguito mi limiterò tratteggiarne alcuni passaggi, rinviando a uno scritto precedente ulteriori approfondimenti⁵².

⁵¹ Judgment of the Court of 19 March 1964, Mrs M.K.H. Hoekstra – née Unger – v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten C-75/63.

⁵² E. IORIATTI, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, in L. BIEL, H.J. KOCKAERT (a cura di), *Handbook of Terminology*, vol. 3, *Legal Terminology*, Amsterdam, 2023, 289-309. Si veda anche E. IORIATTI, *A Twenty-First Century Approach to Law and Language in Europe*, in O. MORÉTEAU, A. PARISE (a cura di), *Comparative Perspectives on Law and Language*, Den Haag, 2022, 35-62.

L'UE è un sistema giuridico composto da concetti giuridici linguisticamente interconnessi, svincolati da qualsiasi cultura nazionale, ma istituzionalmente funzionali alla formulazione di un discorso giuridico europeo armonizzato nei sistemi giuridici nazionali. Questa "missione impossibile" si fonda sulla creazione di nuovi concetti – neologismi –, formulati artificialmente dall'Unione europea, in una sorta di significato semantico imposto dall'alto. Il risultato di questa operazione è l'oggettivizzazione di concetti il cui significato giuridico europeo non è, in realtà, né armonizzato, né consolidato a priori. Ciò dipende dal fatto che l'Unione europea non è caratterizzata da un tessuto giuridico culturale originario, suo proprio, che possa costituire la base di un'interpretazione uniforme dei concetti autonomi sovranazionali.

Tuttavia, proprio l'analisi del concetto europeo "possesso" ha messo in luce alcuni flussi di significato condiviso, del tutto spontanei, che da alcuni ordinamenti giuridici nazionali convergono verso il concetto sovranazionale: il "possesso europeo".

Sotto la superficie del linguaggio giuridico dell'UE vi sono, ad esempio, norme giurisprudenziali comuni ai diversi sistemi giuridici dell'UE, anche se incapsulate in modelli linguistici latenti. Queste norme rivelano contesti comuni di significato, attribuiti ai concetti giuridici dell'UE dalle corti nazionali o dai legislatori che attuano il diritto dell'UE a mezzo di normative interne. Visualizzare queste similitudini è importante, in quanto esse contribuiscono alla formulazione di un vero e proprio discorso giuridico dell'UE, realmente interconnesso alle culture giuridiche degli Stati membri.

L'analisi di diritto comparato, unitamente alla semiotica, si è dimostrata strumento indispensabile per visualizzare questi flussi di significati condivisi e, nel contempo, per sostenere questo fenomeno attraverso una metodologia interdisciplinare finalizzata a consolidarne un significato unico europeo dei concetti contenuti nella normativa UE.

La teoria dei formanti, in primo luogo, ha consentito di comprendere come la giurisprudenza nazionale, così come la legislazione di recepimento delle direttive europee, siano istituzionalmente componenti del sistema giuridico dell'Unione e quindi del diritto europeo: in quanto *formanti*, le norme e i concetti europei interpretati dalle corti o formula-

ti dai legislatori nazionali contribuiscono alla costruzione dei significati e della struttura semantica dei concetti europei.

È quindi proprio l'interpretazione delle corti nazionali dei concetti europei e il recepimento delle norme dell'UE da parte dei legislatori nazionali a identificare il significato di un termine europeo e a garantirne il consolidamento come concetto autonomo.

Dal punto di vista semiotico, inoltre, il diritto secondario dell'UE è qualificabile come meta-linguaggio⁵³, ossia quale formulazione linguistica da completare con un secondo livello di norme (giurisprudenziali o legislative), emanate a livello nazionale. Questa esteriorizzazione semantica della legislazione europea evidenzia il ruolo dei formanti nazionali nell'attribuire significato ai neologismi europei. Le direttive e i regolamenti dell'UE in quanto formulazioni linguistiche – composte da meta-norme e meta-concetti – prescrivono quindi uno specifico contenuto giuridico, che attende di essere completato dal secondo livello di norme o concetti, emanati (legislazione nazionale di recepimento del diritto dell'UE) o formulati (giurisprudenza nazionale) a livello nazionale⁵⁴.

