

Editoriale

Presidenzialismo e autonomia differenziata: un'altra Costituzione

Gaetano Azzariti

p. 3

Le oscillazioni del criterio di riparto di giurisdizione: tra potere vincolato e interesse alla tutela della salute pubblica

Annamaria Bonomo

p. 7

Le attribuzioni dei Garanti territoriali delle persone private della libertà: spunti a partire dal caso ligure

Francesco Picozzi

p. 25

Salus Nostra Extrema Thule (l'ultima "zona d'ombra"). Sull'intrinseca incompatibilità dell'incidente di costituzionalità con il rito pre-elettorale di cui all'art. 129 del Codice del processo amministrativo

Marco Mancini

p. 43

Il diritto alla salute alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

Antonio Saporito

p. 67

Annotazioni su origini ed evoluzioni del *Permitting Ambientale*

Antonio Mitrotti

p. 95

Il rapporto tra la motivazione numerica ed i criteri di valutazione delle prove nei concorsi pubblici

Francesco Blasi

p. 123

Le riunioni a distanza di Consiglio comunale e Giunta nel post emergenza pandemica

Alfio Tommaso Zacco

p. 135

Focus. Governare con gli algoritmi.

L'intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni pubbliche

Introduzione

Mia Caielli

p. 153

La questione del sotto utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo sanitario: spunti di rilievo costituzionale

Marco Orofino

p. 157

Protezione e libera circolazione dei dati personali nel contesto della ricerca medica in Italia. Risposte istituzionali ad un necessario nuovo bilanciamento

Paola Aurucci

p. 173

L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia. Prime riflessioni alla luce della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI

Marta Fasan

p. 189

Il ruolo delle istituzioni in *design*, sviluppo e applicazione dell'IA per il settore della ricerca scientifica

Ludovica Paseri

p. 213

L'acquisto di servizi e sistemi di intelligenza artificiale per la pubblica amministrazione

Mario Di Carlo

p. 227

editoriale

Presidenzialismo e autonomia differenziata: un'altra Costituzione

di Gaetano Azzariti

1. - La volontà di stravolgere definitivamente l'assetto costituzionale è stata dichiarata ad alta voce. Lo abbiamo letto nei programmi dei partiti e lo sentiamo ripetere nelle dichiarazioni esplicite dei leader: presidenzialismo e autonomia differenziata delle Regioni sono questi i due principali obiettivi di riforma istituzionale che si vogliono raggiungere. Come che la si pensi, l'introduzione della forma di governo presidenziale e il passaggio alle Regioni delle vaste competenze in tema di diritti fondamentali ci consegnerebbe ad una nuova Repubblica, abbandonando l'orizzonte dei governi parlamentari e dello Stato delle autonomie improntato a un principio solidaristico, così come disegnato dai padri costituenti.

Almeno una conseguenza dovremmo allora trarla da questa situazione di fatto, dovremmo ammettere che la posta in gioco è il futuro della Costituzione. Chi si riconosce ancora nei valori della Costituzione è avvertito, domani non potremmo dire "non lo sapevo". In caso, dovremmo ammettere che, pur se eravamo consapevoli di quel che ci aspettava, non siamo stati in grado di impedirlo; sperando di non dover invece confessare che non abbiamo fatto nulla per evitarlo, neppure quel poco che potevamo fare.

Il progetto preannunciato non può che suscitare preoccupazioni. Per poter però esercitare liberamente il diritto di critica è necessario sfuggire ad alcuni pregiudizi che, in questi tempi strani, si sono affermati. Così, se si parla in difesa della Costituzione si rischia di essere considerati "conservatori"; se ci si permette di criticare le riforme costituzionali, che possono essere peggiorative, si viene accusati di avere dei "preconcetti ideologici". Per sfuggire a tutto ciò proviamo allora a svolgere alcune considerazioni di carattere rigorosamente empirico, dati di fatto difficilmente contestabili.

2. - Per quanto riguarda il presidenzialismo, si dice: non è un male in sé. Ed in effetti, non si può che constatare che esistono forme di governo democratiche, diverse dalla nostra, che prevedono l'elezione diretta del Capo dello Stato. Gli Stati Uniti o la Francia sono gli esempi solitamente richiamati. Al pari, però, non può negarsi che esistono altri paesi in cui l'elezione popolare del Presidente è all'origine dei tratti autocratici di quei regimi, dall'Ungheria alla Turchia sino ad arrivare in Russia. Dunque, sulla base dei fatti, deve ammettersi che il bene o il male del presidenzialismo dipende dal contesto (in realtà anche dalle diverse idee di democrazia, ma di queste qui non parliamo, volendo rimanere fedeli al nostro impegno di limitarci ad osservazioni empiriche).

Ed è proprio guardando ai diversi contesti che si scorge qual è la condizione necessaria se si vuole evitare la degenerazione del presidenzialismo in autocrazia: l'esistenza di un forte equilibrio tra i diversi poteri, tra Governo e Parlamento in particolare.

In fondo si tratta della traduzione in concreto del sacro principio della divisione dei poteri e dei "checks and balances". L'osservazione dei fatti, dunque, dimostra come tutte le forme di governo presidenziali possono degenerare – a volte tragicamente – in mancanza di un tale solido presupposto, si pensi alle diverse situazioni nei paesi dell'America latina o nei paesi dell'est europeo. Ma si rifletta anche sulle difficoltà delle più consolidate forme di governo presidenziale. L'assalto a Capitol Hill ne rappresenta un segnale inquietante.

Allora la domanda che dovrebbero porsi tutti coloro che si vogliono attenere ai fatti è chiara: vogliamo correre il rischio di un presidenzialismo senza contrappesi? Una possibilità di degenerazione che deve essere considerata reale nel nostro Paese a causa dello stato di grave debolezza del Parlamento. Più in generale è la mancanza di forti contropoteri che rende "pericolosa" una scelta presidenzialista in Italia. Questo al di là di ogni ulteriore considerazione di principio o di natura propriamente politica, ma limitandoci a valutare unicamente gli equilibri istituzionali. In questa specifica prospettiva nessuno può seriamente equiparare il nostro organo legislativo al potentissimo Congresso statunitense, che non esita a bocciare tutte le richieste presidenziali non gradite. Nel nostro Paese un Parlamento debole, che già oggi si trova in condizione di minorità rispetto al Governo (vero dominus dei lavori parlamentari), finirebbe per indebolirsi ulteriormente, rischiando così di trovarsi al servizio di un despota democraticamente eletto. In un contesto del genere, prima di ogni altra cosa ci si dovrebbe chiedere se non sia più saggio cercare di far funzionare il Parlamento meglio di quanto non abbia sin qui fatto, razionalizzandone i lavori, i compiti e il ruolo. Perché di questo avremmo certamente un gran bisogno.

A queste considerazioni se ne deve aggiungere un'ulteriore, fondamentale nel contesto italiano che assegna alla presidenza della Repubblica il ruolo decisivo di garante politico della Costituzione. Un compito che si è rivelato sempre più spesso risolutivo, soprattutto nelle

ricorrenti fasi di lacerante crisi del sistema politico. Ora, è un fatto che, qualunque sia la scelta sul tipo di presidenzialismo e gli effettivi poteri assegnati ai singoli organi costituzionali, un Presidente eletto verrebbe trasformato nel titolare di poteri di governo, e non sarebbe più un garante. Dovremmo dunque rinunciare all'unico organo realmente autorevole di salvaguardia degli equilibri costituzionali attualmente operante. Non a caso si è fatto presente che, subito dopo la riforma, Mattarella dovrebbe dimettersi per lasciare il posto a ben altra figura, con poteri di tutt'altra natura. Possiamo permettercelo?

La possibilità di una torsione autocratica, già latente nel sistema, dovrebbe dissuadere chiunque dal provare a giocare con il fuoco. Se non siamo né gli Usa né la Francia, dove le forme di governo presidenziali o semipresidenziali sono riequilibrare da solidi contrappesi che noi non abbiamo, il rischio è quello di partire per cercare di raggiungere New York o Parigi, ma di ritrovarsi poi a Budapest, ad Ankara o a Mosca. E questa non è solo una metafora.

3. - Per quanto riguarda l'autonomia differenziata, si scrive che in fondo non si tratterebbe altro che di dare attuazione alla Costituzione (all'articolo 116, comma 3). Dunque, i timori di "stravolgimento" sarebbero infondati. In questo caso non si considera la realtà dei fatti e le intenzioni espresse (anzi gli atti già compiuti). Le richieste delle Regioni operano entro una logica di mera appropriazione delle funzioni da parte dei territori economicamente più forti. Una sostanziale "secessione dei ricchi". Ne è riprova la richiesta di Veneto e Lombardia di ottenere tutte le possibili materie di devoluzione, nessuna esclusa. Un tentativo di mera appropriazione delle risorse e volontà di gestione diretta dei servizi pubblici essenziali. È in questo contesto che si rende palese il rischio di un'attuazione dell'autonomia differenziata che operi in violazione dei principi supremi della Costituzione. Basta qui ricordare l'articolo 5 della Costituzione (esplicitamente un "principio fondamentale" non derogabile), che riconosce e promuove le autonomie locali, ma a condizione che si preservi l'unità ed indivisibilità della repubblica. La domanda che dovremmo seriamente porci allora è la seguente: siamo sicuri che attribuire in via esclusiva ad alcune Regioni, fatti salvi i livelli essenziali, materie come sanità, scuola, lavoro ci faccia rimanere ancora una nazione, "una e indivisibile"?

La nostra Costituzione, inoltre, garantisce a tutti i diritti inviolabili su tutto il territorio nazionale. Non è solo il più volte richiamato articolo 117 che prevede che sia lo Stato a determinare i livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali, ma è anche l'articolo 2 (altro "principio fondamentale" non derogabile) che impone di riconoscere e garantire i diritti inviolabili e richiede a tal fine l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In questo caso ci si deve seriamente domandare se si possa attribuire in via esclusiva alle Regioni – bene che vada, fatti salvi i livelli essenziali della

prestazioni, in sigla lep – i nostri diritti fondamentali, senza per questo incrinarne la tutela e l'effettività.

Al fondo è il disegno complessivo definito in Costituzione che viene stravolto. Si vuole passare da un regionalismo solidale a uno competitivo che l'Italia, con i suoi squilibri economici e territoriali, non potrebbe reggere. La corsa ossessiva all'appropriazione delle funzioni (tutte quelle collegate alle materie indicate nell'articolo 116, III comma) finisce per offuscare il vero principio che dovrebbe costituire la bussola per legittimare la più ampia autonomia: quello della "differenziazione" che dovrebbe collegare il decentramento ai diversi bisogni delle Regioni.

Il rischio è quello di spaccare l'Italia, con l'accentuazione di nuove e gravi sperequazioni tra territori. Tra nord e sud, ma anche tra Regioni a statuto speciale, Regioni a statuto ordinario e Regioni con condizioni particolare di autonomia. Una "Babele" che questa ipotesi di autonomia differenziata porta con sé. Non mi pare la soluzione migliore, meglio fermarsi e tornare a riflettere sullo stato delle autonomie e le ragioni della differenziazione.

Vorrei concludere fornendo l'indicazione di una diversa prospettiva. Se volessimo finalmente dare attuazione al regionalismo in Italia, per come previsto in Costituzione, dovremmo iniziare a costruire dalle fondamenta e non dal tetto. E queste sono iscritte non nell'articolo 116, III comma, ma nel successivo articolo 119, che prevede di istituire un fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante, nonché risorse aggiuntive per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale. Una volta ristabilita l'eguaglianza sostanziale ed avvicinate le condizioni di fatto tra i cittadini (come pretende il "principio fondamentale" e non derogabile di cui all'articolo 3), si potrà allora pensare a come devolvere funzioni al fine di assicurare il rispetto dei principi di decentramento amministrativo e le esigenze dell'autonomia in armonia con i principi fondamentali degli articoli 2, 3 e 5 della Costituzione.

queste istituzioni

**Le oscillazioni del criterio di riparto
di giurisdizione: tra potere vincolato
e interesse alla tutela della salute
pubblica**

Annamaria Bonomo

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Le oscillazioni del criterio di riparto di giurisdizione: tra potere vincolato e interesse alla tutela della salute pubblica

Annamaria Bonomo*

Sommario

1. Il riparto di giurisdizione: una questione non ancora risolta. – 2. Posizioni giuridiche soggettive e criteri di distinzione. – 3. La questione del riparto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa sull'obbligo vaccinale. – 4. Il recente contrasto tra Consiglio di Stato e Sezioni Unite. – 5. Le oscillazioni del criterio di riparto tra potere vincolato e formula dell'interesse.

Sintesi

La questione del riparto di giurisdizione in materia di obbligo vaccinale è stata negli ultimi anni oggetto di pronunce contrastanti tra i giudici chiamati ad occuparsi di controversie relative ai professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione. Il profilo di interesse, e di cui ci si occupa in queste brevi note, non attiene, tuttavia, ai profili di legittimità dell'obbligo vaccinale, che rimane sullo sfondo anche per essere già stato affrontato anche in diverse pronunce del giudice amministrativo, quanto quello della verifica della giurisdizione relativamente alle controversie contro gli atti di sospensione disposti dagli ordini professionali in seguito al mancato adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori sanitari. L'occasione è data dalla singolare coincidenza che vede le S.U. della Corte di Cassazione e la III Sezione Consiglio di Stato pronunciarsi a distanza di pochi giorni l'una dall'altra sulla stessa identica fattispecie, in tema di riparto di giurisdizione, relativamente alla questione dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione.

Abstract

The issue of the allocation of jurisdiction in the field of compulsory vaccination has in recent years been the subject of conflicting rulings among judges called to deal with disputes relating to health professionals suspended for non-vaccination. The profile of interest, which is addressed in these brief notes, does not, however, relate to the legitimacy of the obligation to vaccinate, which remains in the background also for having already been addressed in several judgments of the administrative court, as that of the verification of jurisdiction in respect of disputes against suspension acts ordered by professional bodies following the failure of health professionals to comply with the vaccination obligation. The occasion is given by the singular coincidence that sees the U.S. of the Court of Cassation and the III Chamber Council of State pronounce a few days apart on the same identical case, in the matter of division of jurisdiction, on the issue of health professionals suspended for non-vaccination.

Parole chiave

Giurisdizione – Riparto di competenze – Potere vincolato – Obbligo vaccinale.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bari.

1. Il riparto di giurisdizione: una questione non ancora risolta.

Il tema della giurisdizione e del suo riparto è una questione antica nell'ambito del dibattito pubblicistico nazionale, ma che continua ad essere di perdurante attualità¹. Da quando, alla fine del XIX secolo, il nostro ordinamento scelse di optare per un sistema dualista di giustizia amministrativa, accogliendo un modello basato sulla pluralità delle giurisdizioni², la questione del riparto non ha smesso di sollevare contrasti giurisprudenziali i cui effetti si riverberano sulle posizioni dei soggetti che di volta in volta necessitano di tutela.

Tutta la storia della giustizia amministrativa è stata contrassegnata dalla contesa tra le due giurisdizioni, dato immanente e costitutivo del nostro sistema dualista, generato dalla necessità di un controllo giudiziario sul potere discrezionale dell'amministrazione e di assicurare una maggiore tutela a quegli "affari non compresi" nella nozione di diritto civile o politico, rispetto ai quali, nella legge abolitrice del contenzioso, la tutela giurisdizionale era preclusa³.

Recentemente il contrasto ha interessato le numerose controversie sorte nelle ipotesi di inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte dei professionisti sanitari, questione che, in ragione dell'intreccio delle posizioni giuridiche soggettive sottese, ha generato diverse difficoltà nell'individuazione della giurisdizione da parte dei ricorrenti.

È storia arcinota quella delle significative difficoltà che il nostro sistema, all'indomani dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, ha dovuto affrontare in ragione della coesistenza di due ordini giurisdizionali cui è affidata la tutela delle controversie di cui sia parte una pubblica amministrazione. La caratterizzazione in senso dualista del sistema di giustizia amministrativa ha posto sin da subito la giurisprudenza e la dottrina del nostro ordinamento di fronte al problema di individuare un criterio certo per stabilire i confini tra le due giurisdizioni. Nella quasi totale assenza di riferimenti normativi, il problema del limite interno di giurisdizione ovvero la difficile opera di individuazione dei parametri per ripartire tra due giudici dai poteri così diversi le controversie di cui fosse parte una pubblica amministrazione, fu lasciata ai giudici

¹ Cfr. C. CONTESSA, *L'attualità del riparto di giurisdizione a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa*, 2020, che osserva come «le ragioni della perdurante attualità del tema sono evidenti e ben note: l'intera storia del diritto amministrativo nazionale tende a coincidere per una sua parte importante con quella del Giudice amministrativo, così come l'intera storia della giustizia amministrativa (e del suo Giudice) è costellata di vere e proprie *azioni di regolazione dei confini* che trovano il proprio campo di elezione sul terreno della giurisdizione». Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, XXXX.

² C. CONTESSA, *L'attualità del riparto di giurisdizione*, cit., p. 9.

³ Sull'evoluzione della giustizia amministrativa a partire dalla legge n. 2248/1865 si veda *ex multis* A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 ss.

stessi ed è proprio dall'analisi delle loro decisioni, nonché dalle elaborazioni della dottrina che è possibile individuarne i principi direttivi⁴.

È appena il caso di ricordare che il criterio che ha prevalso, ed ancora oggi in vigore, è quello della *causa petendi* (o *petitum* sostanziale), che individua il giudice in base alla posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, affermato nel noto concordato giurisprudenziale del 1930 in cui la Corte di Cassazione⁵ e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶ affermarono quasi contestualmente che ciò che rilevava ai fini dell'attribuzione all'uno o all'altro ordine giurisdizionale era il tipo di posizione che si riteneva violata, indipendentemente dalla natura del provvedimento giurisdizionale richiesto dall'interessato (c.d. criterio del *petitum*)⁷.

Tale conformazione sarà accolta e cristallizzata nella Costituzione che all'art. 113 costituzionalizza i cardini del sistema dualista e codifica il criterio della *causa petendi* come criterio di riparto fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa⁸. La stessa Costituzione, tuttavia, all'art. 103 Cost., co. 1, fornisce anche lo strumento per il superamento di tale regola, attribuendo al legislatore la possibilità di introdurre materie di "giurisdizione esclusiva" nelle quali il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti soggettivi. Com'è noto, il legislatore ha nel corso del tempo, e con un'intensificazione nell'ultimo decennio del secolo scorso, dato ampia attuazione alla disposizione costituzionale devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo numerose materie. L'estensione del numero di materie, solo parzialmente circoscritta dagli interventi della Corte costituzionale degli anni 2004-2006⁹, oggi elencate all'art. 133 del CPA, ha di fatto introdotto un secondo criterio di riparto della giurisdizione, il c.d. "criterio per blocchi di materie", che si basa sull'inerenza della controversia ad una certa materia¹⁰. Se l'introduzione della giurisdizione esclusiva è stata sicuramente di

⁴ Su queste tematiche *ex multis* A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss..

⁵ S.U. Cassazione, sentenza 15 luglio 1930, n. 2680, Pres. D'Amelio.

⁶ Cons. Stato, decisioni nn. 1 e 2 del 14 giugno 1930, Pres. Romano. In argomento cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 14 ss.

⁷ La vicenda sottesa dal c.d. concordato è ben nota. All'interno del Consiglio di Stato (tra la Quarta e la Quinta Sezione) e nei confronti delle Sezioni Unite della Cassazione era in discussione il criterio empirico del riparto della giurisdizione, nell'ambito delle teorie della c.d. doppia tutela, se cioè in presenza dello stesso «episodio di vita», possa legittimamente adirsi il giudice amministrativo allorché si invochi l'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo o alternativamente il giudice ordinario allorché si richieda il risarcimento, indipendentemente dalla situazione soggettiva lesa (teoria del *petitum*); oppure, quale che sia il *petitum*, ciò che rilevi sia soltanto l'individuazione della situazione soggettiva (teoria della *causa petendi*). L'allineamento dei due giudici di vertice sancì la vittoria del criterio della *causa petendi* (o del *petitum sostanziale*), mettendo definitivamente da parte il congegno della doppia tutela. Per tutti cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 135 ss.

⁸ R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 517 ss.

⁹ Corte costituzionale sentenza 6 luglio 2004, n. 204 e sentenza 11 maggio 2006 n° 191.

¹⁰ Emblematica al riguardo è la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 500 del 1999, la quale giunge ad affermare che, con il Decreto legislativo n. 80 del 1998 il Legislatore avesse operato «una decisa scelta nel

aiuto nel risolvere il problema del riparto in tutte quelle vertenze nelle quali il criterio fondato sulle situazioni soggettive risultava di difficile applicazione, tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale mostra come la questione della giurisdizione continui a sollevare difficoltà applicative perché, nelle materie non affidate alla giurisdizione esclusiva nelle quali sarà ancora necessario utilizzare il criterio della *causa petendi* per l'individuazione della giurisdizione.

2. Posizioni giuridiche soggettive e criteri di riparto.

L'aver posto a fondamento del criterio di riparto la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio ha sollevato fin da subito il problema della distinzione tra le posizioni che possono fronteggiare la pubblica amministrazione. L'accertamento della posizione soggettiva che si intende tutelare davanti al giudice (diritto soggettivo o interesse legittimo) in ragione della quale si afferma il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo diventa dunque l'oggetto di una necessaria verifica preliminare di rito da parte del giudice adito, il quale nel tempo ha elaborato diversi criteri per l'attribuzione della giurisdizione.

Senza poter ripercorrere in questa sede un dibattito teorico assai complesso, che ha dato luogo a differenziate elaborazioni dottrinali sui criteri di distinzione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dell'amministrazione¹¹, è sufficiente ricordare che, tra le principali strade percorse, la tesi affermata si basa sulla nota formula "carenza di potere e scorretto esercizio del potere"¹². Secondo tale tesi, si ha carenza di potere quando si contesti la stessa esistenza di un "potere" autoritativo riconosciuto dalla legge in capo all'amministrazione che ha agito (incompetenza assoluta o carenza dei presupposti necessari) e dunque, precludendo il vizio all'atto di produrre alcun effetto giuridico, la posizione del privato rimarrà quella originaria di diritto soggettivo¹³. In caso invece, di cattivo esercizio del potere, quando cioè il potere idoneo sussista, ma sia stato esercitato male, l'illegittimità del provvedimento non incide sulla sua efficacia e la posizione del privato sarà configurabile come di interesse legittimo. Tale criterio è arrivato pressoché immutato sino ad oggi tanto da essere recepito anche dall'art. 7 CPA che fa riferimento all'"esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo".

senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia».

¹¹ La distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è uno degli enigmi più controversi della storia giuridica italiana oggetto di "mille ed una interpretazioni" così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 115.

¹² Tesi accolta dalla Corte di cassazione a partire dal secondo dopoguerra cfr. Cass. S.U., 4 luglio 1949, n. 1657.

¹³ Il potere autoritativo, come noto, rappresenta il vero fattore sottinteso della giurisdizione, secondo l'insegnamento reso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004.

Limitandosi qui unicamente a richiamare le altre teorie elaborate dalla dottrina e giurisprudenza al fine di distinguere tra le posizioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo, esse hanno fatto leva sulla teoria della degradazione dei diritti, sulla distinzione tra norme di relazione e norme di azione e su quella tra attività discrezionale e attività vincolata¹⁴. È proprio con riferimento a quest'ultima tesi, basata sulla diversa natura del potere, che si registrano i più frequenti contrasti in tema di riparto che vedono contrapporsi i giudici supremi delle due giurisdizioni.

Tale criterio di riparto, che si basa sull'assunto in base al quale del potere discrezionale in quanto deve conoscere il giudice amministrativo, mentre del potere vincolato il giudice ordinario, trova una delle maggiori difficoltà nella qualificazione delle posizioni soggettive di fronte all'esercizio dell'attività vincolata dell'amministrazione nonché nella questione dell'ammissibilità teorica di un provvedimento amministrativo che incide sul diritto soggettivo¹⁵.

Tradizionalmente, quando la legge conferisce all'amministrazione in ragione della cura dell'interesse pubblico il potere di compiere una scelta discrezionale tra più opzioni possibili, ciò implica la possibilità per l'amministrazione di definire in modo autoritativo l'assetto di interessi, innovando rispetto alla norma attributiva del potere. In questi casi la ponderazione degli interessi in gioco porterà ad una decisione che non sarebbe ricavabile interamente dalla norma, ma che si determina in seguito alla intermediazione dell'amministrazione che esercita il potere e che dunque configura in capo al privato destinatario una situazione di interesse legittimo¹⁶.