Il caso studio proposto con l'analisi del concetto giuridico “possessione” – di cui alla Direttiva quadro sui rifiuti a tutela dell'ambiente – dimostra come in Europa esistono contesti comuni di significato, avviati a creare una cultura normativa e concettuale europea condivisa, anche in ambito ambientale. Questi flussi possano essere visualizzati e consolidati grazie alla ricerca interdisciplinare e al diritto comparato⁵⁵.

⁵³ T. KLIMAS, J. VAICIUKAITE, *Interpretation of European Union Multilingual Law*, in *International Journal of Baltic Law*, 2005, 1-13.

⁵⁴ Pertanto, il significato di un meta-concetto autonomo dell'UE può essere individuato visualizzando la dichiarazione normativa prodotta dall'interrelazione tra la legislazione dell'UE e i formanti nazionali. Un flusso costante e dinamico tra le norme legislative sovranazionali e il profilo culturale di ciascun sistema giuridico, introdotto nelle norme dell'UE dai formanti nazionali, è spesso visibile come un elemento comune a diversi sistemi giuridici nazionali.

⁵⁵ Sul tema del rapporto tra diritto comparato e altre discipline si veda anche J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, cit.

Così come nell'esempio precedente, nel quale la metodologia comparatistica – i formanti, il *factual approach* – ha garantito l'oggettività giuridico – semantica di dati a servizio dell'intelligenza Artificiale – in questo secondo esempio la comparazione ha contribuito ad assicurare alla normativa UE a tutela dell'ambiente la dovuta effettività.

È questa una linea di ricerca per il futuro, rispetto alla quale la comparazione può trovare un nuovo punto di equilibrio nel rapporto tra la sua stessa sostanza metodologica e il suo impiego nell'individuare soluzioni adeguate per risolvere, di volta in volta, le sfide poste dalla complessità del fenomeno giuridico attuale.

QUALCHE CONSIDERAZIONE DI METODO SUI RAPPORTI TRA INTELLIGENZA ARTIFICIALE, DIRITTO E AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Barbara Marchetti

SOMMARIO: 1. *La necessità di un approccio non romantico.* 2. *L'opportunità di distinguere tra diversi usi e diversi sistemi di I.A.* 3. *L'approccio proporzionato al rischio dell'A.I. Act.* 4. *Piccole e grandi cose da fare nel frattempo.* 5. *Il ruolo del giurista e l'importanza di un dialogo consapevole.*

A conclusione di queste proficue giornate di riflessione sulle transizioni, che sono state estremamente stimolanti e hanno toccato numerosissimi temi cruciali del nostro tempo, vorrei proporre qualche considerazione di metodo sui rapporti tra intelligenza artificiale (I.A.) e diritto, nella prospettiva che mi è propria, quella del diritto amministrativo. In particolare, vorrei muovere tre avvertenze che in qualche modo tendo a tenere presente quando esamino problemi e soluzioni legati all'impiego dell'I.A. nella sfera pubblica. Esse possono essere sintetizzate nei seguenti passaggi: “qualche distinguo, molti dubbi, alcune cose da fare”.

1. La necessità di un approccio non romantico

Un discorso su opportunità e rischi dell'I.A. nel settore della giustizia, della sanità o delle funzioni amministrative deve tenere a mente limiti e vantaggi della giustizia *umana*, del funzionario pubblico, del medico (per esempio considerando il margine di errore e i pregiudizi delle persone), così da confrontare i rischi e i benefici della tecnologia avendo di fronte una rappresentazione realistica e non idealizzata delle attività umane che la tecnologia affiancherebbe o sostituirebbe.

Da questo punto di vista, per esempio, se riflettiamo per un momento sulla funzione giudiziaria nelle sue diverse giurisdizioni (civile, pe-

nale e amministrativa) su scala mondiale, possiamo facilmente rilevare che molti sistemi giudiziari funzionano male (India e Brasile sono un esempio significativo) o hanno arretrati e inefficienze significativi, sicché per essi l'I.A. potrebbe risultare l'unica alternativa possibile al non ricevere alcuna giustizia¹.

In termini non dissimili possiamo facilmente convenire che non tutti i medici sono perfetti, né lo sono i funzionari pubblici e le strutture amministrative, le quali ultime possono essere poco efficaci o accumulare ritardi nello svolgimento dei loro compiti: un'attività di ausilio tecnologico, dunque, può indubbiamente apportare vantaggi sia in termini di accuratezza che di efficienza delle loro attività.

Questi pochi riferimenti ci fanno immediatamente capire che il tema non si presta facilmente a semplificazioni, o a una alternativa secca tra *I.A. sì, I.A. no*. Occorre piuttosto tentare di operare un'analisi più specifica e concreta dei problemi, secondo un approccio anche settoriale, muovendo dalle diverse applicazioni di I.A. e dai loro impieghi per poi verificarne vantaggi, criticità e limiti specifici rispetto all'attività umana.

2. *L'opportunità di distinguere tra diversi usi e diversi sistemi di I.A.*

In generale dell'I.A. si evocano i vantaggi, innumerevoli, in tutti i campi, ma anche i profili di rischio, in termini di disumanizzazione, potenziale discriminatorio, opacità. E si oscilla spesso tra una visione utopistica e una visione distopica dell'I.A.².

¹ Sull'uso dell'I.A. nel settore giustizia v. R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2021; con particolare riferimento alla giustizia amministrativa e alle possibili applicazioni dell'I.A. nel processo amministrativo v. M. RAMAJOLI, *Una giustizia amministrativa digitale?*, Bologna, 2023, in cui sia consentito il rinvio a B. MARCHETTI, *Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un futuro non troppo lontano*, 59 ss.; G. ZACCARIA, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Modena, 2023; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 1, 2020, 415.

² Mette in guardia da un approccio utopistico o distopico anche L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023.

Studiando questo tema – e soprattutto analizzando l’impatto dell’I.A. sulla sfera pubblica e sui compiti dello Stato – vorrei però evitare questo approccio.

Mi pare utile distinguere anzitutto tra diversi sistemi di I.A. (con gradi di opacità e autonomia differenti) e tra diversi impieghi (ausiliari e sostitutivi) in differenti ambiti (amministrazione attiva, controlli e vigilanza, politiche *data-driven*, sanità, giustizia)³.

³ La riflessione in ordine all’impiego di sistemi *machine learning* da parte dell’amministrazione ha prodotto un’amplissima letteratura. L’ordinamento in cui tale riflessione appare già avanzata è quello statunitense, in cui le agenzie federali (e statali) fanno da tempo ampio uso dei sistemi di I.A.. Tra i molti autori che si sono soffermati sul problema cfr. C. COGLIANESE, *Administrative Law in the Automated State*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n. 21-15, 2021; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era*, in *Georgetown Law Review*, 105, 2017, 1147; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 29, 2016, 353; D. FREEMAN, D.E. ENGSTROM, C.M. SHARKEY, M.-F. CUÉLLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, Report to the Administrative Conference of the United States, febbraio 2020, disponibile alla pagina <https://www-cdn-.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf>. Anche la letteratura italiana in tema di I.A. e diritto (pubblico) è ormai vasta. *Ex multis* cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di I.A. sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1149; J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 3, 2019, 619; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un’agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, 711; ID., *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 101; L. CASINI, *Lo Stato nell’era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 367; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei Big Data*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, 43; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *“Umano, troppo umano”. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legali-*

Questo approccio consente di operare riflessioni più circostanziate e meno influenzate da posizioni ideologiche di fondo e di trattenere le maggiori utilità possibili dell'I.A., valutando, caso per caso, gli specifici rischi e il loro grado di accettabilità.

Del resto, è proprio un *approccio proporzionato al rischio* quello che l'Unione europea ha cercato di incorporare nella propria regolazione sull'I.A., oramai giunta all'approvazione finale.