Quando l'attività è vincolata invece, poiché la norma attributiva del potere definisce in modo puntuale tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, lo spazio lasciato all'amministrazione è di mero accertamento della corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta prevista dalla norma e, laddove i presupposti ricorrano, il contenuto della decisione è predeterminato dalla norma¹⁷. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione, cioè, non abbia

¹⁴ Sulle diverse teorie di distinzione punto si veda M. C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2018, 33, p. 37 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 116 ss.

¹⁵ Sulla correlazione biunivoca tra potere vincolato e titolarità di un diritto soggettivo si vedano A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 e ss.); C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985. Cfr. M.C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, cit., p. 52 ss., secondo la quale si tratta di una possibilità che in un certo senso è implicitamente ammessa nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dove è lo stesso legislatore che riconosce che di fronte ad una data attività amministrativa, riconducibile all'esercizio del potere, esiste un intreccio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'interesse legittimo, come al diritto soggettivo.

¹⁶ F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 79.

¹⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006. Sul se l'atto amministrativo vincolato non sia espressione di potere amministrativo poiché quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell'atto non v'è potere amministrativo, ovvero l'atto vincolato sia in sé una decisione perché senza la sua adozione l'effetto giuridico non si

margine di scelta, il privato può, se possiede i requisiti indicati dalla legge, senz'altro ottenere il bene giuridico al quale aspira e quindi è titolare di un diritto soggettivo¹⁸.

In base a questa ricostruzione, se l'attività dell'amministrazione si configura come potere discrezionale il privato potrà vantare una posizione di interesse legittimo tutelabile davanti al giudice amministrativo, viceversa nel caso di attività vincolata, non vi sarebbe esercizio di un potere e il privato rimarrà titolare di una posizione di diritto soggettivo la cui tutela spetterà al giudice ordinario¹⁹.

Non mancano tuttavia opinioni contrarie, espresse da altra parte della dottrina che ritiene che in capo all'amministrazione rimanga in ogni caso il potere di produrre gli effetti giuridici attraverso l'esercizio della sua attività (riserva di amministrazione) e quindi, nel momento in cui vi è potere, la posizione del privato di fronte alla decisione amministrativa sarà comunque di interesse legittimo, tanto che la decisione sia espressione di un'attività vincolata, quanto che sia manifestazione di un'attività discrezionale²⁰.

È stato altresì ritenuto e precisato dalla giurisprudenza amministrativa che l'attività vincolata non determina automaticamente l'assenza di discrezionalità e di esercizio del potere. Molto diffusa in giurisprudenza, infatti, la tesi che sostiene che in presenza del potere vincolato si verifichi una bipartizione delle posizioni soggettive in relazione all'interesse in vista del quale il vincolo è stato posto²¹. Non è quindi sufficiente accertare che l'azione dell'amministrazione sia

produce cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 251; E. FOLLIERI, *Potere vincolato e potere discrezionale puro*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

¹⁸ Com'è noto, tuttavia, nelle considerazioni della dottrina, la nozione di "atto vincolato" comprende diverse rappresentazioni: dall'atto vincolato come espressione di un potere di accertamento, ovvero come adempimento di un dovere, o ancora alla negazione dell'esistenza di un potere vincolato, sino all'accoglimento di una più ampia nozione di "attività vincolata". Per una recente ricostruzione del dibattito cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi* n.7/2017, p. 16; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

¹⁹ Sulla difficoltà di tracciare una linea di demarcazione netta fra attività discrezionale, da un lato, ed attività vincolata, dall'altro. Cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 506; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; F. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit., p. 16.

²⁰ F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 1 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 495; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *ingiustizia-amministrativa*, 2019, che cita anche la pronuncia della Corte cost. n. 127/1998 secondo la quale costituisce «un postulato privo di qualsiasi fondamento [...] che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi». Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, p. 653, che invece ritiene irrilevante la distinzione tra potere discrezionale e vincolato ed esclude in radice l'esistenza di poteri vincolati.

²¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 62 ss.

vincolata, ma occorre verificare il fine per il quale il vincolo è stato posto all'amministrazione²². Se il potere sia stato attribuito nell'interesse dei destinatari la posizione è di diritto soggettivo, se invece il vincolo sia stato posto nell'interesse pubblico generale, la situazione del privato si configurerebbe come di interesse legittimo. In sintesi, quando il potere è vincolato ad un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse²³. L'analisi della giurisprudenza ci restituisce che, al di là delle ripartizioni teorizzate in via generale, i problemi applicativi sono molteplici e dovrà sempre verificarsi la posizione giuridica sottesa ed incisa dalla situazione.

3. La questione del riparto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa sull'obbligo vaccinale.

La questione del riparto di giurisdizione in materia di obbligo vaccinale è stata negli ultimi anni oggetto di pronunce contrastanti tra i giudici chiamati ad occuparsi di controversie relative ai professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione. Si tratta di un argomento destinato ad essere superato in considerazione dell'abolizione dal 1° novembre 2022 dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, ma sulla cui legittimità si è pronunciata proprio recentemente la Corte costituzionale, giudicando le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario "non irragionevoli, né sproporzionate"²⁴.

Il profilo di interesse, e di cui si occupa in queste brevi note, non attiene tuttavia, ai profili di legittimità dell'obbligo vaccinale, che rimane sullo sfondo anche per essere già stato affrontato anche in diverse pronunce del giudice amministrativo²⁵, quanto quello della verifica

²² Tale considerazione dell'interesse sul piano del riparto di giurisdizione già emergeva ben chiara e veniva assunta a criterio dall'Adunanza plenaria del Cons. Stato del 1° gennaio 2007, n. 87 che enunciava questo principio: «anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica ... occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo»; di conseguenza, «applicando le esposte coordinate ricostruttive, ritiene questa Adunanza Plenaria che la controversia sia stata correttamente ritenuta dal giudice di primo grado di competenza del giudice amministrativo».

²³ A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, in *giustiziainsieme*, 2021.

²⁴ Corte costituzionale, 1° dicembre 2022, non ancora depositata al momento in cui si scrive. Ugualmente non fondate, inoltre, sono state ritenute le questioni proposte con riferimento alla previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico.

²⁵ Cfr. per tutti l'ampia pronuncia del Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045 (in *Foro it.* 2022, III, 1, con ampia nota redazionale) che ha affermato la legittimità dell'obbligo vaccinale. Nelle parole dei giudici «la vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il principio di solidarietà, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili. Nel dovere di cura, che incombe sul personale sanitario, rientra anche il dovere di tutelare il paziente, che ha fiducia nella

della giurisdizione relativamente alle controversie contro gli atti di sospensione disposti dagli ordini professionali in seguito al mancato adempimento dell'obbligo vaccinale da parte degli operatori sanitari.

L'occasione è data dalla singolare coincidenza che vede le S.U. della Corte di Cassazione e la III Sezione Consiglio di Stato pronunciarsi a distanza di pochi giorni l'una dall'altra sulla stessa identica fattispecie, in tema di riparto di giurisdizione, relativamente alla questione dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione.

Osservando il dato normativo oggetto delle due decisioni, la questione riguarda l'obbligo vaccinale dei professionisti sanitari sancito espressamente dal d.l. 1° aprile 2021, n. 41²⁶. Tale decreto ha stabilito, altresì, che tale vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio delle professioni e delle prestazioni rese da tali lavoratori (art. 4, comma 1) e che il rifiuto del vaccino, non giustificato da un "accertato pericolo per la salute" (comma 2), ed in assenza di mansioni alternative disponibili, anche inferiori, che non comportino contatti interpersonali o rischio di diffusione del contagio (comma 8), determina la sospensione dalla prestazione e dalla retribuzione (comma 6), fino al 31 dicembre 2021, o fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale (comma 9). Quanto al sistema delle fonti, la normativa, da un lato, è intervenuta ad assicurare copertura costituzionale all'obbligo vaccinale, sancendo il collegamento con la "tutela della salute pubblica"; dall'altro lato, ha consentito di soddisfare i requisiti della riserva di legge previsti dall'art. 32, comma 2, Cost., per l'introduzione dell'obbligo vaccinale, escludendo quindi possibili profili di illegittimità costituzionale anche alla luce della sentenza della Consulta n. 5 del 2018.

La vaccinazione nell'ambito del rapporto di lavoro concernenti le professioni sanitarie viene invero qualificata dal legislatore sia in termini di obbligo che di onere, in quanto requisito essenziale per lo svolgimento di tali attività. L'art. 4, dal comma 3 al comma 7, inoltre prevede un'articolata scansione procedimentale volta a regolare le modalità operative dell'obbligo vaccinale e alla verifica dell'adempimento, a partire dall'atto di accertamento dell'ottemperanza da parte del destinatario dell'obbligo vaccinale sino, in caso di esito negativo, al provvedimento di immediata sospensione dell'esercizio della professione sanitaria da parte dell'Ordine professionale territorialmente competente.

sicurezza non solo della cura, ma anche nella sicurezza di chi cura e del luogo in cui si cura, e questo essenziale obbligo di protezione di sé e dell'altro non può lasciare il passo a visioni individualistiche ed egoistiche, non giustificate in nessun modo sul piano scientifico» (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85). Cfr. A. DE MATTEIS, *Dal Tribunale di Belluno al Consiglio di Stato 20 ottobre 2021 n. 7045. Uno sguardo sulla giurisprudenza in tema di obbligo di vaccino*, in *Labor*, 5 novembre 2021.

²⁶ D.l. 1° aprile 2021, n. 41 recante *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*, in G.U. 1° aprile 2021, convertito con modificazioni nella legge 28 maggio 2021, n. 76 in G.U. 31/05/2021, n. 128.

Si tratta di una questione che coinvolge, come spesso accade quando si tratta della materia sanitaria, più interessi, sia pubblici che privati. L'imposizione dell'obbligo vaccinale nei confronti dei sanitari è infatti strumentale alla soddisfazione sia di interessi pubblici, quali quello alla tutela della salute collettiva e quello al mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'esercizio delle prestazioni "sanitarie", ma anche di interessi privati, quali il "diritto" al libero esercizio della professione e, più in generale, il diritto alla libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro.

Il dato singolare è che i giudici di ultima istanza delle due giurisdizioni hanno adottato a pochi giorni di distanza due decisioni in netto contrasto tra loro. Si tratta di un aspetto comunque non eccessivamente sorprendente, poiché sintomatico di un'oscillazione già presente nelle pronunce dei giudici ordinari e amministrativi relativamente a questioni di giurisdizione in ipotesi di doglianze sui provvedimenti di sospensione per mancata vaccinazione, ma su cui in ogni caso occorre riflettere perché sintomatico di una tensione.

Si può dire fin d'ora che tendenzialmente, anche se con qualche eccezione, nelle precedenti pronunce in materia, ciascuno dei due ordini giurisdizionali è orientato a sostenere la sussistenza della propria giurisdizione.

Osservando la giurisprudenza amministrativa nelle ipotesi di impugnazione di atti di sospensione dei professionisti sanitari per mancata vaccinazione, essa si è prevalentemente espressa a favore della giurisdizione del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato in diverse pronunce²⁷, di cui l'ultima del 20 giugno 2022²⁸, ha ritenuto, che il procedimento diretto ad accertare se il personale sanitario, iscritto in un ordine professionale, abbia ricevuto il vaccino, rappresenti l'espressione dell'esercizio di un potere discrezionale ed autoritativo "di carattere eminentemente pubblicistico". Tale carattere, che si riverbera anche sull'atto di sospensione in quanto atto consequenziale rispetto all'esercizio del potere, definisce dunque la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto l'intera fattispecie va ad incidere su posizioni di interesse legittimo.

Nello stesso senso si sono successivamente espressi diversi giudici di prime cure. Il primo provvedimento sulla questione fu adottato il 5 agosto 2021 dal TAR Puglia, Lecce che, con una motivazione particolarmente interessante, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo. Premettendo che il d.l. n. 44/21 appartiene alla categoria delle leggi-provvedimento, il Tar pugliese ha qualificato la comunicazione di sospensione come atto meramente ricognitivo di un effetto già verificatosi *ex lege*, e nonostante ciò autonomamente impugnabile quale unico mezzo per introdurre un giudizio sulla costituzionalità della legge-

²⁷ Cons. Stato, sez. III, ord. 22 dicembre 2021 n. 6791, 23 dicembre 2021 n. 6796 e 4 febbraio 2022 n. 583.

²⁸ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20 giugno 2022, n. 5014.

provvedimento; ciò premesso, ha respinto il ricorso perché il diritto dell'individuo deve ritenersi “decisamente recessivo” rispetto all'interesse pubblico sotteso alla normativa²⁹.

Posizione analoga quella del TAR Friuli-Venezia Giulia con la sentenza 10 settembre 2021 n. 262, che, respingendo il ricorso di una operatrice sanitaria volto all'annullamento del provvedimento di sospensione per mancata vaccinazione emesso dalla ASL di cui era dipendente, ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto «la scelta di imporre l'obbligo vaccinale ai sanitari risponde – in modo pressoché esclusivo – al primario interesse pubblico costituito dalla tutela della salute collettiva, a fronte del quale la posizione del privato inevitabilmente recede». Osserva il collegio che «l'interesse a prevenire lo sviluppo della malattia da Covid-19 in capo agli operatori sanitari, nel contesto dell'emergenza pandemica, assume un'indubbia valenza pubblicistica, giacché garantisce la continuità delle loro prestazioni professionali e, quindi, l'efficienza del servizio fondamentale cui presiedono»³⁰.

Non mancano, tuttavia, le pronunce di alcuni Tribunali amministrativi a favore della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto atto inerente al rapporto di lavoro privatizzato³¹. In particolare, il TAR Toscana con le sentenze nn. 200 e 201 del 17 febbraio 2022 e n. 1565 del 26 novembre 2021³², in controversie relative ad atti di sospensione dell'attività per professionisti sanitari inadempienti all'obbligo vaccinale, ha dichiarato inammissibili i ricorsi per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, perché la questione in oggetto concerneva la tutela di una posizione di diritto soggettivo a fronte della quale non era configurabile alcun esercizio di potere autoritativo o discrezionale da parte dell'ente resistente. In particolare, argomenta la sentenza n. 1565/21, poi riformata dal Consiglio di Stato, posto che ai fini dell'individuazione del giudice competente (in assenza di giurisdizione esclusiva) è dirimente la natura giuridica della posizione dedotta in giudizio, deve ritenersi che nella fattispecie in esame i ricorrenti pretendono di fare valere il diritto al libero esercizio della professione sanitaria. Infatti, prosegue la sentenza, «quello all'esercizio della professione è un diritto disciplinato integralmente dalla legge quanto a presupposti e modalità di svolgimento, e le operazioni valutative presenti nell'ambito procedimentale di cui si discute non sono interne ad un potere pubblicistico poiché l'amministrazione, nel rapporto *de quo*, si pone su un piano paritetico essendo lo stesso integralmente disciplinato dalla legge. Nella fattispecie l'amministrazione ha il solo compito di

²⁹ TAR Puglia, Lecce, sez II, decreto 5 agosto 2021, n. 480.

³⁰ TAR Friuli-Venezia Giulia, sentenza 10 settembre 2021 n. 262 che aggiunge «Sotto altro profilo, è di valenza pubblicistica anche l'interesse a mitigare l'impatto sul SSN – in termini, soprattutto, di ricoveri e occupazione delle terapie intensive – che potrebbe comportare l'incontrollata diffusione della malattia da Covid-19 in capo a soggetti naturalmente esposti, in misura maggiore rispetto alla media, al rischio di contagio e che costituiscono un insieme numericamente considerevole della popolazione nazionale».

³¹ A. DE MATTEIS, *Una panoramica del flusso normativo e della giurisprudenza sulla pandemia da Covid*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3, 2022, p. 24 ss.

³² TAR Toscana, Sez. 2 - Firenze, 26 novembre 2021, n. 1565

verificare la sussistenza dei requisiti indicati dalla legge per l'esercizio della professione sanitaria in relazione all'obbligo vaccinale che incombe sugli operatori ad essa adibiti; ogni valutazione di pubblico interesse in proposito è già stata compiuta dal legislatore subordinando detta professione (in aggiunta ai requisiti già esistenti) all'obbligo di vaccinazione contro il Covid 19»³³.

Sempre in favore della giurisdizione del giudice ordinario si è espresso in più occasioni il TAR Veneto³⁴, ritenendo che al datore di lavoro pubblico non sia stato attribuito alcun potere pubblico autoritativo o comunque dispositivo delle situazioni giuridiche medesime, ma solo quello di “fotografare” l'inadempimento mediante un atto di accertamento rispetto al quale la situazione giuridica del sanitario non è qualificabile in termini di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo. Dunque, l'atto di sospensione, ancorché all'esito di una sequenza procedimentalizzata, costituisce conseguenza *ex lege*, non intermediata dall'esercizio di un potere autoritativo ed è sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario.

In ordine cronologico, in una delle ultime decisioni il Consiglio di Stato nel giugno del 2022 è tornato, con una motivazione particolarmente approfondita, ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo³⁵. Secondo il collegio, in primo luogo, la giurisdizione amministrativa di legittimità sussiste in base, all'art. 7 del Cpa, quando sono impugnati atti emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato, così come affermato dalla Corte costituzionale, per la quale è un “postulato privo di qualsiasi fondamento” il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo³⁶. Secondo i giudici di Palazzo Spada la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste dunque perché è stato impugnato un atto autoritativo e «come avviene in pressoché tutti i settori nei quali gli atti autoritativi incidono su attività riconducibili all'esercizio di “diritti”, le posizioni correlative sono di interesse legittimo, che costituisce il diaframma intercorrente tra l'atto autoritativo e la sfera giuridica del suo destinatario» (Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257). Inoltre, i giudici di appello fanno riferimento al profilo della finalità perseguita dalla norma primaria, per cui, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, (in particolare, l'art. 4 del d.l. 44/21

³³ Cons. Stato n. 5014 del 2022 che al punto 3.2 della motivazione richiama le motivazioni della sentenza di primo grado.

³⁴ TAR Veneto, ord. 20 gennaio 2022 n. 141 e 142, 26 gennaio 2022 n. 168, 31 gennaio 2022 n. 183, 186, 188 e 189; 2 febbraio 2022 n. 207; 14 febbraio 2022 n. 290.

³⁵ Cons. Stato, n. 5014/2022, cit. Il TAR Toscana aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario avendo la fattispecie ad oggetto un diritto soggettivo ovvero il ‘diritto’ dell'interessato a svolgere liberamente un'attività professionale, ovvero un'attività lavorativa intellettuale di rilievo economico, ai sensi degli articoli 4 e 41 della Costituzione. Il Consiglio di Stato accoglie l'appello e rimette la questione al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105 del Cpa.

³⁶ Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1998, n. 127.

ha disposto l'obbligo vaccinale «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza») la situazione vantata dal privato non possa che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo³⁷.

4. Il recente contrasto tra Consiglio di Stato e Sezioni Unite.

Il 29 settembre 2022 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tornano sulla questione chiamate a risolvere un conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal TAR Marche. La controversia era stata promossa da parte di un fisioterapista libero professionista sanitario, adducendo il proprio “diritto all'esercizio di una attività professionale regolamentata”, davanti al Tribunale di Ancona che, ai sensi dell'art. 11 CPA, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore di quella del giudice amministrativo. Secondo il tribunale ordinario, aderendo ad un orientamento, fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa³⁸, l'atto di accertamento dell'ottemperanza da parte dell'operatore sanitario dell'obbligo vaccinale – al quale consegue, come effetto automatico, la sospensione dall'esercizio della professione ad opera dell'Ordine competente – inerisce all'esercizio di un potere discrezionale ed autoritativo e dunque appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo. In seguito alla riassunzione del giudizio, il TAR Marche solleva il conflitto negativo di giurisdizione davanti alle Sezioni Unite esprimendosi a favore della giurisdizione del giudice ordinario e argomentando che l'obbligo vaccinale discende immediatamente dalla legge e l'amministrazione non dispone di un potere autoritativo, ma di mero accertamento di fronte al diritto alla salute che è un diritto fondamentale che non può essere compresso e come tale degradato da un provvedimento amministrativo.

Le Sezioni Unite si pronunciano per la giurisdizione del giudice ordinario sulla base dei seguenti essenziali passaggi motivazionali: la giurisdizione si determina sulla base del *petitum* sostanziale costituito nella specie dalla pretesa del diritto dell'operatore sanitario ad esercitare l'attività libero professionale; la sospensione costituisce una conseguenza *ex lege* della mancata vaccinazione e non l'oggetto di un provvedimento autoritativo discrezionale; nel momento in cui la norma non attribuisce alcun potere discrezionale in capo all'amministrazione, potendo la ASL compiere solo un mero accertamento dell'inadempimento si verte nel campo dei diritti soggettivi devoluti al giudice ordinario. Nelle parole della Suprema Corte «*nel caso di specie, nessun potere discrezionale è attribuito alla pubblica amministrazione nella conformazione del diritto all'esercizio della professione sanitaria, il cui svolgimento – e, dunque, il suo pieno dispiegarsi come posizione soggettiva piena e immediatamente tutelabile - viene sospeso temporaneamente*

³⁷ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20 giugno 2022, n. 5014 del punto 5.3 della motivazione.

³⁸ *Ex multis*, Cons. Stato, sentenza 20 dicembre 2012, n. 8454.

in ipotesi di inadempimento dell'obbligo vaccinale in forza delle previsioni dettagliatamente recate dalla fonte legislativa»³⁹.

La Cassazione, dunque, fonda la sua motivazione assumendo in maniera netta, e probabilmente eccessivamente rigorosa, la differenziazione tra l'attività vincolata e quella discrezionale che adotta come criterio di riparto tra le due giurisdizioni. La presa di posizione delle Sezioni Unite, evidentemente mossa da un intento limitativo degli spazi cognitori del giudice amministrativo, esprime una interpretazione non univocamente accolta in dottrina e giurisprudenza⁴⁰. In realtà si tratta di un criterio che in molte occasioni lo stesso legislatore ha inteso superare. Com'è noto, nello stesso codice sul processo amministrativo sono contenute diverse ipotesi in cui al giudice amministrativo si riconosce sindacare anche l'attività vincolata dell'amministrazione, come, ad esempio, la possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi, nell'azione avverso il silenzio, sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio «quando si tratta di attività vincolata» (art. 31 comma 3, Cpa)⁴¹.

Ad una soluzione opposta giunge viceversa pochi giorni dopo il Consiglio di Stato, che sull'impugnazione della ricorrente in primo grado della decisione sulla giurisdizione⁴², afferma che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo e rimette la questione al primo giudice.

I giudici di appello non contestano il carattere vincolato dell'attività oggetto di impugnazione in quanto (e su questo concordano con le Sezioni Unite) il potere vincolato non tocca solo diritti soggettivi, ma può anche riguardare, come nella fattispecie, interessi legittimi, ma fanno riferimento al criterio della finalità perseguita dalla norma primaria. Si tratta di una distinzione che si fonda sulla tesi, già prospettata in maniera chiara dall'Adunanza Plenaria n. 8/2007, secondo la quale occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, e dunque si deve «distinguere, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico»⁴³.

Nella controversia in esame, secondo il Consiglio di Stato la norma che attribuisce il potere di sospensione del professionista sanitario è immediatamente e direttamente rivolta alla tutela

³⁹ SU Cass., ordinanza n. 28429 del 29 settembre 2022, punto 5.2. della motivazione.

⁴⁰ Si veda infra § 3.

⁴¹ Sulla tutela processuale avverso il silenzio, si vedano *ex multis* G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, p. 997 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 116 ss.

⁴² Il Tar aveva declinato in favore del giudice ordinario in quanto l'ordine impugnato era stato emesso «in applicazione di una norma di legge – e, in particolare, l'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 – che non ammette l'esercizio di potestà discrezionali, residuando perciò all'interessato un diritto soggettivo alla corretta applicazione della misura contestata, una situazione giuridica tutelabile avanti al giudice ordinario».

⁴³ Cons. Stato, Ad. Plen. 24 maggio 2007, n. 8.

dell'interesse pubblico e non del singolo amministrato e dunque l'atto resta espressione di un potere autoritativo e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. In questo caso la norma attributiva del potere (art. 4 d.l. 44/21) individua nella tutela della salute pubblica il fine da realizzare che funzionalizza l'azione amministrativa e giustifica l'adozione obbligatoria del provvedimento in questione, di fronte al quale i destinatari non sono titolari di diritti, ma solo di interessi legittimi.

La terza sezione del Consiglio di Stato, riaffermando dunque quanto già espresso nell'precedente sentenza n. 5014 del 20 giugno 2022, afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa, in quanto «si è al cospetto di un potere esercitato dall'autorità sanitaria per garantire attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico volto ad evitare la diffusione del virus o comunque il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali»⁴⁴.

5. Le oscillazioni del criterio di riparto tra potere vincolato e formula dell'interesse.

Dalle argomentazioni dei due giudici emerge come l'elemento sottinteso che determina il cambio di giurisdizione è il potere amministrativo: per la Cassazione l'atto vincolato, nella fattispecie la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria, non rappresenta l'espressione di potere autoritativo, per il Consiglio di Stato l'atto vincolato invece è comunque espressione di potere autoritativo.

Affiora dagli orientamenti richiamati la nota divergenza da tempo presente nel dibattito teorico sul significato stesso da attribuire alla nozione di potere, tra coloro che ritengono che il potere sia la facoltà di produrre unilateralmente effetti giuridici, e coloro che invece reputano che il potere sia la capacità non solo di produrre unilateralmente effetti giuridici, ma in grado di innovare, cioè di produrre effetti che non siano interamente predeterminati da una norma. Trattandosi, evidentemente, di questioni di grande rilievo sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, si può osservare che tale contrapposizione si riflette nell'applicazione giurisprudenziale che ancora stenta a trovare una convergenza su posizioni comuni.

In realtà come è stato osservato, la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni nell'attuale quadro normativo e alla luce dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo, non può più basarsi sull'opzione tra l'esistenza e la non esistenza del potere, laddove il confine tra le due giurisdizioni, così come emerge nei più recenti orientamenti del giudice del riparto, sembra essere definito sulla base della sussistenza o meno del potere *discrezionale*⁴⁵. Tale precisazione descrive una tendenza della giurisprudenza, la quale sembra ammettere la possibilità di

⁴⁴ Cons. Stato, n. 8434/2022, punto 4.8 della motivazione

⁴⁵ M. C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, cit., p. 47.

distinguere, ai fini del riparto, le ipotesi in cui vi sia l'esercizio di un potere discrezionale, dalle ipotesi in cui sia assente qualunque valutazione discrezionale, perché si tratta, appunto, di atto o attività vincolata, o perché si tratta di un potere di mero accertamento o perché difetta il carattere dell'autoritarietà⁴⁶. Indipendentemente dalla natura vincolata del potere, sembra cioè che, nell'interpretazione della giurisprudenza, ciò che conta, ai fini del riparto, sia la sussistenza o meno della discrezionalità come attributo del potere.

I due giudici supremi nelle sentenze richiamate, pur concordando sulla natura vincolata dell'atto impugnato, arrivano a soluzioni opposte. Mentre le S.U. dalla natura vincolata hanno desunto la non autoritarità e dunque l'inidoneità dell'atto impugnato a modificare la posizione giuridica contrapposta, che rimane di diritto soggettivo, così incardinandone la giurisdizione presso il giudice ordinario, il Consiglio di Stato ha utilizzato la tesi dell'interesse pubblico, contenuto nella norma attributiva del potere, per giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo pur in presenza di un potere vincolato.

La tesi della funzionalità alla realizzazione dell'interesse pubblico come elemento caratteristico del potere non è nuova⁴⁷ e ha il vantaggio di consentire al giudice amministrativo di conservare il criterio classico, basato sull'esercizio del potere e sulla carenza di potere, perché se il potere è vincolato ad interessi pubblici si tratta sempre di potere amministrativo, mentre se il potere non è finalizzato al perseguimento di interessi pubblici l'atto non è espressione di potere amministrativo⁴⁸, ma è espressione di interessi privati e quindi allude a una capacità di diritto privato dell'amministrazione⁴⁹. In sostanza, se la norma, per natura, vincola il potere a fini pubblici, la controversia che ne deriva andrà giudicata dal giudice amministrativo, giudice degli interessi, come già aveva stabilito l'Adunanza plenaria n. 8/2007.

In base alla "formula dell'interesse", quindi, il *discrimen* tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria è ancorato alla presenza o assenza di un fine pubblico nella norma attributiva del potere. Quando il potere vincolato è finalizzato a soddisfare interessi pubblici, resta potere autoritativo e quindi resta la giurisdizione amministrativa; quando invece il potere non sia vincolato a interessi pubblici, l'atto non è esercizio del potere amministrativo, ma soddisfa interessi privati e quindi ha bisogno d'una capacità privata dell'amministrazione,

⁴⁶ Ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2013, n. 17; analogamente, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2013, n. 4327 in materia di concessioni e revoca dei contributi pubblici.

⁴⁷ Per una ricostruzione degli elementi caratteristici del potere rispetto agli interessi si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 53 ss.

⁴⁸ Come osserva A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 56, se l'attività è vincolata, ogni apprezzamento degli interessi è preclusa all'amministrazione e quindi la 'funzionalità' a certi interessi dovrebbe ritenersi giuridicamente irrilevante

⁴⁹ Cfr. ancora in tal senso Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021, n. 802 che riafferma la giurisdizione amministrativa in caso di potere vincolato, poiché «il potere vincolato resta potere autoritativo, in quanto esprime non solo "supremazia" ma "funzione". Funzione vuol dire "finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico"».

che possa gestire diritti soggettivi, propri e altrui e sarà giudicato davanti alla giurisdizione ordinaria⁵⁰.

Interessante al riguardo ed indicativa una pronuncia delle S.U. di qualche giorno precedente che nel pronunciarsi su di un regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'amministrazione resistente in primo grado⁵¹, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sia perché la questione riguardava la legittimità del provvedimento rispetto alle circolari precedenti e quindi era un profilo che «involgeva unicamente e necessariamente la giurisdizione generale di legittimità su atti, la cui sindacabilità per violazione di legge è propria del giudice amministrativo»⁵², sia perché l'interesse pubblico della tutela della salute pubblica, nella sua accezione collettiva ai sensi dell'art. 32 Cost., a cui era preordinato il provvedimento adottato, richiedeva «l'intervento del potere pubblico per bilanciarlo con altri interessi e valori parimenti fondamentali» (Cass., S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187).

Emerge da queste oscillazioni la difficoltà che l'ordinamento incontra nell'individuare un criterio di riparto coerente con l'attuale quadro normativo che, con l'estensione dei poteri del giudice amministrativo, a volte stenta a trovare le motivazioni per supportare la necessità stessa del duplice ordine di giurisdizioni.

Se appare comprensibile l'intento del giudice amministrativo di riconoscere la perdurante attualità del suo sindacato non solo sul potere discrezionale, ma anche su quello vincolato, appare tuttavia un po' troppo debole la giustificazione rappresentata dall'oggetto della tutela della norma individuato come quello di perseguire "in via diretta l'interesse pubblico". È piuttosto difficile immaginare infatti che la norma attribuisca un potere ad una pubblica amministrazione che non persegua in via diretta l'interesse pubblico, dal momento che l'attribuzione di un compito (un atto da porre in essere in una fattispecie concreta) ad una pubblica amministrazione è disposta da una norma, per definizione, allo scopo del perseguimento da parte della stessa di un interesse pubblico e non certo di un interesse privato, nel qual caso il privato sarebbe investito direttamente dalla legge della possibilità di agire⁵³. Si tratta del resto di una distinzione nei fatti facilmente contestabile e che introduce elementi di incertezza, dal momento che lo scopo della norma non è quasi mai esplicitato dalla stessa ed è dunque quasi impossibile dedurre la funzionalità del potere dalla norma che lo prevede⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. sul punto A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione*, cit., p. 2.

⁵¹ Cass. S.U., ordinanza n. 28022 del 26 settembre 2022. Secondo l'Asl remittente il *thema decidendum* investiva le modalità di esercizio del diritto alla salute in una situazione di epidemia, incidendo altresì sul diritto agli spostamenti degli atleti affetti dall'infezione da Covid-19 o con questi venuti in contatti stretti e sull'esercizio dell'attività agonistica; dunque, la cognizione di simili valutazioni spettava al giudice ordinario.

⁵² S.U. Cass., n. 28022/2022, pag. 13 della motivazione.

⁵³ F. BOTTEON, *Diritti soggettivi e interessi legittimi: "tecniche di accertamento" contrastanti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato nel caso dei professionisti sanitari sospesi per mancata vaccinazione*, in *amministrativisteneti*, 2022.

⁵⁴ Cfr. in tal senso anche M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 121.

In particolare, nel caso di specie l'interesse pubblico da tutelare contenuto nella norma attributiva del potere è quello dell'interesse pubblico alla salute collettiva, canonizzato nell'art. 32, comma primo, Cost., che diventa non solo prevalente rispetto agli altri interessi coinvolti, ma consente di conservare in capo all'amministrazione l'autoritarità del potere e dunque di giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Si tratta di un'argomentazione che, se pur risalente, comincia a mostrare i suoi limiti specialmente in un ambito, quello sanitario, dove l'intreccio delle posizioni soggettive coinvolte rende estremamente difficile individuare l'interesse pubblico prevalente e solleva il rischio dei c.d. diritti tiranni nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette⁵⁵.

Le numerose pronunce in materia di regolamento dei confini tra i due ordini giurisdizionali mostrano dunque un incremento dei conflitti ogni qual volta sono coinvolti interessi legati al settore sanitario. Esigenze di certezza e ragioni di coerenza con il sistema generale di riparto richiederebbero probabilmente un intervento del legislatore che, senza necessariamente ricorrere all'individuazione di nuove materie di giurisdizione esclusiva, possa definire settorialmente gli ambiti di giurisdizione.

⁵⁵ Cfr. le osservazioni del Cons. Stato n.7045 del 2021 che al punto 42.9 osserva: «la logica dei cc.dd. diritti tiranni e, cioè, di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite, è del resto estranea ad un ordinamento democratico, perché “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto” (Corte cost., 14 giugno 1954, n. 1) ed è stata espressamente sempre ripudiata anche dalla Corte costituzionale che, come noto, ha chiarito che tutti i diritti tutelati dalla Costituzione – anche quello all'autodeterminazione – si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri perché, se così non fosse, si verificherebbe “la illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette” (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85)».

queste istituzioni

**Le attribuzioni dei Garanti territoriali
delle persone private della libertà:
spunti a partire dal caso ligure**

Francesco Picozzi

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Le attribuzioni dei Garanti territoriali delle persone private della libertà: spunti a partire dal caso ligure

di Francesco Picozzi*

Sommario

1. L'importanza degli organi non giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali. – 2. Il dinamismo degli enti infrastatali. Cenno a una recente legge della Lombardia. – 3. Il caso del Garante ligure. Le censure statali alla legge regionale: A) il libero accesso a centri di permanenza temporanea per stranieri nonché a posti di polizia e caserme dei carabinieri. – 3.1. B) Il potere di rivolgere intimazioni alle amministrazioni statali. – 4. Una novella regionale che chiude il contenzioso, ma non risolve le questioni di fondo. – 4.1. Un approccio che guarda al contenuto delle disposizioni regionali, lasciando in ombra il problema della competenza. – 4.2. Vecchi e nuovi dubbi di legittimità a seguito delle modifiche normative del 2021. – 5. Spunti per un intervento del legislatore statale: quale utilità?

Sintesi

Nel corso di circa un ventennio, nell'ordinamento giuridico italiano hanno conosciuto un notevole sviluppo le molteplici figure di organi di tutela non giurisdizionale dei diritti delle persone ristrette, afferenti ai diversi livelli di governo della Repubblica (Comuni, Province, Regioni e Stato). Lo scritto evidenzia l'importanza di tali organi e il dinamismo degli enti infrastatali. Inoltre, muovendo da un recente contenzioso costituzionale, riguardante la legge regionale istitutiva del Garante ligure, affronta alcuni profili problematici che ancora caratterizzano queste figure istituzionali, interrogandosi sull'utilità di un ulteriore rafforzamento della disciplina dei "Garanti territoriali" nella legislazione statale. Potrebbe, infatti, essere utile, da un lato, garantire almeno un certo grado di omogeneità su tutto il territorio nazionale delle caratteristiche strutturali di base di tali autorità, dall'altro, perfezionare il sistema di relazioni intersoggettive fra i garanti di vario livello e fra questi e gli altri organi e soggetti, anche privati, che operano nel settore. Nonostante gli interventi del legislatore statale degli ultimi anni, il quadro presenta ancora alcuni margini di incompiutezza.

Abstract

In the last twenty years, in the Italian legal system flourished multiple figures of independent Authorities for the protection of the rights of restricted persons, pertaining to the different levels of government of the Republic (Municipalities, Provinces, Regions and State). Given this scenario, the paper stresses the importance of these bodies and the dynamism of infra-state bodies. Furthermore, starting from a recent constitutional dispute concerning the regional law

* Dirigente del Corpo di Polizia penitenziaria, Ministero della Giustizia – Dottore di ricerca in *Tecnica della legislazione*, Università di Genova. Le opinioni espresse dall'autore sono personali e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza. L'autore ringrazia il prof. Vincenzo Sciarabba, costituzionalista dell'Ateneo genovese, per il proficuo scambio di opinioni sull'argomento.

establishing the Ligurian *Garante*, the paper addresses some problematic profiles that still characterize these institutional figures, questioning the usefulness of strengthening the discipline of Territorial Guarantors in state legislation. On the one hand, it could be helpful to guarantee a certain degree of homogeneity throughout the national territory with respect to the basic structural characteristics of these authorities; on the other one, the system of inter-subjective relations between the guarantors at various levels and between these and the other bodies and subjects could be implemented, including private individuals, who operate in the sector. Despite the interventions of the state legislator of the latter, the lack of legislation still emerges.

Parole chiave

Garante nazionale detenuti – NPM – Garanti territoriali – Ordinamento penitenziario – Regioni – Liguria – Province – Comuni – art. 117 Cost. – Riparto di competenze.

1. L'importanza degli organi non giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali.

Nel costituzionalismo moderno si è fatta strada, e via via radicata, l'idea che le principali forme di tutela di quelli che chiamiamo diritti fondamentali risiedano nelle garanzie giurisdizionali. Hanno influito in tal senso diversi fattori: dal ruolo sempre maggiore assunto dalle sentenze delle Corti costituzionali e delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, nel contribuire all'inveramento e, in certa misura, all'ampliamento della portata di tali diritti nei nostri ordinamenti, alla sempre maggiore attitudine ad assumersi responsabilità di tutela di diritti fondamentali degli stessi giudici comuni, talora in modo diretto e "autonomo" (in particolare attraverso pratiche di "interpretazione conforme" o addirittura, laddove previsto, di disapplicazione della legge nazionale) e talaltra proprio attraverso la loro interazione con le Corti di cui sopra. Ciò nel quadro di una complessiva tendenza a valorizzare quanto più possibile, e in ogni possibile sede... giurisdizionale (ecco il punto), le principali fonti di riferimento in materia di diritti (*in primis* Costituzioni, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Carta dei diritti fondamentali), nelle varie forme consentite a seconda dei casi.

Tutto ciò con il duplice rischio, da un lato, di esporsi alla critica (il più delle volte infondata, ma ugualmente sconveniente e in certa misura destabilizzante) di aver travalicato il proprio ruolo, invadendo quello del legislatore o dell'amministrazione; dall'altro, di potersi trovare davanti degli ostacoli di natura pratica – giacché, almeno in linea di principio, gli ostacoli di natura giuridica al rispetto dei diritti fondamentali dovrebbero potersi sempre scavalcare, sia pure in tempi più o meno lunghi – che superabili non sono per chi sia titolare di funzioni giudiziarie.

Anche per queste ragioni, negli ultimi anni, quantomeno per taluni rami del nostro ordinamento giuridico, si è affacciata l'idea di istituire anche degli organi pubblici di tutela e promozione dei diritti fondamentali concepiti, in buona sostanza, da un lato, come complementari rispetto agli organi giurisdizionali e, dall'altro, indipendenti (ma non per questo

aprioristicamente contrapposti) rispetto alle autorità amministrative (e, ovviamente, rispetto agli organi di indirizzo politico).

Possono inquadrarsi in tale ottica alcuni organismi istituiti più di recente a livello locale e/o nazionale, la cui natura, i cui compiti e il cui ruolo complessivo ben sembrano corrispondere alle esigenze cui si accennava: in una prospettiva non tanto di supplenza (anche se a volte, in presenza di inerzie patologiche altrui, questo potrà essere il ruolo sostanzialmente svolto da tali soggetti) quanto di completamento – sotto forma per esempio di qualificata vigilanza esterna, di stimolo e pungolo, ma anche e in primo luogo di collaborazione costruttiva – rispetto alle funzioni istituzionali dei principali e tradizionali organi pubblici (ma talvolta anche rispetto alle attività di soggetti privati). Ciò è quanto sembra potersi dire, in particolare, con riguardo all’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza; alla figura, molto “eclettica” anche se non sempre così incisiva come si vorrebbe, dei Difensori civici; a quella, di recente istituzione, dei Garanti per la tutela delle vittime di reato e, *last but not least*, a quella, o meglio a *quelle*, dei Garanti dei diritti delle persone private della libertà personale (o, più ampiamente, “sottoposte a misure restrittive della libertà personale” ovvero, in maniera più riduttiva, “garanti dei detenuti”).

2. Il dinamismo degli enti infrastatali. Cenno a una recente legge della Lombardia.

La nascita e lo sviluppo nel nostro ordinamento della categoria di figure istituzionali da ultimo menzionata è caratterizzata dal ruolo di precursori svolto da Comuni, Province e Regioni che, precedendo lo Stato, hanno via via istituito, già nel corso del primo decennio del secolo, una serie di organi piuttosto differenziati dal punto di vista delle competenze e dell’organizzazione, ma accomunati – per quel che interessa in questa sede – dallo scopo di rafforzare i già esistenti meccanismi di tutela dei diritti degli individui sottoposti a restrizioni della libertà personale.

Dal canto suo, il legislatore statale ha dapprima riconosciuto talune prerogative ai garanti già esistenti, su alcune delle quali si dirà in seguito; soltanto dopo, anche sulla spinta di fattori internazionali, ha istituito il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (in sigla, GNPL), con l’art. 7 del decreto-legge n. 146 del 2013. Non per caso, come sottolineato in dottrina, questo articolo apre l’elenco delle funzioni del GNPL attribuendogli il compito di «promuovere e favorire rapporti di collaborazione con i garanti territoriali, ovvero con altre figure istituzionali comunque denominate, che hanno competenza nelle stesse materie»¹. Tale previsione, benché caratterizzata – come vedremo *infra* – da un certo margine di incertezza rispetto alle modalità di raccordo fra l’organo nazionale e quelli infrastatali, senza

¹ Tra i primi a sottolineare tale significativo aspetto, L. SCOMPARIN, *Il Garante nazionale*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, p. 284.

dubbio simboleggia la presa d'atto del legislatore dell'esistenza di un ampio novero di garanti di vario livello territoriale nel quale, ad oggi, si è giunti a contare: 19 garanti regionali, 1 di provincia autonoma, 8 provinciali, 55 comunali o di città metropolitana², che si occupano – in via esclusiva o meno – della tutela delle persone private della libertà. Tale articolato panorama appare tutt'ora in via di evoluzione, come ben rappresentato dalla recente «riorganizzazione degli organi di garanzia» operata dalla Regione Lombardia con legge 8 agosto 2022, n. 18³.

Orbene, benché non si stia ragionando del *riconoscimento* dei diritti fondamentali, ma soltanto della individuazione di figure di *tutela* di tali posizioni giuridiche soggettive⁴, l'esercizio dei poteri normativi regionali e, ancor più, locali presenta, in questo ambito, un profilo di particolare delicatezza e problematicità laddove riguardi l'attribuzione di funzioni e poteri agli *Ombudsman* territoriali. Ciò dipende dal fatto che, tra le diverse possibili dimensioni della tutela non giurisdizionale dei diritti e degli interessi, il Garante delle persone ristrette «valorizza maggiormente la funzione di controllo sull'amministrazione, in particolare sul sistema carcerario»⁵. Ma gli apparati amministrativi sui quali dovrebbe esercitarsi il controllo del garante sono statali e, dunque, non dipendono dall'Ente territoriale, né quest'ultimo dispone del potere di assoggettarli con proprie norme a controlli non previsti dalla legislazione dello Stato.

3. Il caso del Garante ligure. Le censure statali alla legge regionale: A) il libero accesso a centri di permanenza temporanea per stranieri nonché a posti di polizia e caserme dei carabinieri.

In questo quadro, si colloca la controversia sorta dinanzi alla Corte costituzionale fra lo Stato e la Regione Liguria, concernente le funzioni e i poteri dell'organo di tutela regionale. Tale caso, sia per i suoi punti in comune con altri sia per le sue peculiarità, consente di trarre interessanti

² Tali dati sono tratti dagli elenchi pubblicati dal sito istituzionale del GNPL (www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl, ultima consultazione il 29 dicembre 2022).

³ Senza poter in questa sede approfondire l'argomento, si rinvia a quanto osservato da M. MAGRI, *Le autorità regionali di tutela dei diritti: il caso dell'Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, n. 4, p. 923-927, circa la pluralità di modelli di autorità regionali; si oscilla infatti tra situazioni nelle quali le funzioni di tutela non giurisdizionale vengono ripartite fra molteplici organi settoriali e specializzati a moduli organizzativi che contemplan una sola autorità competente in più materie. Appare interessante, poiché potrebbe in questo senso considerarsi un modello intermedio fra l'estrema frammentazione e il totale accorpamento, quello di recente introdotto dalla Regione Lombardia; infatti, come rilevato da B. VIMERCATI, *Legge Regione Lombardia 8 agosto 2022, n. 18: la riorganizzazione degli organi di garanzia regionali*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2022, il legislatore lombardo, con tale intervento normativo, ha individuato due fondamentali ambiti di tutela, affidandoli a due distinte autorità.

⁴ Come autorevolmente spiegato da A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 2011, mentre il riconoscimento dei diritti non può che discendere «da una fonte [...] idonea a coprire senza distinzione alcuna l'intero territorio della Repubblica», la «*tutela* (anche normativa) [...] può venire anche da altre fonti».

⁵ Sottolinea tale caratteristica, R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, n. 4, p. 977.

spunti di riflessione, utili anche ad affrontare in termini più generali il tema delle funzioni dei Garanti che il legislatore statale definisce “territoriali”.

La controversia ha riguardato la legge regionale 1° giugno 2020, n. 10, con la quale la Regione rivierasca si è dotata di un proprio organo di tutela non giurisdizionale degli individui in vario modo assoggettati a forme di limitazione della libertà personale, così colmando, quantomeno a livello legislativo⁶, una lacuna rispetto alla gran parte degli Enti omologhi, già provvisti di figure istituzionali simili. Solo la novella apportata alle disposizioni contestate, operata con legge regionale 2 aprile 2021, n. 4, ha indotto il Governo a rinunciare al ricorso, con conseguente decisione della Consulta di dichiarare estinto il processo⁷.

Nell’impugnazione, l’Esecutivo nazionale solleva questioni legittimità costituzionale relativamente a due disposizioni della legge regionale, che – a suo avviso – «invadono indebitamente la sfera di competenza esclusiva dello Stato»⁸. La prima di queste è l’art. 5, rubricato *funzioni* del Garante, che nel suo co. 1, lett. f) attribuisce all’organo regionale di controllo la prerogativa di visitare «gli Istituti penitenziari, gli Istituti penali per i minorenni, i Centri di permanenza temporanea per stranieri, le strutture per il TSO, i posti di polizia, le caserme dei carabinieri e gli ospedali psichiatrici giudiziari incontrando liberamente i soggetti ivi reclusi».

Orbene, il ricorrente si duole del fatto che tale disposizione consente al Garante regionale di visitare tanto i *centri di permanenza temporanea per stranieri* quanto i *posti di polizia*, «senza alcun riferimento alle modalità e alle condizioni in presenza delle quali questo potere può essere esercitato»⁹, così ponendosi in contrasto con la disciplina statale del Garante nazionale. Invero, l’art. 7 del decreto-legge 146/2013 istitutivo della figura del GNPL, in considerazione delle peculiari condizioni dei soggetti trattenuti in quei luoghi, «prevede diverse modalità di accesso agli stessi [...] che assicurino la sicurezza ed il mantenimento dell’ordine pubblico all’interno di quelle strutture, nonché il rispetto delle norme sul trattamento dello straniero in attesa di espulsione». Per tale ragione, ad avviso dell’Avvocatura dello Stato, la norma eccede di gran lunga la competenza regionale, poiché interviene in un ambito, quale la disciplina dell’immigrazione, riservato alla legislazione statale ai sensi dell’art. 117, co. 2, lett. b) Cost. In tale materia, infatti, rientra evidentemente la regolamentazione del trattenimento nei centri degli stranieri in attesa dell’esecuzione dei provvedimenti di espulsione e, conseguentemente, la

⁶ Invero, solo in fase di revisione delle bozze di questo scritto, si è appreso che – a circa 18 mesi dall’istituzione dell’autorità – il Consiglio regionale della Liguria, nella seduta del 21 dicembre 2022, ha eletto il titolare dell’incarico di Garante dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale, così attuando la previsione legislativa (cfr. www.regione.liguria.it/homepage-consiglio.html).