Per comprendere i rischi e vantaggi legati all'uso dell'I.A. nei diversi settori della società e nella sfera pubblica occorre poi riflettere su cosa si debba intendere con intelligenza artificiale.

Al di là della definizione contenuta nell'A.I. Act, la quale parla di sistemi che con diversi gradi di autonomia e anche con possibile capacità adattiva sono in grado di trarre dai dati di *input* una serie di raccomandazioni, contenuti, decisioni che possono influenzare l'ambiente fisico o virtuale, è bene distinguere tra almeno tre distinte tipologie di sistemi di I.A.⁴.

Prima di tutto occorre considerare i sistemi esperti o algoritmi deterministici (o *model based*). Si tratta di sistemi che utilizzano per la produzione degli *output* una logica di tipo causale (*if-then*), in base a cui i dati di input vengono processati secondo passaggi predefiniti dal programmatore.

Al di là del fatto che il loro uso è limitato, perché non si prestano a compiere tutte le operazioni in astratto desiderabili e utili per un'amministrazione moderna, che intenda per esempio trarre conoscenza dai dati del suo patrimonio informativo, presentano vantaggi certi in termini di esattezza e velocità e rischi relativamente bassi in termini di spiegabilità, dal momento che il modo in cui la macchina giunge a formulare il risultato è ricostruibile in modo certo, potendosi dare spiegazione, anche a ritroso, dei passaggi operati e delle istruzioni processate.

tà, *ivi*, 5; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63.

⁴ Per una introduzione generale all'AI v. P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'intelligenza artificiale*, in *DPCE online*, 51, 1, 2022 <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1565>.

Per l'amministrazione pubblica, tale possibilità di spiegazione è fondamentale per risolvere il problema della motivazione (necessaria) delle sue decisioni e rendere possibile quella "conoscibilità" dell'algoritmo che il Consiglio di Stato ha posto come condizione per l'ammissibilità della decisione algoritmica (Cons. Stato sez. VI 2270/2019, sez. VI, 881/2020).

Diversi sono i trade-off dei sistemi, invece, che si basano su algoritmi di apprendimento automatico (c.d. *algoritmi machine learning* (ML) od operanti sulla base di reti neurali profonde (DL)): la loro logica decisoria non è causale, perché gli output sono prodotti in base a regolarità statistico-probabilistiche. Essi non si prestano a essere spiegati e dunque restano opachi nel loro funzionamento perché né il programmatore né la macchina possono fornire spiegazioni del perché, dati quegli input, costituiti da dataset spesso molto estesi, la macchina è giunta a produrre quegli output⁵.

È evidente che rispetto a questo tipo di sistemi, diventa estremamente difficile, dunque, garantire la conoscibilità dell'algoritmo e la spiegazione del suo funzionamento, cosicché qualora l'amministrazione decidesse di usare un sistema di questo tipo per adottare una decisione individuale (per esempio per negare un sussidio) il privato si troverebbe nella situazione di non poter comprendere le ragioni di questa esclusione e di non potere dunque, di conseguenza, difendere dinanzi al giudice i suoi diritti e interessi.

Questo esempio ci mostra che vi sono diverse criticità a seconda del sistema che si usa e della finalità per cui lo si usa. Per esempio, un uso dell'I.A. machine learning per estrarre conoscenza dai dati relativi alla mobilità della città per poi decidere come regolare i flussi di traffico può sollevare magari qualche perplessità (per esempio, legata alla rappresentatività dei dati) ma non produrrà certo criticità o conseguenze di tenore analogo a quelle generate da un uso di algoritmi machine learning per decidere, ciò che ha evidenti implicazioni in termini di legalità e tutela dei diritti.

⁵ In argomento sia consentito rinviare anche a B. MARCHETTI, voce *Amministrazione digitale*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Enc. dir. I tematici. III. Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 75 ss.