⁷ Corte cost., ord. 12 gennaio 2022 (dep. 18 febbraio), n. 37.

⁸ V. il ricorso per legittimità costituzionale della Presidenza del Consiglio dei ministri 7 agosto 2020, n. 66, in G.U. n. 39 del 23.09.2020.

⁹ Ricorso, cit., parte motiva, pt. 1.

disciplina delle «modalità in presenza delle quali i Garanti possono accedere a quei luoghi». Così, viene richiamato l'art. 6 del decreto del Ministro dell'Interno 6 ottobre 2014 (emanato in attuazione degli artt. 20, 21 e 22 del d.P.R. n. 394 del 1999) che, proprio con riferimento ai garanti regionali, prevede che questi possano accedere ai Centri di identificazione ed espulsione previa autorizzazione della Prefettura. Per quanto sin qui esposto, la difesa erariale giunge a una prima – sia pure discutibile – conclusione, affermando che, di fronte a una competenza esclusiva del legislatore nazionale, «la norma regionale che invade questa competenza regolando la materia stessa in modo difforme dalla regola statale non è costituzionalmente legittima».

La disposizione regionale in discorso viene altresì contestata sotto un diverso profilo. Nel ricorso governativo, infatti, si afferma che «la disciplina statale che regola le modalità di accesso ai luoghi ove sono trattenuti gli stranieri, dettando disposizioni necessariamente limitative, si pone» anche a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico nonché a garanzia delle eventuali attività investigative in corso. In tal senso, viene nuovamente richiamata la normativa istitutiva del Garante nazionale la quale, ad avviso del ricorrente, prevede che l'accesso di tale organo «ai luoghi comunque destinati ad esigenze restrittive deve avvenire previo avviso e senza che si possa generare danno per le attività investigative in corso». Pertanto, «una norma regionale che consenta al Garante l'accesso indiscriminato, incondizionato ed illimitato nei luoghi in questione lede anche le prerogative legislative statali in materia di ordine e sicurezza e – per quanto concerne gli aspetti investigativi – anche di giurisdizione penale» di cui all'art. 117, co. 2, lett. h) e l) Cost¹⁰.

3.1. B) Il potere di rivolgere intimazioni alle amministrazioni statali.

La seconda disposizione censurata nel ricorso statale è l'art. 6, rubricato *poteri* del Garante, in virtù del cui co. 5, l'autorità regionale, laddove ritenga fondata una segnalazione – pervenutagli ai sensi del co. 3 – su «fatti rilevanti, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali», «intima all'ufficio competente la risoluzione e, comunque, la rimozione dell'irregolarità nel termine di quindici giorni». Ad avviso della difesa erariale, l'art. 6, co. 5, conferisce «al Garante regionale “super poteri” rispetto al suo di conseguenza meno potente omologo nazionale». Infatti, l'art. 7, co. 5, lett. f) del decreto-legge 146/2013 attribuisce al GNPL «esclusivamente il potere di formulare, nell'ambito dell'ordinamento penitenziario «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata» che, in caso di diniego, «comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni».

Secondo il ricorrente risulta «evidente che questa palese differenza nell'attribuzione dei poteri alle due figure di garanti – quello nazionale e quello regionale – non può essere ammessa»;

¹⁰ *Ibidem*.

invero, «[s]ia che si tratti di immigrati irregolari, sia che si tratti di normali detenuti il garante regionale non può sovrapporsi autoritativamente agli organi» amministrativi che «secondo la disciplina dello Stato» sono competenti «ad adottare, nella loro discrezionalità, i provvedimenti necessari a risolvere eventuali criticità nel trattamento dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale». In altri termini, per la difesa erariale le relazioni giuridiche tra i Garanti «e gli uffici/organi dell'amministrazione» centrale competente «non possono seguire regole diverse da quelle dettate dallo Stato»; ne conseguirebbe che, se il Garante nazionale «non ha il potere di ordinare agli uffici statali, questo potere non lo deve avere certamente il Garante regionale»¹¹.

Anche questa seconda disposizione della legge regionale ligure, dunque, interverrebbe nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. b), h) e l) Cost., dettando per il Garante regionale regole difformi da quelle previste dalla legislazione statale per l'organo nazionale di garanzia.

4. Una novella regionale che chiude il contenzioso, ma non risolve le questioni di fondo.

Risulta decisiva ai fini della chiusura del contenzioso dinanzi al Giudice delle leggi la decisione politica della Regione (che, peraltro, non si era costituita in giudizio) di novellare le disposizioni oggetto delle censure governative. Infatti, con la citata legge regionale 4/2021, la Liguria ha apportato circoscritte, ma significative, modifiche al testo istitutivo del proprio Garante. Tale legge di riforma appare principalmente, anche se non esclusivamente¹², diretta a rimuovere i punti di attrito che avevano indotto il Consiglio dei ministri a deliberare il ricorso alla Consulta.

In primo luogo, ad opera dell'art. 3 della legge regionale del 2021, viene sostituita la lett. f) del co. 1 dell'art. 5 della legge del 2020, stabilendo che l'*Ombudsman* territoriale «visita, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari, gli istituti penali per i minorenni, le strutture per il TSO, gli ospedali psichiatrici giudiziari, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari, incontrando liberamente i soggetti ivi reclusi; visita inoltre, nel rispetto della normativa statale vigente, i Centri di permanenza per i rimpatri, previa autorizzazione della Prefettura competente per territorio, nonché le camere di sicurezza delle Forze di polizia, previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso»¹³. Si può notare come la novella del 2021 abbia innanzitutto operato una divisione, in due parti distinte, dell'elenco dei luoghi di restrizione della libertà

¹¹ Ricorso, cit., parte motiva, pt. 2.

¹² Ad esempio, viene rivisitato l'elenco delle cause di ineleggibilità e incompatibilità per il titolare della carica (art. 2).

¹³ Corsivo aggiunto.

visitabili dal Garante, imponendo maggiori limitazioni e cautele in caso di accesso ai CPR e alle camere di sicurezza. Infatti, per queste due categorie di strutture viene stabilito che la visita si svolge «nel rispetto della normativa statale vigente»; la disciplina viene poi differenziata prevedendo che l'accesso ai Centri per i rimpatri è subordinato alla «previa autorizzazione della Prefettura competente per territorio», mentre quello alle «camere di sicurezza delle Forze di polizia» – espressione che ha sostituito il precedente riferimento ai «posti di polizia» e alle «caserme dei carabinieri»¹⁴ – può effettuarsi nel rispetto di un vincolo procedurale, il «previo avviso» agli organi competenti, e con modalità tali da non recare danno alle «attività investigative in corso».

Anche l'art. 6, co. 5, della legge istitutiva viene sostituito ad opera dell'art. 4 della riforma. Invero, secondo il suo testo originario, il Garante – che, in base al co. 1 (non impugnato), poteva e può «richiedere alle amministrazioni penitenziarie le informazioni e la trasmissione dei documenti e degli atti che ritenga utili per l'esercizio delle proprie funzioni» e in base al co. 3 (pure non impugnato), «di propria iniziativa o su segnalazione ricevuta, istruisce le pratiche relative a fatti rilevanti, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, con ogni modalità che ritiene opportuna» – avrebbe potuto, nel caso in cui avesse ritenuto fondata una segnalazione, «intima[re] all'ufficio competente la risoluzione e, comunque, la rimozione dell'irregolarità nel termine di quindici giorni». Nella nuova versione, invece, il legislatore regionale, pur non rinunciando a imporre un onere in capo agli uffici statali, riduce l'invasività del potere dell'*Ombudsman*, sostituendo il potere di formulare un'intimazione dotata di una certa forza cogente con la più moderata possibilità di «formulare specifiche raccomandazioni», rispetto alle quali l'amministrazione interessata non è costretta ad adeguarsi, dovendo però, «in caso di diniego, comunica[re] il dissenso motivato nel termine di trenta giorni».

4.1. Un approccio che guarda al contenuto delle disposizioni regionali, lasciando in ombra il problema della competenza.

Leggendo gli atti della controversia costituzionale (impugnazione governativa e ordinanza della Corte), colpisce l'approccio che potremmo definire “sostanzialista” del ricorrente, proteso a censurare (o a guardare con favore, a seguito delle modifiche apportate in corso di giudizio) gli specifici contenuti della disciplina impugnata per ragioni largamente riconducibili, a conti fatti, a profili di merito; viceversa, pressoché completamente disinteressato a sviluppare e affrontare “davvero”, andando a fondo di esse e traendone tutte le conseguenze (in sede di motivazione del

¹⁴ Tale problematico aspetto definitorio non era stato oggetto di specifici rilievi nel ricorso; tuttavia, sembra che la sua delicatezza possa avere indotto il legislatore regionale, da un lato, a rendere più aderente al linguaggio tecnico di settore la disposizione, dall'altro, a superare il generico e inappropriato riferimento a un'illimitata possibilità per l'organo regionale di accedere alle strutture della Polizia di Stato o dell'Arma dei carabinieri.

ricorso e, poi, di condotta processuale a seguito delle intervenute modifiche legislative), le questioni di competenza, per così dire, in quanto tali. Il punto può ben cogliersi richiamando la disciplina originaria e le specifiche censure rivolte ad essa, per metterle a confronto con l'opposta valutazione riservata alla disciplina successivamente introdotta.

Come si è visto, con riferimento all'art. 5, co. 1, lett. f), il ricorso statale lamentava che il Garante potesse visitare «i Centri di permanenza temporanea per stranieri, [...] i posti di polizia [e] le caserme dei carabinieri [...] incontrando liberamente i soggetti ivi reclusi»; a fronte di tale previsione il Governo poneva l'accento sulla specifica circostanza che la legge regionale – a differenza di quanto previsto dalla normativa statale per il Garante nazionale – non contemplasse alcuna modalità o limitazioni per l'esercizio di tale prerogativa. Secondo il ricorrente, dunque, la norma avrebbe ecceduto di gran lunga la competenza legislativa regionale, non per il solo fatto di intervenire in un ambito di competenza esclusiva statale, ma perché – come detto nel ricorso – «invade questa competenza regolando la materia stessa in modo difforme dalla regola statale».

L'impressione che già da questi elementi potrebbe trarsi è che, almeno sotto questo profilo (ma non soltanto con riferimento ad esso), tale impostazione finisca per non difendere, neutralmente e dunque esaustivamente, tutte le prerogative statali rispetto a tutte le invasioni di campo del legislatore regionale, ma si limiti a contrastare soltanto un certo modo di intervenire in materia (non corrispondente a quanto espressamente previsto con riguardo al Garante nazionale dalla disciplina statale) su un certo ambito particolarmente delicato (quello del trattamento degli stranieri in attesa dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e degli arrestati presso le strutture della polizia giudiziaria).

La controprova, ci pare, è offerta proprio dalla rinuncia al ricorso – depositata il 12 luglio 2021, in conformità alla delibera adottata dal Consiglio dei ministri nella seduta del 17 giugno 2021 – basata sulla valutazione secondo cui «le sopravvenute modifiche legislative hanno eliminato i profili di legittimità costituzionale sollevati» (e che «la legge impugnata risulta non aver avuto concreta applicazione nel periodo di vigenza»), venendo così meno l'interesse alla declaratoria di illegittimità costituzionale – a seguito della riformulazione dell'art. 5, co. 1, lett. f) nei termini seguenti: «[il Garante] visita [...], nel rispetto della normativa statale vigente, i Centri di permanenza per i rimpatri, previa autorizzazione della Prefettura competente per territorio, nonché le camere di sicurezza delle Forze di polizia, previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso». Una disposizione significativamente cambiata, si noti, non attraverso la rinuncia a disciplinare aspetti asseritamente di competenza legislativa esclusiva dello Stato, bensì mediante un allineamento nel merito alle disposizioni di legge statali – per come interpretate dal Governo – concernenti i poteri del Garante nazionale di accesso ai CPR e alle camere di sicurezza. Il tutto a conferma di un atteggiamento della difesa

statale che potrebbe forse definirsi di “tolleranza condizionata”: “tolleranza” sul piano del rispetto del riparto di competenze; “condizionata” all’adozione di soluzioni che, nel merito, non si discostino da quella che viene ritenuta la disciplina statale di riferimento dall’esecutivo nazionale.

Lo stesso approccio sembra potersi cogliere con riferimento alla seconda censura formulata dal Governo, il cui oggetto era l’originaria previsione dell’art. 6, co. 5, che consentiva al Garante regionale, nel caso in cui avesse ritenuto fondata una segnalazione, di «intima[re] all’ufficio competente la risoluzione e, comunque, la rimozione dell’irregolarità nel termine di quindici giorni».

Con impostazione analoga a quella seguita con riguardo alla prima censura, l’impugnazione è stata giustificata (con riferimento ai medesimi parametri costituzionali) lamentando il fatto che la disposizione, così formulata, risultava tale da attribuire «al Garante regionale dei “super poteri” rispetto alla corrispondente figura nazionale, alla quale spetta [...], il solo potere di formulare, nell’ambito dell’ordinamento penitenziario, “specifiche raccomandazioni all’amministrazione interessata” (fermo restando, peraltro, che l’amministrazione, in caso di diniego, “comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni”)»; il tutto sullo sfondo del più generale e condivisibile rilievo secondo cui «il Garante regionale non potrebbe “sovrapporsi autoritativamente” agli organi competenti, secondo la disciplina dello Stato», al trattamento dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale, «dovendosene desumere che, se la disciplina statale non prevede, per il Garante nazionale, il potere di imprimere ordini agli uffici statali, “questo potere non lo deve avere certamente il Garante regionale”»¹⁵.

A seguito della novella del 2021, la nuova formulazione della disposizione in questione risulta, con tutta evidenza, rimodellata sulla disciplina statale del GNPL – con ciò implicitamente accogliendo, ma in un certo senso anche facendo tesoro e ribaltando a proprio favore, i rilievi del Governo – e, pertanto, riserva al Garante regionale, nel caso in cui ritenga fondata una segnalazione, il potere di «formulare specifiche raccomandazioni all’amministrazione interessata, la quale, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni».

Insomma, come nel caso precedente, ciò che risulta soprattutto indicativo ai fini di questa riflessione è il fatto che anche la seconda censura è stata ritirata (con conseguente rinuncia al ricorso nel suo complesso), non in ragione dell’astensione del legislatore regionale a intervenire in materia di competenza esclusiva statale, bensì a seguito della riformulazione della disposizione in termini differenti e “più morbidi”, ritenuti dal Governo soddisfacenti: su un piano, anche qui,

¹⁵ Corte cost., ord. n. 37 del 2022, cit.

almeno in certa misura, di merito (salvo il consueto, inevitabile, parziale intreccio tra profili di merito e di competenza), segnatamente in ragione del minor grado di incisività dei poteri così attribuiti al Garante regionale, e dunque, in sostanza, del minor livello di interferenza con l'esercizio, o il mancato esercizio, delle funzioni di altri uffici (presumibilmente statali in un ampio numero di casi)¹⁶. Ancora una volta, tirando le fila del discorso, sembra che il “compromesso” sia stato raggiunto collocandosi da entrambe le parti sulla linea della “tolleranza condizionata” di cui si diceva, così però, lasciando in ombra alcune importanti questioni di fondo foriere di ambiguità teoriche e disfunzioni pratiche.

4.2. Vecchi e nuovi dubbi legittimità a seguito delle modifiche normative del 2021.

Da un punto di vista che potremmo considerare più teorico e di carattere generale, tanto l'impostazione della difesa statale quanto la “contromossa” politica regionale presentano l'inconveniente di non risolvere correttamente i problemi relativi al rispetto del riparto costituzionale di competenze legislative. A conferma di tale impressione, sembra sufficiente far rilevare come, ancora di recente, la Consulta – in un caso vertente in materia di competenza esclusiva del legislatore nazionale – abbia ribadito il principio per cui il fatto che il contenuto di una legge regionale si ponga in linea, nella sostanza, con la normativa statale non costituisce argomento a sostegno della legittimità costituzionale della prima, poiché «al legislatore regionale è precluso finanche di riprodurre tali disposizioni, per il divieto di novazione della fonte in un ambito materiale di competenza esclusiva statale»¹⁷. In altri termini, pochi dubbi sembrano esservi circa il fatto che anche riprendere pedissequamente le disposizioni statali si presenterebbe censurabile per la violazione del generale divieto di novazione appena visto.

Con riferimento alla normativa sul Garante ligure, però, sono rilevabili ulteriori profili di criticità, da un punto di vista più pratico e legato alle peculiarità del caso concreto, poiché la disciplina statale non sembra essere stata precisamente riprodotta da quella regionale che – anche dopo la novella del 2021 – presenta alcuni elementi di contrasto sostanziale con la prima. Ciò potrebbe dipendere dal fatto che il legislatore ligure, ponendosi in linea con l'impostazione del ricorso statale, abbia preso come riferimento le norme concernenti il Garante nazionale, nell'interpretazione (non sempre persuasiva) fornita dalla difesa erariale, trascurando così le disposizioni che – sia pure in modo non sempre lineare – disciplinano talune competenze e le relative modalità di esercizio dei garanti regionali. Operando in tal modo, il legislatore regionale ha finito per non seguire quello che, almeno dal punto di vista sostanziale, avrebbe dovuto

¹⁶ Ho cercato di mettere in evidenza i profili di criticità di tale disposizione, persistenti anche a seguito della novella del 2021, in F. PICOZZI, *I garanti regionali dei detenuti nel riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni*, in questa *Rivista*, 2021, n. 4, 43 ss.

¹⁷ Così, Corte cost., sent. 14 gennaio 2022 (dep.), n. 4, pt. 4 del c.i.d.

essere il suo più corretto e immediato punto di riferimento, ossia le norme statali sui garanti regionali.

Quanto alla disciplina delle modalità di accesso alle strutture di trattenimento degli stranieri in fase di espulsione (art. 5, l.r. 10/2020), la novella regionale del 2021 ha inserito un condivisibile rinvio generale al rispetto della normativa statale, ma non si è limitata a questo. Ha infatti aggiunto – riprendendo l’art. 6, co. 3, del D.M. interno del 20 ottobre 2014, richiamato nell’impugnazione statale – che la facoltà dell’*Ombudsman* regionale di accedere ai luoghi di detenzione amministrativa per stranieri è subordinata al rilascio di una preventiva autorizzazione prefettizia. Orbene, la novella apportata dal legislatore ligure, non solo non pare uniformarsi alla disciplina del GNPL, il quale – ai sensi l’art. 7, co. 5 lett. e) del decreto-legge 146/2013 – risulta titolare di un «potere di accesso incondizionato» e senza restrizioni alle variegate strutture per la detenzione amministrativa connessa all’irregolare ingresso o permanenza sul territorio italiano¹⁸; ma non sembra conforme nemmeno alla disposizione statale (art. 19, co. 3, del decreto-legge 13/2017) che, estendendo l’applicazione dell’art. 67 ord. penit. ai Centri di permanenza per il rimpatrio, consente anche ai Garanti regionali di accedere a queste strutture senza necessità di autorizzazione¹⁹. Ne consegue che la disciplina ligure novellata sull’accesso ai CPR risulta nella sostanza non conforme alle previsioni di legge statale, non in quanto conferirebbe al Garante regionale più ampie prerogative di quello nazionale, ma perché subordina le facoltà del primo a limitazioni non previste dalle norme statali proprio per gli *Ombusman* regionali.

Simile è il caso della modifica concernente la visita alle camere di sicurezza. In tale ipotesi, il legislatore regionale, nel modificare la previsione originaria, ha ripreso letteralmente sul punto la disposizione istitutiva del GNPL, a mente della quale l’organo di controllo può visitare gli ambienti per gli arrestati nelle strutture della polizia giudiziaria, «previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso» (art. 7, co. 5, lett. b). Occorre, però, rammentare che l’art. 67-*bis* ord. penit. – richiamando l’art. 67 della medesima legge – consente l’accesso alle camere di sicurezza, senza autorizzazione, tra gli altri «ai garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati», dunque, anche quelli garanti regionali²⁰. Se ne deve dedurre che la modifica apportata dal legislatore ligure, anche in questo caso, finisce per

¹⁸ Così, C. FIORIO, *Art. 7 d.l. n. 146 del 2013*, in G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 2019, p. 1375.

¹⁹ Il citato art. 19, co. 3, d.l. 13/2017, per i profili che qui interessano, prevede che nei CPR si applichino le disposizioni di cui all’art. 67 ord. penit.; differenza, però, la posizione del Garante nazionale, stabilendo che questi eserciti tutti i poteri di verifica e di accesso di cui all’art. 7, co. 5, lett. e) del d.l. 146/2013.

²⁰ In tal senso v., tra gli altri, A. ZAPPULLA, *Art. 7 d.l. n. 146/2013*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L’esecuzione penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 1406, che evidenzia altresì l’incoerenza «del presupposto aggiuntivo per il Garante nazionale rispetto ai garanti «di livello locale, che sembrano privi di limitazioni».

disciplinare il punto in maniera non conforme alla normativa statale sui Garanti regionale, restringendo oltremodo le prerogative del proprio organo di tutela.

Quanto al secondo degli articoli censurati, la novella del 2021 ricalca fedelmente la “corrispondente” previsione del Garante nazionale. Così operando, però, attribuisce all’*Ombudsman* territoriale poteri diversi e più penetranti rispetto a quelli che la competente legge statale conferisce a tale organo. Infatti, tanto l’ordinamento penitenziario²¹ quanto la normativa in materia di immigrazione²² prevedono che i soggetti ristretti nei rispettivi ambiti possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e a quelli regionali. Residua, tuttavia, un elemento distintivo consistente nel fatto che soltanto al primo è riconosciuta la prerogativa di formulare specifiche raccomandazioni, mentre i reclami ai garanti regionali possono esitare soltanto in mere segnalazioni alle autorità amministrative competenti. Anche in questo caso, dunque, permane un contrasto fra la norma regionale novellata e quella statale, ma in un senso questa volta rafforzativo delle competenze del Garante territoriale.

5. Spunti per un intervento del legislatore statale: quale utilità?

A fronte delle latenti tensioni e contraddizioni che sembrano emergere anche dal caso ligure, può essere utile provare ad abbozzare qualche considerazione conclusiva, anche ragionando sull’opportunità di interventi normativi in materia.

Si è sin qui dato conto di un *modus vivendi* basato, per riprendere l’espressione prima utilizzata, sulla “tolleranza condizionata” degli interventi regionali e locali, ovvero su compromessi pratici e offuscamenti delle questioni di fondo, guidati, in buona sostanza, dalla volontà di conciliare il perseguimento di alcuni obiettivi a grandi linee condivisi, con la tutela di esigenze, e in qualche senso e misura interessi, propri degli apparati – tipicamente (anche se non necessariamente) statali – responsabili o comunque coinvolti nelle vicende di privazione o limitazione della libertà personale. Un approccio, quello seguito in questi anni, che in buona sostanza si è basato su slanci e in parte forzature a livello territoriale e sulla relativa (tendenziale) accondiscendenza a livello nazionale, facendo per così dire di necessità virtù. Tale impostazione – che in un certo senso potrebbe definirsi “rinunciataria” – negli anni ha finito per disconoscere o sminuire (e però a trascinarsi) incongruenze giuridiche e limiti anche pratici. Può ricordarsi in questo senso, tra l’altro, la tendenza a valorizzare i garanti locali includendoli, in via interpretativa, nel “Meccanismo nazionale di prevenzione” (NPM) di cui al Protocollo

²¹ Art. 35 ord. penit. rubricato *Diritto al reclamo*, nel testo novellato dal d.-l. n. 146 del 2013.

²² Art. 14, co. 2-*bis*, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, comma inserito dall’art. 3, co. 4, lett. b), del d.-l. 21 ottobre 2020, n. 130.

opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura del 2002 (OPCAT)²³, ma al contempo riconoscendo all’*Ombudsman* nazionale una funzione di coordinamento nei loro confronti; il tutto senza disporre di un chiaro riferimento in tal senso, ma valorizzando un atto giuridico inidoneo allo scopo, quale una nota diplomatica del 2014²⁴. Tale ricostruzione è stata in seguito esplicitamente contraddetta dal legislatore nel 2020.