Un altro tipo di I.A. che si sta affacciando sulla scena pubblica è poi quella che il regolamento europeo chiama *General Purpose A.I.* (GPAI): ci si riferisce ai Large Language Model come ChatGPT, Bard, Midjourney, i quali si mostrano capaci di generare contenuti creativi che vanno ben al di là delle aspettative dei loro programmatori: essi ricevono un'enorme mole di dati in formati diversi, possono svolgere qualunque tasks, non presuppongono un addestramento supervisionato della macchina (che impara, invece, per rinforzo): questi modelli si stanno diffondendo in modo massiccio – anche nella sfera pubblica – e pongono problemi nuovi, che hanno spinto non poche amministrazioni, tra cui la stessa Commissione europea⁶, a dare indicazioni e linee guida circa l'uso che di questa tecnologia può essere fatto dai funzionari pubblici per evitare danni o usi rischiosi del sistema (per esempio con riferimento alle c.d. *allucinazioni*).

Anche con riferimento a tali modelli di I.A. pare difficile non utilizzare un approccio basato sul distinguo: cosa possono fare i funzionari pubblici con questa applicazione e con quali rischi? Possono chiedere a ChatGPT la soluzione di una questione interpretativa che occorre risolvere prima di adottare una decisione o di indicare la decisione da emanare in un caso concreto? Oppure il suo uso deve essere limitato a compiti di tipo formale, come compiti di traduzione linguistica oppure di riscrittura di un testo o di una mail di lavoro?

3. *L'approccio proporzionato al rischio dell'A.I. Act*

Se si considera il principale strumento ad oggi deputato a regolare l'uso dell'I.A., anche da parte dell'amministrazione, ossia il regolamento europeo sull'I.A., può facilmente ricavarsi come nella disciplina si sia scelto un approccio proporzionato al rischio il quale individua, a seconda dell'uso del sistema e del settore individuato, rischi diversi e,

⁶ <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2023/06/01/COM-AI-GUIDELINES.pdf>.

conseguentemente, regimi differenziati di ingresso del sistema nel mercato europeo⁷.

Ora è evidente che non è possibile trattare qui – nemmeno a grandi linee – tale complessa disciplina ma si vogliono almeno indicare alcuni elementi da cui emerge un approccio che si basa su alcuni distinguo.

Il primo elemento è caratterizzato dalle categorie dei sistemi vietati e dei sistemi ad alto rischio, previsti dall'art. 6. La individuazione dei sistemi ad alto rischio, infatti, muove dalla indicazione di alcuni ambiti “delicati” in cui l'uso di un sistema di I.A. ne determina presuntivamente il livello di alto rischio (si tratta dei settori elencati nell'all. III al regolamento, tra cui rientrano la giustizia, il controllo alle frontiere, i meccanismi elettorali, l'istruzione, il lavoro); allo stesso tempo, tuttavia, il regolamento precisa che l'uso del sistema in tali settori non determina automaticamente l'inclusione automatica del sistema nella categoria dell'alto rischio se lo stesso viene usato per compiere operazioni di carattere meramente preparatorio o comunque limitate, incapaci di influenzare sostanzialmente la decisione.

Per fare un esempio, è evidente che se in base a un sistema di I.A. emotiva decido o mi convinco a decidere il respingimento di un migrante, il ruolo dell'applicazione è significativo nella formazione della decisione e quindi il sistema che utilizzo è ad alto rischio e deve rispettare i requisiti fissati dal regolamento in termini di dati, trasparenza e sorveglianza umana.

Viceversa, se il sistema non incide in modo sostanziale su una decisione – per esempio perché compie un passaggio procedurale limitato

⁷ Sull'*AI Act* v., a commento della versione proposta dalla Commissione, C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di Bio-Diritto*, 2021, 3, 415; sulla versione finale M. ALMADA, A. RADU, *The Brussels Side Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy*, in *German Law Journal*, 2024, 1-18; sulla procedura di conformità cfr. E. THELISSON, H. VERMA, *Conformity Assessment under the EU AI Act general approach*, in *AI and Ethics*, January 2024, 4, 1; C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, February 2024.

(art. 6 par. 3 lett. a), allora esso fuoriesce da tale categoria e può circolare liberamente.