Va infatti rammentato che, nel corso degli ultimi lustri, la legislazione statale in materia è giunta gradualmente a disciplinare taluni aspetti dell’articolata questione. Da un lato, ha attribuito poteri e competenze ai garanti territoriali, come le modalità di libero accesso alle strutture di restrizione, così risolvendo alcuni problemi legati all’esercizio delle loro funzioni. D’altro lato, anche andando incontro ai suggerimenti del Garante nazionale²⁵, ha affrontato due temi correlati e problematici: la configurazione del NPM italiano ai sensi del Protocollo opzionale ONU e la disciplina delle relazioni intersoggettive fra l’autorità statale e quelle territoriali. Con riferimento al primo aspetto, è stato risolto ogni dubbio circa la consistenza del Meccanismo nazionale di prevenzione, individuando il GNPL quale suo unico suo componente²⁶. Quanto al secondo profilo – oggetto di divergenti ricostruzioni²⁷ – è stato scelto il modello della *delega di funzioni*, da parte del Garante nazionale a quelli territoriali per periodi non superiori a sei mesi e «quando particolari condizioni lo richiedano»²⁸.

Alla luce di quanto sin qui detto, resta da chiedersi se sia auspicabile e utile un’ulteriore integrazione della disciplina statale, al fine di conferire maggior ordine ed efficienza a (quello che potrebbe arrivare a essere) un più compiuto “sistema” degli organi di tutela dei diritti delle persone ristrette, afferenti ai vari livelli di governo della Repubblica. Si tratterebbe, in breve, di pensare a un rafforzamento dell’ancoraggio delle figure dei garanti territoriali nella legislazione statale, integrando quest’ultima su alcuni profili rispetto ai quali è opportuno che vi sia un certo grado di omogeneità nella loro disciplina e concreta fisionomia su tutto il territorio nazionale.

²³ Ratificato dall’Italia con l. 9 novembre 2012, n. 195.

²⁴ Con riferimento alla *note verbale* del 25 aprile 2014 della Missione permanente Italiana presso Ufficio delle Nazioni Unite di Ginevra e indirizzata al Sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura (SPT), sia consentito rinviare, anche per l’ulteriore dottrina ivi citata, a F. PICOZZI, *I garanti regionali dei detenuti nel riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni*, op. cit., 54 ss.

²⁵ Così A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. L’esperienza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL)*, in *Studium Iuris*, 2021, n. 10, p. 1168.

²⁶ Cfr. art. 7, co. 1-*bis*, d.-l. n. 146 del 2013 nonché art. 41-*bis*, co. 2-*quater*.1

²⁷ Non sembrano coincidenti sul punto neppure le opinioni espresse in questi ultimi anni da due protagonisti “sul campo” di questa vicenda istituzionale. Infatti, mentre il presidente del collegio del Garante nazionale, M. PALMA, *L’idea della pena nel mondo globalizzato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, 2, p. 212, sin dalle sue prime fasi di operatività, ha ritenuto l’autorità nazionale titolare di una funzione di coordinamento di quelle territoriali, il Garante della Regione Lazio nonché Portavoce della Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà, S. ANASTASIA, *I garanti territoriali, le regioni e gli enti locali nel campo penitenziario*, in M.C. LOCCHI (a cura di), *Vita detentiva, identità e diritti*, Università degli Studi di Perugia – Dipartimento di giurisprudenza, www.giurisprudenza.unipg.it, 2021, p. 212, propende per una modalità relazionale fondata sulla «leale collaborazione» fra «diversi livelli istituzionali» ciascuno dotato di una propria, autonoma, competenza.

²⁸ Art. 7, co. 5.1, d.-l. 146/2013.

Tale ipotesi andrebbe valutata, in primo luogo, rispetto ad alcuni elementi “strutturali” di base, allo scopo di fissare una serie di requisiti (modalità di nomina, titoli e competenze necessarie, garanzie di indipendenza, incompatibilità, disponibilità di personale addetto e di strutture di supporto) volti ad assicurare che gli organi in questione possiedano realmente alcune caratteristiche senza le quali essi finirebbero per tradire la loro stessa natura, così come purtroppo fanno temere recenti casi di cronaca giudiziaria²⁹.

Quanto ai compiti e poteri “tipici” – ossia quelle funzioni essenziali che i garanti, a prescindere dall’eventuale attribuzione di ulteriori funzioni a livello regionale o locale – non potrebbero non avere, sarebbe utile innanzitutto migliorare dal punto di vista tecnico-redazionale le disposizioni vigenti, chiarendone meglio, ove necessario, la portata applicativa³⁰.

Infine, ma si tratta di un aspetto importante in riferimento al quale oggi le carenze normative sembrano avere un certo peso, il legislatore statale potrebbe intervenire per regolamentare in maniera più chiara o compiuta le relazioni, per un verso, *tra garante nazionale e garanti territoriali (locali e regionali)*, per l’altro, *tra garanti e altre autorità, istituzioni, organi e soggetti vari* (non escluse associazioni e soggetti privati) con cui i primi, per il loro ruolo, sono chiamati a interagire. Infatti, per quasi tutti i campi di azione del GNPL risulta chiara, nei rapporti fra garanti, la scelta del legislatore statale per il modello della delega di funzioni; restano, però, escluse da tale opzione le strutture propriamente penitenziarie, rispetto alle quali l’art. 7, co. 5.1, d.-l. 146/2013 non prevede in capo al Garante nazionale la facoltà di delegare ai suoi omologhi territoriali l’esercizio delle proprie attribuzioni³¹. A ciò si aggiunga un’ulteriore peculiarità di questo settore, ovvero l’attribuzione di funzioni non giurisdizionali di tutela di diritti e interessi a un organo giudiziario, ossia al magistrato di sorveglianza³². L’assegnazione a quest’ultimo di un simile compito è il frutto, con alcuni aggiustamenti, di una scelta legislativa risalente che, forse, sembra mostrare i segni del tempo; infatti, l’esercizio in concreto di tale

²⁹ Il riferimento è al grave caso dell’arresto del Garante del Comune di Napoli per fatti che, in base a notizie di stampa, sarebbero stati ipoteticamente compiuti, secondo gli inquirenti, anche grazie all’esercizio delle prerogative legate alla carica.

³⁰ Si consideri, ad esempio, l’antinomia concernente le modalità di accesso alle camere di sicurezza del GNPL di cui si è detto; oppure si pensi alle incertezze e alle contraddizioni che discendono dall’impiego della tecnica del «rinvio in blocco ai soggetti di cui all’art. 67 ord. penit.» per estendere la prerogativa di visitare senza autorizzazione anche a strutture diverse dagli istituti penitenziari quali i Centri per il rimpatrio degli stranieri e le camere di sicurezza (con riferimento a queste ultime cfr. C. RENOLDI, *Art. 67-bis*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer – Cedam, 2019, VI ed., p. 914 s.

³¹ Si riporta per comodità il testo della disposizione «5.1. Il Garante nazionale può delegare i garanti territoriali per l’esercizio delle proprie funzioni relativamente alle strutture sanitarie, sociosanitarie e assistenziali, alle comunità terapeutiche e di accoglienza, per adulti e per minori, nonché alle strutture di cui alla lettera e) del comma 5, quando particolari circostanze lo richiedano. La delega ha una durata massima di sei mesi».

³² Ci si riferisce alla funzione prevista dell’art. 69, co. 1 e 2, ord. penit., che «attribuisce al magistrato di sorveglianza funzioni di vigilanza generale, concernenti gli aspetti organizzativi e gestionali degli istituti penitenziari, nonché le eventuali criticità che si riferiscono alla situazione dei singoli soggetti ristretti» (così, F. FIORENTIN, *L’osservazione e il trattamento*, in *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2021, II ed., p. 32).

competenza del magistrato è ritenuto dai più poco soddisfacente, tanto da venire indicato fra i principali motivi che hanno portato alla nascita dei garanti dei detenuti³³, rispetto all'azione dei quali, peraltro, non è da escludersi il rischio di sovrapposizioni. Orbene, tutto ciò induce a pensare che un eventuale, ulteriore, intervento del legislatore possa ispirarsi a diversi modelli di organizzazione delle relazioni istituzionali, tra i quali, oltre alla già impiegata *delega di funzioni*, può certo pensarsi al *coordinamento*³⁴ – ferma restando l'indipendenza degli organi di garanzia e, per altro verso, della magistratura – nonché quello, non meno importante, e a sua volta molteplice, della *collaborazione*, anch'esso già impiegato in norme statali e regionali³⁵.

Per raggiungere nel loro insieme i risultati sin qui ipotizzati, non sembra possibile surrogare o scavalcare l'intervento del legislatore statale con strumenti, pure utili ad altri fini, come la sottoscrizione di protocolli d'intesa che, per la parte statale, vedono il Garante nazionale delle persone private della libertà. Al di là della mancanza di forza cogente di tali atti consensuali, la disciplina della materia lascia infatti un ampio campo a scelte discrezionali politiche che certamente non possono essere compiute, a nome dello Stato, da un'autorità sfornita di legittimazione, per l'appunto, politica, quale il GNPL³⁶.

³³ Per una panoramica delle principali argomentazioni in tal senso si rinvia a: F. DELLA CASA, *Art. 69*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, *op. cit.*, p. 924 s.; M. MINAFRA, *Sui colloqui dei garanti con i detenuti sottoposti al regime di "carcere duro"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1, p. 200; D. VICOLI, *Art. 69 ord. penit.*, in F. FIORENTIN – F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale*, *op. cit.*, 809.

³⁴ Benché sia discusso se «il coordinamento debba essere ricondotto a una figura di sovraordinazione (sovrapponibile in parte a quella della direzione) più che di equiordinazione» (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2022, IV ed., p. 353 s.), in questa sede lo si impiega nel secondo dei due modi di intenderlo.

³⁵ Oltre che nel già ricordato art. 7, co. 5, d.-l. 146/2013, il termine *collaborazione* ricorre, ad esempio, nell'art. 14, co. 1, della l.r. Veneto 37/2013.

³⁶ Il riferimento è al Protocollo d'intesa siglato in data 11 luglio 2022 fra l'ANCI e il Garante nazionale delle persone private della libertà. Ai sensi dell'art. 2, tale accordo mira a «uniformare il mandato, i poteri e in generale la configurazione dei Garanti comunali [...] per consolidare la loro istituzione, per dotarli di una identità uniforme e condivisa sul tipo del Garante nazionale, contribuendo alla costruzione di uno statuto comune, riconoscibile e condiviso che consenta una migliore e più strutturata cooperazione» e «facilitare anche l'esercizio dei poteri di delega» del GNPL, attraverso la «corretta diffusione di un modello volto alla prevenzione delle pratiche contrarie ai diritti umani, quali la tortura e le gravi forme di maltrattamento, a livello locale, da realizzare con azioni di supporto amministrativo, informativo e formativo verso gli enti locali, utili a rafforzare la rete dei garanti locali».

Salus Nostra Extrema Thule
(l'ultima "zona d'ombra").
Sull'intrinseca incompatibilità
dell'incidente di costituzionalità
con il rito pre-elettorale
di cui all'art. 129 del Codice
del processo amministrativo

Marco Mancini

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Salus Nostra Extrema Thule (l'ultima “zona d'ombra”).

Sull'intrinseca incompatibilità dell'incidente di costituzionalità con il rito pre-elettorale di cui all'art. 129 del Codice del processo amministrativo

di Marco Mancini*

Sommario

1. Premessa. – 2. La reiterata negazione, da parte del giudice amministrativo, della possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito pre-elettorale. – 3. L'impraticabilità della tesi relativa alla sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito post-elettorale *ex art.* 130 del Codice del processo amministrativo. – 4. I profili problematici connessi alla sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito pre-elettorale *ex art.* 129 del Codice. – 5. Considerazioni conclusive.

Sintesi

Il saggio affronta il problema relativo alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito pre-elettorale *ex art.* 129 del Codice del processo amministrativo. Gli orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa affermano la radicale incompatibilità della sollevazione della questione con i caratteri di celerità e speditezza che connotano il rito, per cui parrebbe configurarsi una “zona d'ombra” dalla giustizia costituzionale.

Abstract

The essay deals with the problem concerning a question of constitutionality in the context of the pre-electoral trial (art. 129 of the Code of administrative process). The consolidated jurisprudential guidelines of the administrative judge support the radical incompatibility of the raising of the question with the characteristics of speed distinguishing the trial, for which it would seem to configure a “grey area” from constitutional justice.

Parole chiave

“Zona d'ombra” – Procedimento elettorale preparatorio – Questione di legittimità costituzionale.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Venezia.

1. Premessa.

Il presente scritto si propone di verificare l'esistenza, riguardo agli atti della fase preparatoria del procedimento elettorale relativo alle consultazioni europee, regionali ed amministrative, di un'eventuale "zona franca" o "zona d'ombra".

Ai fini della precisa delimitazione dell'indagine occorre preliminarmente chiarire il significato di alcune espressioni. Con la locuzione "fase preparatoria del procedimento elettorale" o "procedimento elettorale preparatorio"¹, per rimanere maggiormente aderenti al dato di diritto positivo, si indica una delle fasi in cui si scompone il procedimento elettorale e più precisamente quella intermedia tra la fase (precedente) di apertura del procedimento, che prende avvio con l'indizione delle elezioni e la convocazione dei comizi, e quella (successiva) relativa alle operazioni di voto e all'accertamento e alla proclamazione dei risultati elettorali. Nel corso di questa fase gli uffici elettorali svolgono una serie di attività connesse all'ammissione o esclusione delle liste, dei singoli candidati o dei contrassegni.

Le due locuzioni "zona franca" e "zona d'ombra", seppur spesso utilizzate in modo indistinto e in forma sinonimica², in realtà indicano due diverse situazioni. Con la prima³, infatti, si suole indicare un ambito normativo integralmente sottratto al controllo di legittimità costituzionale in virtù di una precisa ed espressa scelta costituzionale in tal senso. Mediante le "zone franche", infatti, la Costituzione intende riservare alla decisione discrezionale del Parlamento e sottrarre quindi ad ogni possibile controllo e sindacato esterno alcune decisioni ritenute intrinsecamente politiche e quindi non giustiziabili. Si tratta delle tradizionali "*political questions*", di settori riservati alla libertà decisionale degli organi politici. Con la seconda locuzione⁴, invece, si intende indicare una situazione concettualmente diversa, relativa a

¹ Richiamata espressamente sia dal D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, il cui Titolo III reca appunto l'intitolazione "*Del procedimento elettorale preparatorio*", che dall'art. 129 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), intitolato "*Giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali*". Riguardo al profilo terminologico v. G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rass. parl.*, 2006, pp. 796 ss.; L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.*, 2006, pp. 816 ss.; M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, pp. 6 ss., il quale propende per l'espressione "tutela pre-elettorale" al posto di "giustizia pre-elettorale" o "contenzioso pre-elettorale".

² Per una ricostruzione del significato delle due locuzioni v. A. PIZZORUSSO, "*Zone d'ombra*" e "*zone franche*" della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, pp. 1021 ss.

³ Riguardo alla quale v., *ex multis*, M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2001, pp. 9 ss.; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2014, pp. 17 ss.

⁴ Riguardo alla quale v. già F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del processo costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1966, pp. 221 ss., nonché, più di recente, M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2006, pp. 11 ss.

questioni rispetto alle quali il sindacato costituzionale non è di per sé precluso ma soltanto difficilmente esperibile a causa del carattere indiretto dell'accesso alla Corte e delle "strette" che ne discendono, soprattutto in riferimento a determinati riti nell'ambito dei quali risulta complicata la sollevazione dell'incidente di costituzionalità.

Ebbene, riguardo agli atti emanati nel corso della fase preparatoria del procedimento elettorale non può in alcun modo predicarsi l'esistenza di una "zona franca" dalla giustizia costituzionale. Anzitutto, non vi sono indicazioni in tal senso né da parte della Costituzione né da parte della Corte costituzionale. In secondo luogo, sarebbe del tutto privo di senso prima ancora che costituzionalmente illegittimo individuare una "zona franca" dalla giustizia costituzionale e dalla giustizia *tout court* rispetto ad atti del tutto privi di connotazione politica ed anzi qualificabili come provvedimenti amministrativi, nei riguardi dei quali infatti, in terzo ed ultimo luogo, il legislatore ha espressamente previsto appositi strumenti rimediali. Si allude naturalmente al rito speciale pre-elettorale di cui all'art. 129 del Codice del processo amministrativo, sede almeno astrattamente idonea a consentire nel proprio ambito la sollevazione di eventuali incidenti di costituzionalità. Una volta ritenuta inconfigurabile l'esistenza di una "zona franca", si tratta piuttosto di verificare se le caratteristiche proprie del rito pre-elettorale rendano particolarmente difficoltosa la sollevazione dell'incidente di costituzionalità e il conseguente accesso alla Corte e se ricorra quindi quantomeno un'ipotesi di "zona d'ombra".

Occorre premettere che la disposizione in parola ha introdotto *ex novo* nel nostro ordinamento un apposito rito pre-elettorale al fine di consentire l'immediata, autonoma impugnazione degli atti della fase preparatoria. In precedenza, come noto⁵, di tali atti era consentita soltanto un'impugnazione posticipata e differita, contestualmente all'atto di proclamazione degli eletti. Per la verità, al riguardo si era sviluppato un contrasto di orientamenti giurisprudenziali⁶, cui non era riuscito a porre rimedio neppure l'intervento

⁵ Riguardo al contenzioso elettorale in epoca antecedente all'emanazione del Codice del processo amministrativo v. C. MIGNONE, *Giustizia elettorale amministrativa. Aspetti teorici e proposte di riforma*, Milano, 1979; P. VIPIANA, *Contenzioso elettorale amministrativo (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, pp. 11 ss.; D. BORGHESI, *Elezioni (contenzioso per le elezioni regionali ed amministrative) (voce)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; C. MIGNONE, *Contenzioso elettorale*, in A. ROMANO, R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla Giustizia Amministrativa*, III ed., Padova-Milano, 2009, pp. 1599 ss.

⁶ Sul contrasto in parola v. G. MELONI, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, in G. C. DE MARTIN, Z. WITKOWSKI, P. GAMBALE, E. GRIGLIO (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*, Padova-Milano, 2011, p. 325. Sul dibattito dottrinale v. G. IANNINI, *L'immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale*, in *Corr. mer.*, 2007, pp. 939 ss. Secondo un primo, più risalente orientamento (Cons. Stato, Ad. Pl., 7 marzo 1951, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 1986, n. 156), non sarebbe stato possibile procedere alla preventiva, autonoma impugnazione degli atti della fase preparatoria, anche laddove immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive qualificate. Secondo un diverso orientamento, sviluppatosi in epoca successiva e divenuto ad un certo momento prevalente (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 1994, n. 92; Cons. Stato, Ad. Pl., 31 luglio 1996, n. 16; Cons. Stato, Ad. Pl., 24 luglio 1997, n. 15; Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3212), sarebbe invece stato possibile procedere all'immediata impugnazione

dell'Adunanza Plenaria, che aveva negato la possibilità dell'impugnazione immediata⁷. Alla fine la Corte costituzionale⁸, qualificando come diritto vivente l'orientamento dell'Adunanza Plenaria, era intervenuta con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 83-*undecies* del D.P.R. 16 maggio 1970, n. 570, nella parte in cui, appunto, escludeva la possibilità di un'autonoma impugnazione degli atti del procedimento preparatorio immediatamente lesivi anteriormente alla proclamazione degli eletti. La Corte sottolinea come l'impugnazione posticipata e differita non sarebbe idonea a garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva – ai sensi dei parametri costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.) e convenzionali (artt. 6 e 13 CEDU) evocati – alle situazioni giuridiche soggettive qualificate lese dagli atti della fase preparatoria, ed in particolare all'interesse del candidato a partecipare alla competizione elettorale in un contesto politico ed ambientale «*definito*»⁹.

Il Codice del processo amministrativo, peraltro, emanato in attuazione di una legge delega espressamente richiamata dalla pronuncia in parola, era stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale lo stesso giorno del deposito della sentenza. L'introduzione del rito pre-elettorale ad opera della disposizione codicistica, quindi, aveva ricevuto la coeva copertura costituzionale da parte della Corte.

degli atti emessi nella fase preparatoria, senza la necessità di attendere il verbale di proclamazione degli eletti, solo ed esclusivamente laddove risultassero direttamente lesivi.

⁷ Cons. Stato, Ad. Pl., 24 novembre 2005, n. 10, *cit.*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2005, pp. 3244 ss., con nota di C. E. GALLO, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2005*, *ivi*, pp. 3244 ss. In senso critico rispetto a tale pronuncia v. G. VIRGA, *Operazioni elettorali e tutela cautelare*, in *www.lexitalia.it*, 2005, 11; N. SAITTA, *Ancora sulla impugnabilità immediata delle operazioni elettorali preliminari*, in *www.lexitalia.it*, 2007, 2; G. G. A. DATO, *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, in M. CORRADINO, G.G.A. DATO (a cura di), *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, 2008, pp. 87 ss.; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, p. 427. Soltanto una parte dei giudici amministrativi aveva aderito all'interpretazione offerta dalla pronuncia del 2005 (Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2006, n. 619; Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2006, n. 1441; Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2007, n. 482; Cons. giust. amm. Sicilia, 23 settembre 2008, n. 776; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2008, n. 2227; Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2009, n. 3113; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2009, n. 3374; Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7252; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7788; Cons. giust. amm. Sicilia, 19 marzo 2010, n. 402; Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1640; Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, nn. 1665 e 1666; Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2010, n. 1942). Un'altra parte, invece (Cons. Stato, Sez. V, 16 maggio 2006, n. 2368; Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2006, nn. 2490-2494; Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1648), anziché uniformarsi al *decisum* del supremo consesso, aveva continuato a postulare l'immediata impugnabilità degli atti del procedimento preparatorio ricorrendo al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, sulla scorta degli argomenti logico-sistematici già evidenziati dalla dottrina. A favore dell'immediata impugnabilità anche Tar Molise, Sez. I, 20 maggio 2009, n. 216, riguardo alla quale v. G. DI PARDO, *L'impugnabilità immediata del provvedimento di ricusazione della lista tra «anelito pangiustizialista» ed effettività della tutela del diritto all'elettorato passivo*, in *www.lexitalia.it*, 2009, 5; Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 marzo 2010, nn. 559 e 560, riguardo alle quali v. G. LANEVE, *Il procedimento elettorale tra favor participationis ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, pp. 1962 ss., nonché L. D'ANGELO, *La pronuncia cautelare «salva liste» e le problematiche qualificatorie dell'atto impugnato*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2010.

⁸ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 236, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2892 ss., con osservazioni di R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, *ivi*, pp. 2905 ss., ed E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, *ivi*, pp. 2908 ss.

⁹ Punto 3 del *Considerato in Diritto*.

Senza indugiare su aspetti che necessiterebbero di ben più ampi spazi di trattazione si rileva che tale disposizione¹⁰, nella sua attuale formulazione risultante dall'intervento di due decreti legislativi correttivi, prevede l'immediata impugnabilità dinanzi al Tar territorialmente competente dei provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente di partecipare al procedimento elettorale preparatorio. Il rito presenta caratteri di estrema celerità e speditezza, diretti a garantirne la celebrazione e conclusione in tempi rapidissimi, compatibili con lo svolgimento della competizione elettorale, delle operazioni di voto e di accertamento degli esiti elettorali e con il conseguente rinnovo degli organi elettivi nei tempi prestabiliti. In particolare si prevede un termine assai ridotto, di soli tre giorni, per l'impugnazione degli atti, mediante notifica e deposito del ricorso; la celebrazione di un'unica udienza, entro tre giorni dal deposito del ricorso, senza alcuna possibilità di rinvio; la decisione al termine dell'udienza, con sentenza in forma semplificata e motivazione anche *per relationem*; il ricorso in appello nel termine ancor più ridotto di due giorni e la celebrazione del giudizio di secondo grado nei medesimi stretti termini di quello di prime cure.

Il rito pre-elettorale, in buona sostanza, risulta ispirato alla necessità di garantire un equilibrato bilanciamento tra due valori di pari rango costituzionale individuati dalla Corte nella sua pronuncia: l'esigenza di procedere alla rinnovazione della composizione degli organi elettivi ad intervalli regolari nei tempi predefiniti, da un lato; il diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive qualificate, dall'altro¹¹.

2. La reiterata negazione, da parte del giudice amministrativo, della possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito pre-elettorale

Il giudice amministrativo, in un primo momento, era stato investito della questione di nostro interesse soltanto in via indiretta. Il Consiglio di Stato, infatti, nell'ambito di un giudizio di appello relativo ad una controversia pre-elettorale, aveva deferito all'Adunanza Plenaria, ritenendo possibile farlo, la questione di diritto relativa alla sussistenza o meno di limiti di competenza territoriale in capo ai giudici di pace muniti del potere di autenticazione delle sottoscrizioni a sostegno delle liste di candidati.