Così se un sistema, sempre nel settore dell'immigrazione, serve all'amministrazione per fare predizioni sui flussi migratori, sulla provenienza dei migranti, sulle capacità di assorbimento dei centri di accoglienza, oppure per svolgere un compito meramente preparatorio, è evidente che siamo di fronte a un uso meno problematico e rischioso della tecnologia, in cui ai vantaggi dell'I.A. non corrispondono rischi elevati.

Da questo punto di vista, quindi, l'A.I. Act europeo individua rischi diversi a seconda del settore in cui il sistema è impiegato e a seconda del ruolo che gli output di un'applicazione hanno nella formazione di una decisione capace di produrre effetti sulle persone, confermando la necessità di un distinguo.

Diversa è, altresì, la disciplina che il regolamento europeo stabilisce per i sistemi di I.A. tradizionali rispetto a quella stabilita per i menzionati sistemi a finalità generali, dimostrando anche in tal caso così di essere consapevole, pur all'interno di un quadro regolatorio che mira a una disciplina generale dell'I.A., dei diversi problemi generati dalle differenti applicazioni.

Questo approccio proporzionato al rischio non risolve, tuttavia, ogni problema. Anzi non è infrequente, proprio in ordine alle scelte compiute dall'UE nel regolamento che ci si interroghi sulla sua "sostenibilità giuridica". Esso tutela sufficientemente ed efficacemente i diritti fondamentali dei cittadini? E se l'I.A. è usata dalla amministrazione per adottare una decisione sono adeguate le garanzie stabilite dall'A.I. Act in termini di sorveglianza umana e di trasparenza? I requisiti che il sistema ad alto rischio deve rispettare per entrare nel mercato e trovare applicazione anche nella sfera pubblica producono una protezione effettiva del cittadino, assicurando una tutela *equivalente* a quella garantita dai tradizionali principi di pubblicità, partecipazione, motivazione e giustiziabilità che governano i rapporti tra amministrazione pubblica e privato cittadino?

Evidentemente non si può pensare in questa sede di rispondere a questi interrogativi, sicché mi limito qui a esprimere qualche dubbio sia su tale equivalenza – per esempio tra l'obbligo di fornire una giustificazione sull'uso dell'I.A. (art. 86 A.I. Act) e il principio di motivazione

previsto da tutti i diritti amministrativi nazionali corre una certa differenza – sia sull’impatto che l’A.I. Act produrrà sui diritti nazionali che al momento governano le relazioni tra amministrazione e intelligenza artificiale e sulla eventualità che ciò possa creare delle frizioni tra il modo europeo di intendere la legalità algoritmica e quello degli Stati membri.

4. Piccole e grandi cose da fare nel frattempo

Al di là della necessità di condurre un’analisi *case by case* – e anche mettendo per un momento da parte i dubbi in ordine alla “sostenibilità giuridica” della regolamentazione dell’Unione dal punto di vista della *rule of law* e del rispetto dei *public values* – ci sono delle cose che, nel frattempo, si possono e si debbono fare, le quali prescindono dalle norme applicabili e da come si regolano i diversi usi dell’I.A.

Si tratta del tema della c.d. *A.I. Literacy*, come la chiama il regolamento europeo, o della alfabetizzazione sulla I.A. (art. 4). Se vogliamo che i rischi dell’I.A. siano mitigati è necessario che nella società civile, nell’economia e nel lavoro e, non da ultimo, nelle amministrazioni pubbliche si aumenti la conoscenza dell’I.A., dei relativi vantaggi e rischi, al fine di garantire un uso *consapevole e critico* delle applicazioni di intelligenza artificiale.