In quel caso l'Adunanza Plenaria¹², con un'affermazione non specificamente limitata al deferimento ad essa delle questioni di diritto bensì riferita alla generalità degli incidenti

¹⁰ Riguardo alla quale v. A. GIGLI, *Contenzioso sulle operazioni elettorali*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, pp. 1213 ss.; F. M. CIARALLI, *Artt. 126 e 129*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, M. PROTTO, L. TARANTINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo ragionato*, Roma, 2017, pp. 758 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2017, pp. 2291 ss.; F. CORVAJA, *Artt. 129-130*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova-Milano, 2021, pp. 1019 ss.

¹¹ Punto 3.2. del *Considerato in Diritto*.

¹² Cons. Stato, Ad. Pl., 9 ottobre 2013, n. 22.

processuali aveva perentoriamente escluso, in radice, la compatibilità con il rito di cui all'art. 129 e quindi la possibilità di sollevazione durante il suo svolgimento di ogni e qualsivoglia questione incidentale «*che possa comportare il differimento dell'udienza o la sospensione del giudizio*». I giudici amministrativi, a sostegno di questa conclusione, adducono le esigenze di celerità e speditezza che connotano il rito diretto alla risoluzione delle controversie aventi ad oggetto gli atti della fase preparatoria e in particolare quelli di esclusione dalla partecipazione, ritenute difficilmente conciliabili con gli incidenti processuali. In pratica, intendono sottolineare la radicale incompatibilità tra le tempistiche necessarie per la risoluzione di eventuali questioni incidentali e l'esigenza di celebrare e concludere con estrema rapidità e comunque entro i termini rigorosamente imposti dal Codice le controversie relative agli atti della fase preparatoria, in modo da consentire la prosecuzione e la conclusione del procedimento elettorale e il conseguente insediamento degli organi elettivi nei tempi prefissati. Per la verità, sotto questo profilo la pronuncia in parola rivela un profilo di intrinseca contraddittorietà. Dopo avere proclamato l'assoluta incompatibilità di qualsivoglia incidente processuale con il rito pre-elettorale, infatti, l'Adunanza Plenaria decide comunque di pronunciarsi sul merito della questione deferitale ritenendo possibile nel caso di specie, «*in concreto*», un coordinamento con i tempi di svolgimento della fase preparatoria. Ciò equivale ad affermare che l'asserita incompatibilità non può essere aprioristicamente affermata in via astratta e in modo assoluto, dovendosi piuttosto procedere ad una valutazione concreta circa la possibile compatibilità dei tempi occorrenti per la risoluzione degli incidenti processuali con i tempi necessari per la rapida celebrazione del rito pre-elettorale.

Peraltro, quasi proprio a voler fugare ogni timore in ordine alla configurazione di eventuali vuoti di tutela, “zone franche” e “zone d'ombra”, i giudici amministrativi si erano immediatamente dopo premurati di precisare che la piena esplicazione delle garanzie difensive connesse ad eventuali fasi incidentali avrebbe potuto ricevere ingresso, se del caso, attraverso l'impugnazione degli atti successivi (*id est*, dell'atto di proclamazione degli eletti) mediante il rito post-elettorale ex art. 130 del Codice, «*la cui proposizione è rimessa alla scelta processuale della parte interessata*». Questa affermazione risulta fondata sulla configurazione dell'esperimento del rito pre-elettorale in termini di pura facoltatività e, conseguentemente, sui rapporti con il rito post-elettorale in termini di alternatività. In pratica, secondo una visione all'epoca invalsa, il candidato escluso avrebbe potuto alternativamente decidere di impugnare il provvedimento di esclusione o in via immediata ed anticipata ex art. 129 oppure, senza incorrere in alcuna decadenza, in via posticipata e differita, in uno con l'atto di proclamazione degli eletti ex art. 130. Quindi, sembrerebbe essere il ragionamento seguito dall'Adunanza Plenaria, il candidato escluso, laddove intendesse (chiedere di) sollevare una questione di legittimità costituzionale nei riguardi di una disposizione applicata nella fase preparatoria che

ne ha determinato l'esclusione della competizione, dovrebbe rinunciare alla facoltà di avvalersi della tutela anticipata *ex art. 129* per accedere piuttosto a quella posticipata *ex art. 130*.

In conclusione, le argomentazioni a sostegno della conclusione cui era pervenuta l'Adunanza Plenaria nella sentenza "capostipite" erano due, relative rispettivamente all'esigenza di celerità e speditezza che caratterizzano il rito pre-elettorale *ex art. 129*, da una parte, e alla possibilità di sollevare questioni incidentali nel successivo giudizio post-elettorale avente ad oggetto i risultati della competizione *ex art. 130*, dall'altra.

Negli anni seguenti il giudice amministrativo, più volte investito di istanze di sollevazione di questioni di legittimità costituzionale¹³, aveva sempre preliminarmente ribadito la loro radicale incompatibilità con il rito pre-elettorale limitandosi al riguardo a richiamare, in modo del tutto tralascio e pedissequo, le formule originariamente adoperate dall'Adunanza Plenaria. In tutti questi casi, però, quasi a riprova della consapevolezza della caducità della soluzione indicata, il giudice amministrativo aveva «*comunque*» ritenuto di affrontare il merito della questione postulandone la manifesta infondatezza. Sembrerebbe quindi restare impregiudicato il problema relativo all'eventualità in cui la questione presenti invece profili di non manifesta infondatezza, nel qual caso il giudice del rito pre-elettorale, non potendo investire la Corte, si vedrebbe costretto nelle more ad applicare una disposizione della cui legittimità costituzionale dubita.

Profili di novità si riscontrano invece in una recentissima pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana che, pur ribadendo la tesi della radicabile incompatibilità di qualsivoglia fase incidentale con il rito pre-elettorale, spingendosi oltre rispetto ai precedenti in termini ha speso ulteriori argomentazioni a sostegno della stessa. Il giudice siciliano, infatti, ritiene che le esigenze di celerità del rito costituiscano soltanto uno e neppure il più importante degli argomenti adducibili. A suo avviso, infatti, la ragione principale risiede piuttosto nel difetto di rilevanza della questione, perché il candidato escluso non conseguirebbe comunque alcun risultato utile dal suo eventuale accoglimento e la Corte la dovrebbe pertanto dichiarare inammissibile per difetto di utilità nel giudizio *a quo*.

L'*iter* logico-argomentativo muove dalla premessa per cui l'oggetto del giudizio *a quo* è rappresentato dai provvedimenti di esclusione e non è estensibile alla proclamazione degli eletti. Provvedimenti che non potrebbero essere cautelatamente ed interinalmente sospesi seppur fondati su una disposizione sospetta di incostituzionalità, perché ciò equivarrebbe ad una «*sospensione giudiziaria della legge, nelle more della decisione della Corte, così integrandosi un non consentito sindacato di costituzionalità diffuso*». Per la verità, si dà conto dell'esistenza di precedenti giurisprudenziali in cui, in uno con la sollevazione della questione di legittimità

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2013, n. 5222; Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2016, n. 2067; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 29 maggio 2017, n. 253; Cons. Stato, Sez. III, 9 maggio 2019, n. 3031.

costituzionale, si era disposta la sospensione cautelare del provvedimento adottato sulla base della legge asseritamente illegittima. Il giudice siciliano, però, ritiene tali orientamenti isolati ed espressivi di un «*mero fatto storico*», inidoneo di per sé a dimostrare l'esistenza di un tale potere, non previsto da alcuna disposizione di legge.

Dovendosi pertanto escludere la possibilità di ottenere la sospensione cautelare del provvedimento di esclusione e la conseguente ammissione alla competizione elettorale nelle more dell'incidente di costituzionalità, ne conseguirebbe che dall'eventuale, successivo accoglimento della questione il candidato o la lista esclusi non potrebbero trarre alcun vantaggio né utilità nell'ambito del giudizio *a quo* sul piano del risarcimento in forma specifica, del ripristino della situazione giuridica soggettiva qualificata lesa dal provvedimento di esclusione e del sotteso bene della vita pregiudicato. La ricaduta dell'accoglimento della questione sul rito pre-elettorale non sarebbe infatti costituita in nessun caso dall'annullamento delle elezioni, *in primis* perché tale giudizio ha ad oggetto esclusivamente i provvedimenti di esclusione e non l'atto di proclamazione degli eletti; in secondo luogo perché l'annullamento del provvedimento di esclusione conseguente alla declaratoria di illegittimità costituzionale non determinerebbe effetti caducatori automatici nei riguardi della proclamazione degli eletti, atto autonomo che necessita di un'autonoma, specifica impugnazione.

Allo stesso modo, non vi sarebbero effetti utili neppure sul piano della tutela per equivalente, *sub specie* di risarcimento del danno da perdita di *chance* di vittoria alle elezioni, cui al candidato e alla lista è stato precluso in radice di partecipare. Da un lato, infatti, il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo presuppone la prova della colpa dell'amministrazione, da escludersi in radice se il provvedimento è stato emanato in applicazione di una legge vigente e fintantoché non ne sia stata dichiarata l'incostituzionalità. Dall'altro, non è ammesso il risarcimento del danno da illecito legislativo, in caso di accertata incostituzionalità della legge.

La conclusione al riguardo è lapidaria: «*non potendo la parte, nel rito ex art. 129 c.p.a., conseguire, in caso di accoglimento della questione di costituzionalità, né il bene della vita in forma specifica, né il bene della vita per equivalente monetario, deve affermarsi la incompatibilità logico-giuridica dell'incidente di costituzionalità con il rito ex art. 129 c.p.a.*». Da segnalare che non vi è traccia alcuna, nella pronuncia in parola, della possibilità di sollevare le questioni incidentali nell'ambito del successivo rito post-elettorale *ex art. 130*.

Senza voler anticipare considerazioni che riceveranno maggiore sviluppo più avanti, occorre sin d'ora segnalare che il ragionamento dell'Adunanza Plenaria presenta alcuni profili di criticità. *In primis*, appare criptica e comunque di difficile comprensione l'affermazione per cui il giudice *a quo* non potrebbe operare una sospensione della legge in attesa della decisione della Corte, perché in realtà l'obbligo di sospendere il giudizio e di non applicare la legge sospetta di

incostituzionalità costituisce una diretta conseguenza, un corollario del carattere incidentale della questione.

In secondo luogo, risulta del tutto inconferente l'affermazione per cui il ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità concreta dall'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale. A tacere, per il momento, della sua erroneità nel merito, tale affermazione si pone in stridente contrasto con i consolidati orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale¹⁴, a tenore dei quali la rilevanza della questione discende esclusivamente dalla necessità di applicazione della disposizione censurata nel giudizio *a quo*, a prescindere dagli effetti di concreta utilità che le parti in causa potrebbero trarre dall'eventuale pronuncia di accoglimento della questione.

In terzo ed ultimo luogo, non del tutto condivisibile risulta l'affermazione per cui il giudice *a quo* non potrebbe sospendere in via cautelare, nelle more della risoluzione dell'incidente di costituzionalità, il provvedimento amministrativo impugnato. Anche in questo caso, risalta il contrasto con gli orientamenti della Corte costituzionale che, già fin da una risalente decisione¹⁵, ha statuito che il potere cautelare di «*sospensione dell'atto amministrativo è "elemento connaturale" di un sistema di tutela giurisdizionale incentrato sull'annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni*»¹⁶, limitabile riguardo a determinate categorie di atti soltanto laddove ricorrano esigenze di interesse pubblico giustificative della disparità di trattamento. Occorrerebbe, pertanto, con specifico riguardo ai provvedimenti di esclusione dalla competizione elettorale e al rito pre-elettorale, individuare l'esistenza di tali ragioni giustificative. Peraltro, è del tutto apodittico sostenere che i precedenti in termini costituiscano «*un mero fatto storico*», evidentemente privo di qualsivoglia rilievo giuridico.

In conclusione, le argomentazioni spiegate dal giudice siciliano non consentono i per sé di postulare aprioristicamente, in via assoluta ed astratta, la radicale, strutturale, ontologica incompatibilità dell'incidente di costituzionalità con il rito di cui all'art. 129. Il reale profilo problematico rimane piuttosto quello relativo alla difficoltà di coniugare i tempi di svolgimento dell'incidente di costituzionalità con le esigenze di celerità che caratterizzano il rito, a più riprese sottolineate dai giudici amministrativi e che invece il giudice siciliano relega sullo sfondo.

È sulla base di questi presupposti che occorre pertanto ricercare una soluzione idonea a superare la tesi della radicale incompatibilità dell'incidente di costituzionalità con il rito pre-elettorale ex art. 129 e ad evitare l'insorgenza di pericolosi vuoti di tutela, di "zone d'ombra" o di "zone franche" dalla giustizia costituzionale riguardo agli atti della fase preparatoria.

¹⁴ Cfr. *ex plurimis*, Corte cost., 9 novembre 2011, n. 294; Corte cost., 23 gennaio 2014, n. 5; Corte cost., 13 marzo 2014, n. 46; Corte cost., 2 febbraio 2018, n. 20; Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77; Corte cost., 10 luglio 2019, n. 170; Corte cost., 12 luglio 2019, n. 174; Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253.

¹⁵ Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2953 ss., con osservazione di A. PACE, «*Effettività*» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela, *ivi*, pp. 3349 ss.

¹⁶ Punto 3. del *Considerato in Diritto*.

3. L'impraticabilità della tesi relativa alla sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito post-elettorale *ex art. 130* del Codice del processo amministrativo.

La tesi costantemente sostenuta dai giudici amministrativi al fine di scongiurare l'esistenza di una "zona franca" è quella della possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito post-elettorale di cui all'art. 130 del Codice.

Tale tesi, però, poteva ritenersi sostenibile soltanto sotto il vigore della versione originaria del Codice. Il tenore letterale dell'art. 129, infatti, laddove prevedeva che gli atti della fase preparatoria «*possono*» essere impugnati mediante il rito pre-elettorale, ne prefigurava la mera facoltatività¹⁷. I soggetti legittimati, quindi, avrebbero potuto alternativamente optare per la tutela anticipata di cui all'art. 129 oppure per quella differita e posticipata di cui all'art. 130. Non vi era a loro carico alcun onere di impugnare *ex art. 129* gli atti della fase preparatoria a pena della definitività degli stessi e della loro conseguente inoppugnabilità ai sensi dell'art. 130. Il rapporto tra i due riti, quindi, si configurava in termini di alternatività.

Il modello di tutela prefigurato si poneva però in aperto contrasto con la sentenza n. 236 del 2010 della Corte che, come si è visto, aveva postulato la necessità dell'impugnazione immediata degli atti della fase preparatoria, sottolineando l'inidoneità dell'impugnazione successiva a garantire una tutela tempestiva ed effettiva della situazione giuridica soggettiva qualificata incisa, identificata nell'interesse del ricorrente a partecipare ad una competizione elettorale in un contesto politico ambientale «*definito*». Dalla decisione della Corte traspariva chiaramente la volontà di separare e distinguere i due riti elettorali, siccome diretti a tutelare diverse situazioni giuridiche soggettive: l'interesse alla mera partecipazione alla competizione elettorale, il rito *ex art. 129*; l'interesse all'esito vittorioso della competizione elettorale, il rito *ex art. 130*.

Proprio in ossequio alle indicazioni della Corte, il secondo correttivo al Codice ha modificato la formulazione testuale dell'art. 129 introducendo, in sostituzione della locuzione «*possono essere impugnati*», quella «*sono impugnabili*». Alla luce della nuova formulazione della disposizione e a meno di non voler ritenere che il legislatore, contrariamente all'intento correttivo che lo muoveva, non abbia inteso apportare alcuna innovazione, appare evidente la volontà di ascrivere carattere obbligatorio all'impugnazione immediata degli atti della fase preparatoria mediante il rito *ex art. 129*¹⁸.

¹⁷ In tal senso G. PELLEGRINO, *Art. 129*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il Processo amministrativo. Commentario al D. lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 1045.cit., pp. 1053 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del Codice del processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2012, 20, p. 15; M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., pp. 46 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2017, p. 2320 e, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2012, n. 2202. *Contra* L. TRUCCO, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, in *Rass. parl.*, 2011, p. 684.

¹⁸ In tal senso v. Tar Piemonte, Sez. II, 10 ottobre 2013, n. 1073; Tar Piemonte, Sez. II, 23 ottobre 2014, n. 1571; Tar Veneto, Sez. I, 5 novembre 2015, n. 1130; Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 22 ottobre 2019, n. 12153 e, in

Oltre al carattere obbligatorio del rito pre-elettorale, rileva anche la circostanza che il Codice sembra configurare il rapporto tra rito pre-elettorale e rito post-elettorale in termini di rigorosa autonomia e separazione, come si evince dal combinato disposto degli artt. 129 e 130 che li contemplano, in ragione del diverso ambito applicativo che li contraddistingue sul piano oggettivo. Da un lato, infatti, il secondo comma dell'art. 129 prevede l'impugnazione differita con il rito post-elettorale, unitamente all'atto di proclamazione degli eletti, di tutti «*gli atti diversi di da quelli di cui al comma 1*» (*id est*: gli atti della fase preparatoria immediatamente lesivi del diritto di partecipare alla competizione elettorale). Con questa locuzione si indicherebbero o gli atti emanati in fasi del procedimento elettorale diverse da quella preparatoria oppure gli atti emanati nella fase preparatoria non immediatamente lesivi del diritto di partecipazione alla competizione elettorale, dei quali ultimi appare difficile la configurazione anche solo in via astratta. Dall'altro lato il primo comma dell'art. 130, nel delimitare l'ambito applicativo oggettivo del rito post-elettorale, richiama tutti gli atti del procedimento elettorale successivi alla convocazione dei comizi, fatto salvo quanto previsto dal Capo II, riferito appunto al rito pre-elettorale. Ne discende che gli atti della fase preparatoria, incidenti sul diritto di partecipazione alla competizione elettorale, debbono essere impugnati in via immediata con il rito pre-elettorale *ex art.* 129, essendo il diverso rito post-elettorale *ex art.* 130 riservato all'impugnazione degli atti emanati nelle fasi successive del procedimento elettorale (svolgimento delle operazioni di voto e scrutinio), incidenti sul distinto interesse all'esito della competizione elettorale.

Tale modello di separazione dei riti presenta peraltro un elevato grado di conformità ai *dicta* della pronuncia della Corte costituzionale del 2010. Offre infatti anzitutto il vantaggio di consentire la risoluzione di tutte le controversie afferenti agli atti della fase preparatoria e quindi la stabilizzazione in via definitiva ed immutabile del quadro dell'offerta politica prima dello svolgimento della competizione elettorale, consentendo in tal modo che le operazioni di voto possano svolgersi in un contesto politico definito. In secondo luogo, garantisce la tempestività ed effettività della tutela del diritto di partecipare alla competizione elettorale in un contesto politico ambientale definito, che risulterebbe viceversa irrimediabilmente compromesso e pregiudicato qualora gli atti della fase preparatoria dovessero essere impugnati in via differita ai sensi dell'art. 130, in uno con l'atto di proclamazione degli eletti e quindi in epoca successiva al (già avvenuto) svolgimento delle operazioni di voto e di scrutinio. In terzo ed ultimo luogo, l'impugnazione immediata consente di scongiurare il rischio che eventuali illegittimità della fase preparatoria, siccome tempestivamente rimosse, possano propagarsi alla

dottrina, R. DE NICTOLIS, *Il secondo*, cit. p. 15, seppur in modo dubitativo; M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., p. 53; N. SAITTA, *I giudizi elettorali*, III ed., Napoli, 2015, p. 37.

fase successiva andando così ad inficiare l'esito elettorale, con conseguente grave nocimento sia per l'affidamento riposto dal corpo elettorale nella stabilità del voto espresso, sia per la stabilità della composizione degli organi elettivi nel frattempo insediatisi, che verrebbero travolti dalla necessità di procedere alla ripetizione, in tutto o in parte, della competizione elettorale.

Conclusivamente il tenore letterale degli artt. 129 e 130 del Codice, interpretati in combinato disposto e in senso conforme alle indicazioni della Corte costituzionali induce a propendere per la tesi dell'obbligatorietà dell'impugnazione immediata *ex art. 129* degli atti della fase preparatoria e della preclusione all'impugnativa differita *ex art. 130*, con conseguente rigorosa separazione dell'ambito applicativo dei due riti elettorali. Ne consegue, *in primis*, che il termine di tre giorni *ex art. 129* riveste natura perentoria e radica in capo ai soggetti legittimati l'onere di impugnare con immediatezza gli atti della fase preparatoria a pena di decadenza, a pena cioè della loro definitività ed inoppugnabilità in via successiva, anche mediante il rito di cui all'art. 130. In secondo luogo, e conseguentemente, qualora gli atti della fase preparatoria siano stati tempestivamente impugnati ai sensi dell'art. 129, la sentenza emessa all'esito del giudizio pre-elettorale, una volta passata in giudicato rivestirebbe efficacia *erga omnes*, come è inequivocabilmente confermato dall'istituto della fungibilità configurato nei riguardi del cittadino elettore. Quest'ultimo, infatti viene ritenuto sprovvisto di legittimazione all'impugnazione immediata *ex art. 129* tramite l'*actio popularis* ma (del tutto contraddittoriamente e inspiegabilmente, in verità¹⁹), proprio in applicazione dell'istituto della fungibilità, gli viene imposto di impugnare la sentenza emessa all'esito del giudizio di primo grado del rito pre-elettorale cui non ha preso parte al fine di evitarne il passaggio in giudicato e l'efficacia anche nei suoi confronti. Ebbene, laddove al cittadino elettore venga riconosciuta la facoltà di intervenire nel giudizio *ex art. 129* e comunque di appellare la sentenza emessa all'esito dello stesso anche qualora non vi abbia partecipato, allora dovrebbe ancor prima essergli riconosciuta la legittimazione ad impugnare direttamente l'atto preparatorio lesivo a pena di acquiescenza allo stesso e di conseguente definitività nei suoi confronti qualora nessun altro dei soggetti legittimati lo abbia autonomamente impugnato. Il riconoscimento di tale originaria ed autonoma legittimazione ad agire non incontra alcun ostacolo ed anzi risulta favorita da un'interpretazione costituzionalmente orientata della formula "aperta" adoperata dall'art. 129 per delimitare il proprio ambito soggettivo di applicazione. Tale formula non contiene infatti alcuna elencazione od indicazione espressa di categorie di soggetti ed anzi allude a qualunque soggetto immediatamente leso da un atto della fase preparatoria.

Ed è proprio quest'ultimo aspetto, relativo alla definitività e alla conseguente efficacia *erga omnes* della sentenza emessa all'esito del giudizio pre-elettorale a costituire il principale

¹⁹ Al riguardo, le considerazioni svolte in M. MANCINI, *Procedimento elettorale preparatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Padova, 2022, pp. 293 ss.

ostacolo alla possibile impugnazione in via successiva *ex art. 130* e all'eventuale sollevazione, nell'ambito del rito post-elettorale, di incidenti di legittimità costituzionale relativi a disposizioni di carattere sostanziale applicate nei riguardi degli atti della fase preparatoria. Il giudicato copre infatti il dedotto e il deducibile, per cui non si potrebbero riproporre o proporre per la prima volta nel giudizio post-elettorale censure nei riguardi degli atti di esclusione o eventuali questioni di legittimità costituzionale già affrontate e respinte con decisione definitiva all'esito del giudizio pre-elettorale.

Peraltro, anche qualora si volesse sostenere la mera facoltatività dell'impugnazione immediata, all'accoglimento della tesi della possibile impugnazione successiva e della conseguente sollevazione nel rito *ex art. 130* di eventuali incidenti di costituzionalità si frapporrebbero comunque ulteriori ostacoli difficilmente sormontabili. Anzitutto l'art. 130 indica espressamente, quali unici soggetti legittimati a ricorrere, qualsiasi candidato o elettore dell'ente della cui elezione si tratta. Ciò parrebbe precludere ogni possibilità di impugnazione a coloro che, essendo stati esclusi nella fase preparatoria, non hanno partecipato alla competizione elettorale e non hanno quindi neppure acquisito la qualifica di candidati, da un lato. Dall'altro, riguardo al cittadino elettore, laddove si aderisca alla tesi per cui non ha legittimazione ad esperire l'azione popolare nei riguardi degli atti della fase preparatoria, muterebbero radicalmente i termini della questione. L'impugnazione immediata, infatti, per quanto lo riguarda, non sarebbe facoltativa, bensì assolutamente preclusa. Egli infatti non avrebbe alcuna facoltà di scelta al riguardo, dovendo obbligatoriamente ricorrere all'impugnazione differita *ex art. 130*. Non si comprende però il senso di attribuirgli solo la facoltà di impugnazione successiva, che si presta peraltro anche ad utilizzazioni abusive e distorte²⁰, ad esempio nel caso in cui il candidato, decaduto dalla possibilità di impugnare in via preventiva ai sensi dell'art. 129, impugni in via successiva nella diversa veste di cittadino elettore²¹. Delle due l'una: o l'atto della fase preparatoria spiega efficacia lesiva nei riguardi di una situazione giuridica soggettiva qualificata della quale è titolare, e allora, non diversamente dagli altri soggetti lesi e legittimati, gli dovrebbe essere consentita la facoltà di scelta tra rito pre-elettorale e rito post-elettorale; oppure, viceversa, l'atto della fase preparatoria non spiega alcuna efficacia lesiva nei suoi riguardi, e allora risulterebbe in radice privo della legittimazione ad impugnarlo, tanto in via immediata quanto in via differita. Tutto ciò a tacere del fatto che, in ogni caso, qualora un altro dei soggetti legittimati, come in sua facoltà, impugnasse l'atto in via preventiva, in applicazione dell'istituto della fungibilità l'attore popolare sarebbe comunque obbligato ad intervenire o ad

²⁰ Ben sottolineate da M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., p. 47; G. PELLEGRINO, *Art. 129*, cit., p. 1059, il quale parla addirittura di possibili comportamenti «eversivi».

²¹ Possibilità in realtà esclusa da Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 10 giugno 2016, n. 1438, in relazione al caso di un sindaco escluso il cui ricorso *ex art. 129* era stato respinto e che aveva agito in qualità di cittadino elettore avverso l'atto di proclamazione degli eletti *ex art. 130* deducendo i medesimi vizi.

appellare la sentenza onde evitarne il passaggio in giudicato con efficacia anche nei suoi riguardi con conseguente decadenza dalla facoltà di impugnare in via successiva *ex art.* 130. In quest'ultimo caso, si riproporrebbero i problemi già visti a proposito della possibilità di rimettere in discussione questioni già dedotte o deducibili sulle quali si è formato il giudicato. Si rafforza pertanto il convincimento che il legislatore, all'art. 130, abbia inteso soltanto e semplicemente individuare i soggetti legittimati ad impugnare l'atto di proclamazione degli eletti mediante il rito post-elettorale e non radicare una legittimazione all'esclusiva impugnazione differita degli atti della fase preparatoria da parte del cittadino elettore.

In ogni caso, anche a voler ritenere ammissibile l'impugnazione successiva, permarrebbero più che fondati dubbi circa la possibilità stessa di sollevare l'incidente di costituzionalità nel corso del giudizio post-elettorale, soprattutto sotto il profilo della rilevanza. *In primis*, infatti, la questione avrebbe ad oggetto disposizioni destinate a ricevere applicazione non nei riguardi dell'atto oggetto di impugnazione, vale a dire il verbale di proclamazione degli eletti, bensì nei riguardi di un altro diverso atto (quello di esclusione), peraltro difficilmente configurabile rispetto ad esso come atto-presupposto e comunque in precedenza emanato nel corso di un procedimento diverso rispetto a quello di verifica degli esiti elettorali. Procedimento, quello preparatorio, riguardo al quale, a prescindere dalla sua facoltatività o obbligatorietà, è stato previsto un apposito rito elettorale.

In secondo luogo, contrariamente a quanto sostiene il giudice siciliano e per quanto ciò possa valere, a non far conseguire al ricorrente il risultato utile avuto di mira sarebbe proprio l'intervento della declaratoria di illegittimità costituzionale nell'ambito del rito post-elettorale. In questo caso, infatti, il candidato escluso impugnerebbe l'atto di proclamazione degli eletti soltanto in via indiretta e mediata, mirando in realtà ad ottenere l'annullamento del precedente atto di esclusione dalla competizione elettorale. Il *petitum*, insomma, avrebbe ad oggetto l'annullamento dell'atto *lato sensu* presupposto e non di quello conclusivo, il cui annullamento conseguirebbe in via derivata e del tutto incidentale senza che il ricorrente vanti alcun interesse qualificato se non indiretto al riguardo. Si assisterebbe in tal modo, come in una sorta di eterogenesi dei fini, ad una curiosa inversione logica, per cui il ricorrente chiederebbe l'annullamento dell'atto conclusivo di proclamazione degli eletti con il reale obiettivo di ottenere l'annullamento del precedente atto di esclusione dalla competizione elettorale. Soltanto l'annullamento dell'atto "presupposto" di esclusione, infatti, gli consentirebbe di conseguire concretamente l'interesse avuto di mira, quello alla partecipazione alla competizione elettorale. Diversamente, l'annullamento del successivo atto di proclamazione degli eletti non solo non gli farebbe conseguire alcun risultato utile, perché non gli consentirebbe in alcun modo di risultare vincitore di una competizione elettorale alla quale non ha preso parte, determinando soltanto la ripetizione della stessa; ma addirittura, conseguentemente, non appresterebbe alcuna forma di

tutela nei riguardi della situazione giuridica soggettiva connessa all'esito vittorioso delle elezioni che, ben lungi dall'assurgere alla configurazione di interesse qualificato, risulterebbe ancora allo stato embrionale di mera *chance* di partecipazione e di vittoria.

L'interesse avuto di mira con l'impugnazione successiva, insomma, non risulterebbe quello ipotetico ed astratto al riconoscimento dell'esito vittorioso della competizione elettorale, conseguibile attraverso l'annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti, cui il rito post-elettorale è specificamente diretto, bensì quello antecedente, concreto e attuale, alla partecipazione alla competizione elettorale dalla quale si è stati esclusi. Non si tratta però di un diritto/interesse alla partecipazione puro e semplice, bensì "qualificato", dal momento che la Corte costituzionale specifica che tale partecipazione deve avvenire in un determinato contesto politico-ambientale «*definito*». Ed è proprio questo il motivo per cui ha ritenuto che la tutela differita avverso gli atti della fase preparatoria non sia idonea ad assicurare una tutela tempestiva ed effettiva di tale diritto. L'eventuale ripetizione della competizione elettorale conseguente all'annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti non consentirebbe infatti in alcun modo di ripristinare, ora per allora, le condizioni politico-ambientali esistenti al momento dell'esclusione del candidato.

Appare pertanto evidente che la tesi della necessaria sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito post-elettorale *ex art.* 130 risulta insoddisfacente, difficilmente praticabile e comunque non conforme ai dettami della Corte costituzionale.

4. I profili problematici connessi alla sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito pre-elettorale *ex art.* 129 del Codice.

La soluzione più corretta è pertanto quella di ritenere possibile la sollevazione della questione di legittimità costituzionale nell'apposita *sedes materiae*, vale a dire nell'ambito del rito appositamente dedicato alla risoluzione delle controversie relative agli atti della fase preparatoria, quello disciplinato dall'art. 129 del Codice del processo amministrativo.

Tale opzione appare maggiormente conforme alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale. Sia perché l'impugnazione degli atti della fase preparatoria deve necessariamente avvenire in via immediata, mediante il rito di cui all'art. 129, a pena di decadenza, con conseguente necessaria sollevazione nel medesimo ambito di eventuali questioni incidentali relative alle disposizioni che ne disciplinano l'emanazione. Sia perché la questione può assumere rilevanza soltanto all'interno del rito pre-elettorale. Contrariamente a quanto sostiene il giudice siciliano, infatti, il *petitum* della questione sollevata nell'ambito del rito *ex art.* 129 concerne proprio, direttamente ed immediatamente, la declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione diretta a disciplinare i provvedimenti di esclusione al fine di ottenerne

l'annullamento. All'esito del giudizio di legittimità costituzionale, quindi, in caso di declaratoria di illegittimità, il ricorrente otterrebbe il risultato avuto direttamente di mira, vale a dire la tutela ripristinatoria del suo interesse alla partecipazione alla competizione elettorale, conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento di esclusione.

Il problema che si pone al riguardo, sottolineato a più riprese dai giudici amministrativi e considerato invece in via marginale, da ultimo, dal giudice siciliano, è quello di conciliare le tempistiche necessarie per la risoluzione dell'incidente di costituzionalità con i ridotti tempi prescritti dalla legge per lo svolgimento del rito *ex art.* 129 e, più in generale, per lo svolgimento della competizione elettorale al fine di addivenire alla rinnovazione degli organi elettivi. Appare evidente, infatti, che l'instaurato giudizio di legittimità costituzionale non riuscirebbe a concludersi entro i termini prescritti dalla legge per la celebrazione del rito pre-elettorale.

La difficoltà di coniugare i tempi di svolgimento dei due giudizi non può però condurre ad ipotizzare, in via del tutto aprioristica ed astratta, l'impossibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità e la conseguente sussistenza di una vera e propria "zona franca", soluzione inaccettabile sul piano costituzionale. Si configura piuttosto al riguardo l'esistenza di una "zona d'ombra", di una situazione in cui l'accesso alla Corte, seppur astrattamente consentito, risulta difficoltoso sul piano pratico. Occorre pertanto ricercare una possibile soluzione che consenta di superare le "strette" che si frappongono alla sollevazione della questione.

Il primo problema da affrontare al riguardo concerne la possibilità o meno di accedere alla tutela cautelare nell'ambito del rito pre-elettorale, in caso di sollevazione dell'incidente di costituzionalità. Sotto questo profilo, occorre subito sgombrare il campo da un equivoco. Il giudice *a quo*, in sede cautelare, non potrebbe in alcun caso adottare provvedimenti che comportino il rinvio della competizione elettorale ed impediscano pertanto l'insediamento dei nuovi organi elettivi nei termini prescritti dalla legge. Né potrebbe invocarsi al riguardo il principio di *prorogatio* degli organi scaduti al fine di garantire la continuità istituzionale²². La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che la prorogabilità degli organi non può essere illimitata e comunque non può avere una durata temporale incerta²³, come avverrebbe nel caso in cui il riavvio delle operazioni elettorali sospese fosse subordinato agli incerti tempi di decisione di una controversia, ancor più laddove sospesa in attesa della risoluzione di una questione di legittimità costituzionale. Né varrebbe in tal caso invocare quale argomento contrario le conseguenze dirompenti sulla composizione degli organi elettivi e addirittura sulla loro stessa stabilità e permanenza in carica derivanti dall'annullamento (a seguito dell'accoglimento della questione di costituzionalità) del provvedimento di esclusione, qualora

²² Esigenza di continuità che Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 1970, n. 747, considera un «*principio di portata generale nel diritto pubblico*».

²³ Corte cost., 4 maggio 1992, n. 208.

dovesse procedersi alla ripetizione dell'intera competizione elettorale. Nel bilanciamento degli interessi in gioco il ripristino dell'interesse del candidato illegittimamente escluso a partecipare alla competizione elettorale e a risultarne eventualmente vincitore, anche a distanza di anni dall'avvenuto insediamento degli organi elettivi, deve ritenersi prevalente su quello alla stabilità di quest'ultimi, primariamente a tutela della corretta espressione del voto popolare e dell'esatta corrispondenza tra volontà del corpo elettorale e composizione delle assemblee elettive, principio direttamente espressivo della stessa sovranità popolare e del carattere democratico dell'ordinamento. Una soluzione di questo genere garantirebbe un equo temperamento anche tra i principi di continuità istituzionale e di buon andamento in riferimento all'ente della cui elezione si tratta, provvisto nel frattempo di organi elettivi insediati e funzionanti, la cui attività nel periodo di tempo compreso tra il loro insediamento e l'annullamento delle elezioni non potrebbe essere in alcun modo messa in discussione sul piano della legittimità. Tali organi elettivi, inoltre, per il periodo di tempo in questo caso certo e prestabilito tra l'indizione delle nuove elezioni e l'insediamento degli organi neo-eletti, potrebbero continuare ad operare in regime di *prorogatio*.

La questione riguarda piuttosto la possibilità di sospendere cautelarmente, in attesa della decisione della Corte, il provvedimento di esclusione e di consentire quindi al candidato escluso la partecipazione alla competizione elettorale. Non risulta condivisibile la conclusione cui è pervenuto il giudice siciliano, che esclude risolutamente ed apoditticamente l'esercizio del potere cautelare. Come si è visto, infatti, la Corte ritiene tale potere intimamente connesso con l'esercizio del potere giurisdizionale di annullamento dei provvedimenti amministrativi e ne giustifica l'esclusione nelle sole ipotesi in cui ricorrano esigenze di interesse pubblico. Non è possibile, quindi, in via meramente astratta ed assoluta, escludere la titolarità del potere cautelare in capo al giudice investito della decisione del rito pre-elettorale. Occorre piuttosto operare, sul piano concreto, una valutazione che consenta di pervenire ad un equilibrato bilanciamento tra i diversi valori e interessi di rango costituzionale coinvolti rappresentati, rispettivamente, dal diritto del candidato escluso alla tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.* del proprio diritto/interesse a partecipare alla competizione elettorale, da un lato; dall'interesse alla rinnovazione degli organi elettivi nei tempi prescritti e dall'interesse alla stabilità dell'esito elettorale e degli organi già insediati, dall'altro. Occorre pertanto vagliare con attenzione le due possibili opzioni.

Qualora il giudice *a quo* sospendesse in via cautelare il provvedimento di esclusione nelle more della risoluzione del giudizio di costituzionalità, consentirebbe al candidato escluso la partecipazione alla competizione elettorale. In tal caso, l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale e il conseguente definitivo annullamento del provvedimento di esclusione non determinerebbero alcun effetto sull'esito della competizione elettorale che non potrebbe essere

messo in seguito in discussione proprio in ragione dell'avvenuta partecipazione del candidato originariamente escluso. L'esercizio del potere cautelare, quindi, permetterebbe in tal caso di coniugare efficacemente i diversi interessi confliggenti, assicurando al contempo l'immediato soddisfacimento del diritto di partecipazione alla competizione del candidato escluso e, in prospettiva, la stabilità del risultato elettorale. D'altro canto, però, nella diversa ed opposta eventualità in cui la questione di legittimità costituzionale fosse respinta dalla Corte, la partecipazione alla competizione elettorale nelle more del candidato originariamente escluso riverbererebbe effetti devastanti sulla stabilità dell'esito elettorale, *sub specie* di annullamento con conseguente necessità di ripetizione. E ciò non soltanto qualora tale candidato fosse risultato vincitore. Anche qualora non fosse risultato eletto, infatti, la sua partecipazione avrebbe comunque turbato ed inquinato la genuinità della competizione e influenzato irrimediabilmente l'espressione del voto. Da un lato, infatti, non sarebbe possibile semplicemente annullare i voti a favore del candidato definitivamente escluso in via successiva, rendendo in tal modo inutili ed inefficaci i suffragi espressi da una quota più o meno ampia del corpo elettorale. Dall'altro, non sarebbe possibile postulare la non incidenza di tali voti sull'esito finale semplicemente mantenendo fermi i voti espressi a favore degli altri candidati, non essendo in alcun modo possibile ipotizzare *ex post*, ora per allora, come sarebbero stati distribuiti tra gli altri candidati i suffragi espressi in favore del candidato illegittimamente ammesso nel caso di sua originaria esclusione.

Anche qualora, viceversa, il giudice *a quo* non sospendesse il provvedimento di esclusione, non ritenendo di poter o dover esercitare il potere cautelare, impedendo in tal modo la partecipazione alla competizione elettorale al candidato escluso, i due possibili esiti del giudizio di costituzionalità inciderebbero in diversa misura sui configgenti interessi in gioco. In caso di reiezione con conseguente conferma del provvedimento di esclusione, infatti, si avrebbe la stabilizzazione, *rectius* la conferma del risultato elettorale senza conseguenze ulteriori. All'opposto, in caso di accoglimento della questione e di conseguente annullamento dell'originario provvedimento di esclusione, si determinerebbero gli effetti caducatori sulla composizione degli organi elettivi nel frattempo insediati o addirittura sulla loro stabilità, qualora fosse necessaria la ripetizione dell'intera competizione elettorale, di cui si è già discusso.

Appare pertanto evidente che, sul piano dell'applicazione concreta entrambe le opzioni possibili, vale a dire l'esercizio o il mancato esercizio del potere cautelare determinano comunque, in base all'esito dell'incidente di costituzionalità, effetti speculari di stabilizzazione o, all'opposto, di de-stabilizzazione degli esiti elettorali. La soluzione, pertanto, alla fine, non potendosi escludere sul piano assoluto ed astratto l'esercizio del potere cautelare, siccome costituzionalmente coesistente alla tutela giurisdizionale di annullamento degli atti amministrativi, dovrebbe dipendere dalla scelta compiuta, caso per caso, dai singoli giudici, in

base ad una rigorosa valutazione dei presupposti di esercizio del potere cautelare. Sotto il profilo del *periculum in mora*, è pur vero che la tutela tempestiva del diritto di partecipare ad una competizione elettorale in un determinato contesto politico-ambientale suggerirebbe l'esercizio del potere cautelare. Altrettanto vero, però, anche in un'ottica di bilanciamento, è che tale diritto potrebbe essere comunque ripristinato, seppur in via indiretta, parziale e successiva, anche in caso di mancato esercizio del potere cautelare. Di contro l'esercizio del potere cautelare potrebbe determinare, in caso di rieiezione della questione e di successiva conferma del provvedimento di esclusione, effetti dirompenti irreversibili sulla stabilità del risultato elettorale e degli organi elettivi. Quanto all'altro presupposto, il *fumus boni iuris*, la sua sussistenza dovrebbe ritenersi implicita nella valutazione di non manifesta infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale. D'altro canto, però, nel nostro ordinamento vige pur sempre un principio di presunzione di legittimità costituzionale delle leggi, vinta soltanto dall'accertamento definitivo operato dalla sentenza costitutiva della Corte costituzionale. Una valutazione svolta alla luce del criterio costi-benefici dovrebbe pertanto indurre, nella generalità dei casi, ad escludere l'esercizio del potere cautelare, in attesa della decisione definitiva della Corte costituzionale.

Una volta risolto in senso affermativo l'interrogativo relativo alla possibile sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito pre-elettorale *ex art. 129* e dopo avere tentato di risolvere, seppur in termini dubitativi, il problema relativo al possibile esercizio del potere cautelare, insorge un'altra questione di non secondario rilievo. Come si è visto, la sollevazione della questione di legittimità costituzionale non comporta la sospensione dello svolgimento della competizione elettorale che, in attesa della decisione della Corte, proseguirebbe fino alla sua conclusione culminando nell'insediamento degli organi neo-eletti. Visti i ridotti tempi di svolgimento del procedimento elettorale, la sentenza della Corte interverrebbe certamente in epoca successiva alla sua conclusione. I suoi effetti, quindi, finirebbero per investire un giudizio *a quo*, quello *ex art. 129*, nel quale nel frattempo potrebbe essersi determinata la cessazione della materia del contendere. Come ha correttamente rilevato da ultimo il giudice siciliano, infatti, l'eventuale annullamento del provvedimento di esclusione non produce effetti caducatori automatici nei riguardi del successivo atto di proclamazione degli eletti, emanato all'esito della competizione elettorale nel frattempo svoltasi. Risulta però evidente che in assenza dell'impugnazione e dell'annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti il candidato illegittimamente escluso, anche qualora (all'esito del giudizio di legittimità costituzionale) ottenesse l'annullamento del provvedimento di esclusione, non potrebbe conseguire alcun risultato utile, perché non potrebbe in nessun modo procedersi

all'annullamento e alla conseguente ripetizione delle elezioni²⁴. L'atto di proclamazione degli eletti, peraltro, non poteva in alcun modo essere impugnato al momento della sollevazione della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito *ex art.* 129, non essendo ancora stato emanato. Sembrerebbe al riguardo riprendere consistenza l'argomento spiegato dal giudice siciliano che invece si è fermamente criticato *ab initio*. A ben vedere, però, tale ultima questione problematica appare di semplice ed immediata risoluzione. Resta inteso, infatti, che, in caso di mancata risoluzione dell'incidente di costituzionalità prima della conclusione del procedimento elettorale il candidato escluso avrebbe l'onere, a pena di acquiescenza al risultato elettorale nel frattempo maturato (con conseguente sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione del ricorso pre-elettorale)²⁵, di impugnare l'atto di proclamazione degli eletti emanato nelle more ai sensi dell'art. 130, non risultando possibile procedere in tal senso mediante motivi aggiunti al ricorso *ex art.* 129²⁶. Il giudice investito del rito *ex art.* 130 non potrebbe cautelarmente sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato per non impedire per un tempo indefinito l'insediamento degli organi elettivi ma dovrebbe naturalmente sospendere il giudizio in attesa della decisione della Corte. In caso di accoglimento della questione, pertanto, all'annullamento del provvedimento di esclusione da parte del giudice *a quo*, nell'ambito del rito *ex art.* 129 conseguirebbe necessariamente l'annullamento in via derivata dell'atto di proclamazione degli eletti nell'ambito del rito *ex art.* 130.

In conclusione, la tesi della possibile sollevazione della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del rito *ex art.* 129 appare la più corretta sul piano dogmatico e applicativo. Restano fermi, naturalmente, i profili critici connessi al fatto che, a causa delle tempistiche occorrenti per la risoluzione dell'incidente di costituzionalità, la decisione della Corte è destinata ad intervenire a distanza di tempo dall'avvenuta conclusione del procedimento elettorale e dall'insediamento degli organi neoeletti, con tutte le conseguenze negative dirimpenti che possono discenderne sotto il profilo della stabilità degli stessi o della tardività del ripristino dell'interesse partecipativo del candidato escluso.

²⁴ L'annullamento dell'originario provvedimento di esclusione quale atto prodromico non determina infatti l'automatico annullamento dell'atto di proclamazione nel frattempo emanato perché i candidati eletti possono perdere lo *status* elettivo soltanto a seguito della tempestiva impugnazione del conseguente annullamento dell'atto di proclamazione. V. Tar Campania, Napoli, Sez. II, 14 giugno 2010, n. 14237. Come correttamente rilevato da Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1648, infatti, il vizio dell'atto endoprocedimentale può comportare l'annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti per invalidità derivata ma non ne discendono automatici effetti caducatori.

²⁵ In tal senso Tar Piemonte, Sez. I, 28 luglio 2010, n. 3136; Tar Campania, Salerno, Sez. I, 25 settembre 2018, n. 1326.

²⁶ Sulla questione v. F. CORVAJA, *Art. 129, cit.*, p. 1030, il quale propende per il ricorso autonomo. Sottolinea infatti, da un lato, che la proposizione di motivi aggiunti determinerebbe il concorso di due riti speciali con conseguente applicazione del rito ordinario alla luce degli orientamenti prevalenti (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058). Dall'altro, non risulterebbe comunque in alcun modo giustificata l'applicazione dell'art. 129 perché i termini super accelerati non avrebbero più ragion d'essere, visto che le operazioni elettorali si sono oramai concluse. Conseguentemente, sarebbe sufficiente l'applicazione dei termini dimezzati di cui all'art. 130.

5. Considerazioni conclusive.

Fermo quanto si è appena detto in ordine alla possibilità di sollevazione dell'incidente di costituzionalità nell'ambito del rito pre-elettorale *ex art. 129*, occorrere comunque andare alla ricerca di una soluzione idonea a consentirne la risoluzione in tempi compatibili con la necessità di risolvere ogni questione controversa relativa agli atti della fase preparatoria entro i termini strettissimi previsti per la conclusione dell'apposito rito, sì da consentire la stabilizzazione dell'offerta elettorale, e al contempo a scongiurare il rischio di decisioni postume che, proiettandosi sull'esito della competizione elettorale, ne possano compromettere la stabilità con effetti dirompenti.