Per fare ciò occorre agire a vari livelli, a cominciare ovviamente dal sistema pubblico di istruzione e dalla formazione. Per l’amministrazione pubblica il nostro Paese è in ritardo. Benché, infatti, il PNRR stabilisca un piano di digitalizzazione della forza lavoro pubblica, esso appare troppo genericamente appiattito sulla alfabetizzazione digitale generica⁸. Il problema, invece, non è solo quello delle competenze digitali di base, perché ciò che importa è costruire un pensiero critico nei confronti dell’I.A. al fine di assicurare una sorveglianza umana effettiva sulla macchina, ciò che implica una conoscenza dei caratteri di fondo della

⁸ Si veda la circolare del Ministro della pubblica amministrazione della primavera 2023 (https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Direttiva_Formazione.pdf).

tecnologia e delle sue logiche di funzionamento, oltre che una consapevolezza su quello che viene chiamato *automation bias*, ovvero la tendenza a fare eccessivo affidamento nella macchina.

Gli Stati Uniti si sono mossi in questa direzione con lo *A.I. Training Act* voluto da Biden nel 2022, il Regno Unito ha previsto un piano di formazione di 5500 funzionari e dirigenti del governo per il governo dell'I.A. e il *Conseil d'État* francese, nel suo rapporto di studio sull'intelligenza artificiale nel settore pubblico ha raccomandato che in ogni scuola dell'amministrazione pubblica venga impartito almeno un corso sulla intelligenza artificiale.

Un altro tema urgente è quello che riguarda la fase di acquisizione dei sistemi di I.A. Come è noto l'amministrazione può procurarsi il sistema sul mercato oppure autoprodurlo, o ancora affidarsi a collaborazioni con enti pubblici di ricerca. Questo è un momento cruciale per le implicazioni che il metodo di acquisizione può avere sia per la gestione e lo scambio dei dati, eventualmente necessari per addestrare il sistema, sia perché l'amministrazione, affidandosi a un sistema fornito da un soggetto privato, potrebbe incorporare valori estranei all'ambiente pubblico. L'amministrazione deve dunque gestire la procedura di acquisizione attraverso funzionari in grado di comprendere le caratteristiche del sistema a seguito di una valutazione complessiva che consideri non solo le caratteristiche tecniche del sistema e i rischi che esso presenta, ma anche le soluzioni alternative e l'impatto ambientale ed energetico che lo accompagnano. Da questo punto di vista l'art. 30 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che stabilisce alcune regole sull'acquisto di sistemi di I.A., appare un primo passo nella direzione di circondare l'attività di procurement di tale tecnologia di cautele e avvertenze adeguate.

5. Il ruolo del giurista e l'importanza di un dialogo consapevole

Per concludere, un cenno al ruolo del giurista. Richiamando quanto è stato detto, a me non pare che il giurista non abbia un ruolo nell'epoca dell'intelligenza artificiale. E non solo perché esso è colui il cui apporto è fondamentale per elaborare le norme e interpretarne il significato, ma anche perché è chiamato ad aprire il diritto alla scienza.

Ci sono state alcune pronunce di giudici amministrativi in cui è mancata l'occasione per questo dialogo e il diritto ha mostrato evidenti limiti nella comprensione del fenomeno che era chiamato a regolare, confondendo algoritmo deterministico (o *model based*) e algoritmo *machine learning* e travisando il significato di automatismo e di autonomia. Mi riferisco, per esempio, al caso Microport⁹, in cui il giudice di prime cure aveva mal compreso le logiche di funzionamento di un algoritmo (per il funzionamento di *pacemakers*), ricavandone la inammissibilità nella procedura di aggiudicazione.

Allo stesso tempo, peraltro, anche lo scienziato informatico è talvolta poco consapevole dei problemi giuridici ed etici che stanno dietro a determinate scelte tecniche o ai dati che vengono utilizzati per addestrare un sistema.

Se dunque un dialogo tra giuristi ed eticisti da un lato e informatici e *computer scientists* dall'altro è necessario per assicurare una *A.I. for good*, giuristi e programmatori devono fare ciascuno la propria parte.

Secondo Cabitza¹⁰, in particolare, è necessario che i *computer scientists* adottino un atteggiamento di estrema prudenza per lo sviluppo, la produzione e l'adozione di tecnologie di cui non si conosce ancora il potenziale trasformativo nei contesti organizzativi e sociali in cui queste vengono adottate su larga scala: tale atteggiamento potrebbe culminare addirittura nella scelta di astenersi dall'azione – quindi, per certi versi, ha elementi di affinità con la dottrina dell'inazione teorizzata nel

⁹ È stato il caso della sentenza del TAR Lombardia (sez. II) 843 del 2021, poi corretta dal Consiglio di Stato, sez. III, nella decisione 7891 del 2021. In particolare, il giudice di prime cure aveva erroneamente stabilito che l'algoritmo di trattamento dell'aritmia non potesse essere altro che l'insieme di passaggi (di stimoli creati dal pacemaker secondo istruzioni predefinite) necessari a fornire al medico una misurazione delle aritmie. Questo concetto non includeva, secondo il TAR, invece, come aveva ritenuto la stazione appaltante, che il dispositivo dovesse essere in grado di riconoscere l'esigenza (quindi di diagnosticare il tipo di aritmia) e somministrare in automatico la corretta terapia meccanica (trattamento). In altre parole, il TAR aveva ritenuto erroneamente che poiché l'algoritmo avviava direttamente il trattamento si trattasse di un algoritmo *machine learning*, tipologia che non era prevista dal bando di gara.

¹⁰ L. FLORIDI, F. CABITZA, *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milano, 2021.

taoismo oppure con il principio del *primum non nocere* – e, nel caso di rischi troppo elevati, nel parziale smantellamento o nella riduzione della componente tecnica e digitale.

È una provocazione proposta per suggerire che, a volte, il vero progresso consiste nell'opporci all'ideale della “innovazione per l'innovazione” (cioè dell'inseguimento del nuovo a ogni costo) e nel riconoscere che quello che si può perdere adottando acriticamente la tecnologia, potrebbe essere troppo importante per correre il rischio che questo avvenga.

L'invito rivolto ai programmatori da Cabitza, insomma, è anche a essere *ethical by undesign*, cioè a opporsi, se necessario, alla tecnologia a oltranza, rinunciando alla tentazione di credere che per ogni problema della nostra società ci sia sempre una soluzione da progettare a tavolino.

D'altro canto, l'invito rivolto ai giuristi, per essere credibili in un dialogo interdisciplinare, è di cercare per quanto possibile di comprendere, prima di tutto, il fenomeno dell'I.A. e le logiche di fondo che ne governano il funzionamento. Per questo, studiare l'impatto dell'I.A. sul diritto e sulle sue categorie giuridiche è un'operazione assai complessa in cui le incertezze e i dubbi (anche di carattere tecnico) possono spesso sopravanzare le certezze.

Ma in fondo, proprio le riflessioni di queste due giornate ci ricordano che nel nostro lavoro è più importante coltivare il dubbio e perseverare nella ricerca che raggiungere la verità, soprattutto considerando che quest'ultima è tanto più difficile da rintracciare in un ambito, quello della tecnologia e dell'I.A., caratterizzato da incessanti sviluppi e mutamenti.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BEL-LANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)
42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)
43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)
44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)
45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)
70. *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)
71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)
72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)
73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)
74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)
75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)
76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)
77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)
78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)
79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/410010>)

81. *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANFRANCO POSTAL, ROBERTO TONIATTI (2024)

82. *Beni a titolarità collettiva e sfruttamento della risorsa idrica. Il caso della Magnifica Comunità di Fiemme* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, DAMIANO FLORENZANO, FLAVIO GUELLA, GIANFRANCO POSTAL (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/412031>)

83. *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future. Atti del convegno, Trento 29 settembre 2023* - (a cura di) ELISA CHIZZOLA, PAOLO GUARDA, VERONICA MARONI, LUIGI RUFO (2024)

84. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/421390>)

85. *Prospettive di superamento del voto "tradizionale". Modelli di voto alternativi alla prova della compatibilità costituzionale* - (a cura di) ALESSANDRO DE NICOLA, VINCENZO DESANTIS (2024)

86. *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio. 21-22 settembre 2023* - (a cura di) SIMONE FRANCA, ALESSANDRA PORCARI, SERGIO SULMICELLI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/434970>)