Per la verità, allo stato, sarebbe possibile prospettare una soluzione alternativa, surrogatoria rispetto a quella della sollevazione della questione nell'ambito del rito pre-elettorale. Si allude alla possibilità, ormai pacificamente riconosciuta dalla Corte costituzionale²⁷, per il cittadino elettore, già in epoca antecedente all'indizione dei comizi e alla convocazione dei comizi elettorali e quindi all'avvio delle operazioni elettorali, di esperire un'azione di accertamento al fine di introdurre una sorta di *fictio litis*, nell'ambito della quale sollevare una questione di legittimità costituzionale nei riguardi di una disposizione asseritamente incisiva del suo diritto di elettorato attivo o passivo destinata a ricevere applicazione durante il procedimento elettorale preparatorio. Si tratta però, appunto, di una soluzione residuale, "di chiusura", diretta a rimediare in via surrogatoria alle difficoltà di sollevazione della questione nella sua naturale ed appropriata *sedes materiae*, il rito *ex art. 129*. Tale opzione, inoltre, alla luce delle condizioni indicate dalla Corte come in una sorta di "decalogo", potrebbe essere percorsa soltanto qualora le censure di costituzionalità

²⁷ Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 1 ss., con osservazioni di G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 27 ss., A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 34 ss., A. D'ANDREA, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, *ivi*, pp. 38 ss., A. MORRONE, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*, *ivi*, pp. 47 ss., ed E. LEHNER, *Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca"*, *ivi*, pp. 54 ss.; Corte cost., 9 febbraio 2017, n. 35, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 225 ss., con osservazioni di M. VILLONE, *Rappresentabilità, voto eguale, governabilità: quando una irragionevolezza diviene manifesta?*, *ivi*, pp. 304 ss., A. ANZON DEMMIG, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'Italicum e il persistente immobilismo del legislatore*, *ivi*, pp. 317 ss., e R. MANFRELOTTO, *Il fantasma della governabilità e la rigidità costituzionale*, *ivi*, pp. 320 ss.; Corte cost., 26 marzo 2021, n. 48, in *Giur. cost.*, 2021, pp. 600 ss., con osservazioni di A. SAITTA, *Alla ricerca del giudice delle controversie pre-elettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, *ivi*, pp. 631 ss., A. PISANESCHI, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, *ivi*, pp. 640 ss., e G. DELLEDONNE, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale: chiarimenti, discontinuità e problemi aperti*, *ivi*, pp. 652 ss.; Corte cost., 7 dicembre 2021, n. 240, in *Giur. cost.*, 2021, pp. 2641 ss., con osservazioni di A. CERRI, *"Fictio litis", difesa immediata dei diritti costituzionali, controllo della rilevanza in una importante sentenza della Corte*, *ivi*, pp. 2658 ss. e S. MANGIAMELI, *La Corte costituzionale apre uno spiraglio sulla revisione della legge Delrio*, *ivi*, pp. 2667 ss.

riguardassero una disposizione di carattere “sostanziale”, volta a disciplinare e regolare le attività della fase preparatoria e applicabile da parte degli uffici elettorali per l’adozione dei relativi provvedimenti di ammissione o esclusione. Viceversa, non sarebbe praticabile qualora le censure di costituzionalità riguardassero una norma processuale desumibile dall’art. 129 del Codice, diretta a disciplinare lo svolgimento del rito pre-elettorale ed applicabile all’interno dello stesso, quale ad esempio quella che, imponendo la celebrazione di un’unica udienza senza possibilità di rinvio, affievolisce le garanzie difensive delle parti e il contraddittorio. In quest’ultimo caso, infatti, risulterebbe impossibile ricorrere in via preventiva all’azione di accertamento, difettando evidentemente nell’ambito del giudizio introdotto a mezzo dello stesso ogni profilo di rilevanza relativo ad una disposizione processuale in alcun modo applicabile per la sua definizione. Peraltro, in linea generale, nelle pronunce richiamate la Corte configura l’azione di accertamento come un rimedio provvisorio, di carattere residuale, destinato ad operare in via di *extrema ratio* come strumento “di chiusura” in assenza e in attesa di forme di tutela giurisdizionale più adeguate, più appropriate e più incisive. Si tratta insomma di una soluzione destinata ad operare in via provvisoria, per supplire all’inerzia del legislatore, espressamente invitato ad intervenire per colmare il vuoto.

Sarebbe pertanto auspicabile ed opportuno un intervento legislativo diretto ad introdurre una soluzione “di sistema”, che consenta la sollevazione dell’incidente di costituzionalità nell’ambito del rito *ex art.* 129 e la sua risoluzione in tempi compatibili con la celebrazione dello stesso e con lo svolgimento e la conclusione della fase preparatoria.

Sotto questo profilo, occorrerebbe prima di tutto intervenire sui tempi di svolgimento del procedimento elettorale, allungandoli ed anticipandoli enormemente rispetto alla data prevista per l’insediamento dei nuovi organi elettivi²⁸. Le attuali tempistiche, infatti, non sono compatibili con la necessità di garantire la stabilizzazione dell’offerta elettorale, mediante la risoluzione in via definitiva delle eventuali controversie relative agli atti emanati nel corso della fase preparatoria prima del passaggio a quella successiva.

In seconda battuta, analogo intervento di adeguamento dei termini dovrebbe riguardare il rito *ex art.* 129. Alla modalità ordinaria di svolgimento del giudizio con la celebrazione di un’unica udienza entro tre giorni dalla proposizione del ricorso e pronuncia contestuale della decisione al termine della stessa, se ne dovrebbe affiancare un’altra, di carattere per così dire eccezionale, applicabile in caso di sollevazione dell’incidente di costituzionalità, con previsione della sospensione del giudizio e rinvio ad un’udienza successiva a termine fisso che, nel rispetto del carattere di celerità dei riti elettorali, potrebbe ipotizzarsi di 60 giorni al massimo.

²⁸ Sul punto v. M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., pp. 62 ss.; P.M. SAVASTA, *Il contenzioso elettorale*, in *www.lexitalia.it*, 2019, n. 11, p. 20.

Tutto ciò naturalmente implica e presuppone, in terzo ed ultimo luogo, un ulteriore intervento legislativo, da realizzarsi preferibilmente con norme di rango costituzionale, diretto a regolare i tempi di decisione da parte della Corte costituzionale nell'ipotesi in cui venga investita di questioni relative alla "materie elettorale", cui dovrebbe riservarsi una sorta di "canale preferenziale". Potrebbe ipotizzarsi l'introduzione di un vero e proprio rito costituzionale appositamente dedicato al contenzioso elettorale, contraddistinto da tempi di svolgimento superaccelerati (50 giorni dalla trasmissione degli atti) e celebrato dalla Corte mediante collegi a composizione ridotta di tre giudici.

È chiaro che si tratterebbe di una soluzione foriera di questioni problematiche di non poco conto relative al modo di operare della Corte, chiamata a decidere in tempi strettissimi, peraltro neppure nella sua integrità numerica, questioni di legittimità costituzionale a volte di estrema complessità, anche in ragione dei primari interessi costituzionali coinvolti.

D'altro canto, però, si riuscirebbe in tal modo a risolvere in via definitiva il problema della "zona d'ombra" all'interno del rito pre-elettorale *ex art. 129* mediante la realizzazione, in riferimento alle controversie relative agli atti della fase preparatoria, di un modello di tutela giurisdizionale idoneo ad assicurare la tempestività della tutela del diritto di partecipazione alla competizione elettorale e a scongiurare al contempo ogni rischio di destabilizzazione del risultato elettorale e degli organi elettivi neo-insediati.

Una soluzione appare comunque ormai improcrastinabile, a meno di non voler continuare a ritenere tollerabile, rispetto a diritti quali quelli elettorali, espressivi delle più alte forme di esercizio della sovranità popolare, l'esistenza di "zone d'ombra" all'interno delle quali, quasi come in una sorta di *extrema Thule*, possano continuare ad annidarsi, a prosperare e a trovare rifugio inaccettabili strumenti di ostacolo alla piena realizzazione della legalità costituzionale.

queste istituzioni

**Il diritto alla salute alla prova
del Piano Nazionale
di Ripresa e Resilienza**

Antonio Saporito

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Il diritto alla salute alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

di Antonio Saporito*

Sommario

1. Il Servizio Sanitario Nazionale e la sua (ri)organizzazione. – 2. L’attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost.: il regionalismo differenziato. – 3. L’impatto sulla materia della «*tutela della salute*». – 4. La missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. – 5. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ed il nuovo ruolo del Presidente del Consiglio. Verso quale cambiamento? – 6. Conclusioni.

Sintesi

Il saggio mira ad analizzare l’impatto del PNRR sulla salute e le innovazioni normative che attribuiscono un ruolo diverso al Presidente del Consiglio. In particolare, viene ricostruito il contesto in cui si sono mosse recenti modifiche e attuazioni del diritto alla salute di cui all’art. 32 della Costituzione attraverso il Sistema sanitario nazionale. In secondo luogo, viene ricostruito il ruolo del Presidente del Consiglio e, in particolare, la sua centralità nella compagine governativa alla luce dei più recenti rapporti tra Governo e Parlamento. In quest’ottica si inserisce il PNRR che, con le azioni da esso previste, interviene a caratterizzare il rapporto multisettoriale tra Governo, Parlamento, Regioni e UE proprio in relazione alla tutela della salute, anche oltre profili legati alla pandemia da Covid-19.

Abstract

The essay aims to analyze the impact of PNRR on health and regulatory innovations that attribute a different role to the Prime Minister.

In particular, the article analyzes the context about recent innovations and implementations of the National Health System, which is the most important way to protect health as a right, as the article 32 of the Italian Constitution says. Secondly, the article explores the role of the Prime Minister and, in particular, his role in the government structure in the light of the most recent relations between the Government and Parliament. The PNRR fits into this perspective which, with the actions envisaged by it, intervenes to characterize the multi-sectoral relationship between the Government, Parliament, the Regions and the EU in relation to health protection, even beyond profiles linked to the Covid-19 pandemic.

Parole chiave

Sistema Sanitario Nazionale – Pandemia – Regionalismo differenziato – PNRR – Presidente del Consiglio.

* Dottore di ricerca con tesi in Diritto amministrativo, già Assegnista di ricerca e attualmente docente di Diritto Pubblico presso l’Università degli Studi di Bergamo.

1. Il Servizio Sanitario Nazionale e la sua (ri)organizzazione.

Con l'emergenza da SARS Covid-19 è ritornata in auge la discussione intorno al Sistema Sanitario Nazionale (d'ora in poi anche "S.S.N."), della sua importanza e della necessità, considerato che da alcuni gli esiti di talune gestioni sono stati considerati negativi, di consolidare le competenze statali in campo sanitario¹.

Nonostante l'indubbia rilevanza del Servizio Sanitario Nazionale, la nostra Costituzione non lo menziona direttamente, né contiene una definizione di esso, ma ne pone solo le premesse, stabilendo, nell'art. 32 che è compito della Repubblica tutelare la salute, ritenuta diritto fondamentale dell'individui e interesse della collettività e garantire cure gratuite agli indigenti.

Un altro riferimento è l'art. 117 Cost.² che, inizialmente, affidava alle Regioni a statuto ordinario la competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera; infatti le Regioni dovevano esercitare tale potestà osservando i principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Si è dovuto attendere il 1978 affinché il S.S.N. venisse istituito con la legge n. 833³ che ha dato attuazione ai principi sanciti dall'art. 32 Cost., garantendo una tutela universalistica e più ampia di quella prevista dalla stessa norma costituzionale che, riferendosi agli "indigenti", sembrava restringere troppo la cerchia dei destinatari delle prestazioni di cura⁴.

In senso ampio sono state interpretate anche le locuzioni "assistenza sanitaria e ospedaliera" contenute nella versione del 1948 dell'art. 117 Cost., riferendole alla prevenzione, all'igiene ed alla sanità pubblica.

Sotto il profilo organizzativo la legge del 1978 assegnava ai Comuni ed alle Unità sanitarie locali⁵ funzioni di responsabilità e di erogazione dei livelli di assistenza nell'ambito della

¹ R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Amministrazione in Cammino*, 10 aprile 2020.

² In dottrina cfr., tra gli altri, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; ID. (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004; ID. (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005; D. MORANA, *Il riparto delle funzioni legislative: la fine della competenza concorrente? (art. 117 Cost.)*, in F.S. Marini, & G. Scaccia (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016* (pp. 241-255). Napoli, 2016; ID. *Art. 117, comma 3-4-5 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, & G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo - Vol. II*. Bologna, 2018;

³ Prima dell'entrata in vigore di questa legge, la normativa nazionale in materia di sanità era contenuta nel R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, all'interno del quale il legislatore aveva posto le norme afferenti la struttura e le attribuzioni dell'amministrazione sanitaria, l'esercizio delle professioni e delle attività sanitarie in genere, l'igiene del suolo e dell'abitato, la tutela igienica dell'alimentazione, dell'acqua potabile e degli oggetti di uso personale. Il R.D. contemplava anche i provvedimenti contro le malattie infettive e sociali e regolamentava la polizia mortuaria, l'igiene e la sanità locale e la polizia veterinaria. G. VERONELLI, *Compendio di diritto sanitario*, Napoli, 2013, p. 6.

⁴ Sull'evoluzione del sistema sanitario italiano cfr. G. FRANCE, F. TARONI, *The Evolution of Health-Policy Making in Italy*, in *J Health Polit Policy Law* (2005) 30 (1-2): 169-188; P. PELEO, *Assistenza sanitaria e sistema sanitario*, in *European Journal of Public Health Studies*, 2019.

⁵ In cui il S.S.N., pur essendo una struttura centrale, risultava articolato.

programmazione nazionale e regionale; il S.S.N. aveva il compito di produrre ed erogare interventi socio-assistenziali omogenei, accessibili da parte di ogni individuo, a cui era riconosciuto un diritto soggettivo di accesso al servizio stesso, su tutto il territorio nazionale.

La legge istitutiva si ispirava ai principi di universalità della tutela sanitaria, a quella di unicità del soggetto istituzionale referente e garante delle prestazioni, al principio di eguaglianza degli assistiti, a quello di globalità delle prestazioni ed a quello di socialità⁶.

Prima dell'intervento legislativo il sistema era caratterizzato da un'eccessiva frammentazione e dallo scarso coordinamento tra i clienti.

Vi era, infatti, una insufficiente propensione alla prevenzione rispetto alla cura e un'accentuata disparità tra i trattamenti erogati, non solo sotto il profilo organizzativo e funzionale, ma anche economico.

Per garantire una gestione uniforme della tutela della salute su tutto il territorio nazionale, la legge ne affidava la gestione alle Unità sanitarie locali, concepite come strutture operative dei Comuni e delle Comunità montane, inizialmente prive di personalità ed articolate in distretti di base e di pronto intervento, per l'erogazione dei servizi di primo livello.

Il mancato conseguimento degli obiettivi perseguiti con la legge del 1978 ne ha reso necessaria la revisione, attuata con i d.lgs. 502/1992 e con il d.lgs. 517/1993. Con il primo intervento, il legislatore ha reso le USL delle aziende locali, dotate di personalità giuridica pubblica, autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, anche in un'ottica di efficientamento del Sistema sanitario, ottimizzazione delle risorse, controllo della spesa e di contenimento del disavanzo.

Con lo stesso intervento di riforma, le USL vennero trasformate in enti strumentali della Regione.

Solo con la riforma del 1999⁷ il legislatore ha elaborato una definizione di S.S.N., indicato come "complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi Sanitari regionali e delle altre funzioni ed attività svolte dagli enti e dalle istituzioni di rilievo nazionale nell'ambito dei conferimenti previsti dal d.lgs. 112/98 e delle funzioni conservate dallo Stato in materia di:

⁶ Cfr. *ex multis*, B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, n. 1, pp. 21-60. Sulla connessione tra costruzione dei sistemi sanitari e diritto alla salute v. M. D'ANGELOSANTE, *Sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto*, in A. PIOGGIA-S. CIVITARESE MATTEUCCI-G. M. RACCA -M. DUGATO(a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, pp. 21-55; C. CASONATO, *I Sistemi sanitari: note di comparazione*, in G.G. CARBONI(a cura di), *La salute negli Stati composti*, Torino, 2012, p. 10; P. BIANCHI, *Diritto alla salute e sistemi sanitari. Alcune osservazioni in prospettiva comparatistica*, in C. COLAPIETRO-M. ATRIPALDI-G. FARES-A. IANNUZZI(a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità*, Roma, 2018, pp. 3-24; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 2, pp. 121-125.

⁷ Per approfondimenti si veda, F. POLITI, *La razionalizzazione del Ssn nel 1999*, in *Corti supreme e salute* 2018, 3, p. 575.

- sorveglianza e controllo di epidemie ed epizozie di dimensioni nazionali o internazionali (art. 112, comma 3, lett.g);

- coordinamento delle attività finalizzate alla costituzione delle scorte di medicinali di uso non ricorrente, sieri, vaccini⁸ e presidi profilattici (art. 115, comma 4);

- adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza (art. 117);

- funzioni e compiti amministrativi concernenti le attività di informazione di cui all'art. 118;

- funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infra-comunitari e di frontiera.

Con il d.lgs. n. 229/99, le USL sono state trasformate, anche dal punto di vista nominativo, essendo designate con l'acronimo ASL, in vere e proprie aziende a cui, nel perseguire gli obiettivi, era consentito comportarsi come imprenditori privati, benchè si trattasse di soggetti pubblici, facenti capo alle Regioni.

Permanevano, tuttavia, nei loro confronti una serie di limiti, caratteristici dei soggetti a carattere pubblico, quali il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per i contratti di fornitura "sopra soglia", i vincoli di bilancio, l'equilibrio tra costi e ricavi, l'applicabilità della contabilità analitica per i costi.

Il loro operato doveva ispirarsi a principi di efficienza, economicità e diretta responsabilità dirigenziale.

I Comuni continuavano a svolgere un ruolo nella fase di programmazione. Il d.lgs. 229/1999 non sembrava, infatti, mortificare o sottovalutare quello degli enti locali, soprattutto nell'attuazione di tutte quelle decisioni e progetti che avessero coinvolto anche i livelli regionali.

Il processo di riforma del S.S.N. è proseguito con il d.lgs. 517/99 che ha ridefinito i rapporti tra S.S.N. ed Università, prevedendo la possibilità di stipulare dei protocolli di intesa tra Regioni ed Università per definire i termini di partecipazione di queste ultime alla programmazione sanitaria regionale, al fine di individuare i livelli ottimali di attività, il numero dei posti letto, le strutture assistenziali, i criteri per l'adozione dell'atto aziendale di diritto privato.

⁸ In materia di vaccini si vedano le sentenze Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n.5, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2018, p. 100, con nota di C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*; Corte Costituzionale, 18 luglio 2019, n.186, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 134, 2019, p. 1, con nota di G. MARINO, *Obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione ai servizi scolastici: la Regione è competente?* Entrambe le sentenze hanno riconosciuto la competenza statale sia in relazione alla profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive, sia la competenza legislativa esclusiva statale in tema di profilassi internazionale.

Il decreto prevedeva, inoltre, il riconoscimento delle aziende ospedaliero-universitarie, quali strutture attraverso le quali realizzare la collaborazione e la suddivisione delle aziende in dipartimenti e strutture semplici e complesse.

La sorveglianza dei Dipartimenti ad attività integrata⁹ era affidata all'organo di indirizzo, cui competeva l'individuazione di misure per garantire la coerenza dell'attività integrata con la programmazione generale.

Con un decreto successivo (d.lgs. 254/2000) venne attribuito alle Regioni anche il compito di programmare la realizzazione di strutture sanitarie per consentire lo svolgimento dell'attività professionale intramuraria.

Con il successivo D.P.C.M. 29 novembre 2001 si è fatto, per la prima volta, riferimento ai LEA (Livelli essenziali di assistenza), definiti come complesso di prestazioni e servizi di prevenzione, assistenza distrettuale territoriale ed ospedaliera, che il S.S.N. deve fornire ai cittadini, elevati a rango costituzionale con la riforma del Titolo V Cost. ed il loro inserimento nell'art. 117, c. 2, lettera m) e ritenuti dalla Corte Costituzionale espressione di una «*competenza del legislatore 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 dei diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*»¹⁰.

La Corte Costituzionale ha, quindi, ritenuto e riconosciuto come prevalente l'esigenza di eguaglianza nell'erogazione dei livelli di assistenza rispetto ad un'eventuale pretesa di differenziazione territoriale degli stessi.

Il riformato art. 117 Cost. ha ampliato le materie di competenza esclusiva dello Stato, sopprimendo la competenza concorrente tra Stato e Regioni rispetto a talune materie, assegnando anche alle Regioni una competenza esclusiva che ha dato origine ad un federalismo sanitario e ad un accesso diversificato e non sempre equo.

2. L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.: il regionalismo differenziato.

Con la riforma del Titolo V è stato introdotto il 3° comma dell'art. 116 Cost.¹¹, che, permettendo alle Regioni di ottenere ulteriori forme e condizioni di autonomia, pone le premesse per il c.d.

⁹ L'espressione indicava l'attività assistenziale e quella didattica.

¹⁰ In tal senso, Corte cost., 19 giugno 2002, n. 282, in *www.giurcost.org*; Corte cost., 7 luglio 2005, n. 285, *ivi*; Corte cost., 11 ottobre 2005, n. 383, *ivi*; Corte cost., 18 aprile 2007, n. 162, *ivi*.

¹¹ Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.

regionalismo differenziato¹², da attuare, tuttavia, entro la cornice dello Stato unitario¹³, che risulterebbe, pertanto, costituito da tre diverse tipologie di Regioni: quelle ordinarie, quelle a statuto speciale e quelle differenziate, caratterizzate da un adattamento del regime delle competenze, ma anche dalla conseguente adozione di politiche, rispondenti alle caratteristiche, agli interesse, alle istanze ed all'identità delle singole comunità regionali¹⁴ e, quindi, presumibilmente più efficaci.

Per evitare che il regionalismo differenziato si trasformasse in un *vulnus* alle istanze unitarie del nostro ordinamento, sono stati individuati quattro limiti entro i quali il regionalismo deve realizzarsi, senza mai travalicarli:

- Il rigoroso rispetto del ruolo e delle prerogative costituzionali di ogni soggetto istituzionale coinvolto nel processo stesso¹⁵;

- Il riconoscimento delle forme e condizioni di autonomia in ossequio ai principi di solidarietà, coesione sociale ed eguaglianza;

- Il rispetto dei principi espressi dall'art. 119 Cost., tra cui assume un particolare rilievo quello di solidarietà interterritoriale;

- Il processo di attuazione dovrebbe svolgersi con modalità tali da garantire il rispetto della natura derogatoria dell'istituto e della sua *ratio* che è quella di favorire la transizione da un regionalismo dell'uniformità ad un regionalismo della differenziazione.

Il regionalismo differenziato, se adeguatamente attuato, potrebbe diventare uno strumento di sviluppo per le Regioni più deboli e di solidarietà da parte di quelle più ricche verso quelle economicamente più fragili¹⁶.

¹² Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, *Convegno Astrid-CRANEC, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni*, Roma, 27 giugno 2017 in www.sipotra.it, pp. 5-8; L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018; S. STAIANO, *Autonomia differenziata, la lezione del 2001: no a riforme fatte per paura*, in *Diritti Regionali*, 3/2019; ID, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2019; A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC* n. 3/2019; D.GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, Torino, 2019; G.FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020, A. POGGI, *Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del convegno di Torino)*, in *Diritti Regionali* n. 2/2019; ID, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020.

¹³ Limite che il regionalismo differenziato non deve mai travalicare. Si veda, F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, 4, 2003, p. 606.

¹⁴ Cfr. U. BANDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, p. 2

¹⁵ Si veda, S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in www.forumcostituzionale.it, 2019, n. 1, p. 3.

¹⁶ S. MANGIAMELI, *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in *ISSIRFA - Studi ed Interventi*, 2 febbraio 2019.

Solo un'interpretazione di questo tipo può rendere il regionalismo delineato dall'art. 116, c.3, conforme alle restanti disposizioni costituzionali¹⁷.

Non a caso, l'idea fondamentale che ispira il principio di differenziazione è quella di garantire una migliore efficienza sia nelle dinamiche di gestione economico-finanziaria che nella realizzazione delle politiche pubbliche: circostanze, queste, che potrebbero determinare un vantaggio non soltanto a favore dei territori interessati ma anche per l'intero Paese¹⁸.

Le differenti caratteristiche di ciascuna Regione, intese sia come di forza che di debolezza, necessitano, infatti, di interventi differenziati, per attuare i quali alle Regioni devono essere riconosciute specifiche competenze¹⁹.

I vantaggi ed i benefici ottenuti da tale gestione devono riguardare tutto il Paese, e devono essere condivisi, ad esempio, esportando *best practice* in altri luoghi in cui risultino poste in essere pratiche diverse e meno efficaci,²⁰ utilizzando i risparmi conseguiti per effettuare investimenti per superare le criticità di alcuni territori o per soddisfare determinati diritti, garantendo lo stesso livello di prestazioni.

Quale sia il procedimento per dare atto al regionalismo differenziato, ce lo indica la parte finale della disposizione contenuta nel 3° comma, in cui si fa riferimento ad una legge dello Stato, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta, sulla base di un'intesa tra Stato e Regioni.

Questa sottofase viene avviata su iniziativa degli organi regionali; il Presidente della Giunta regionale sollecita il Governo ad avviare i negoziati.

La formulazione del 3 comma dell'art. 116 Cost. fa pensare che quella appena proposta sia l'interpretazione più corretta e che la legge approvata dalle Camere sia il solo strumento attraverso il quale alle Regioni possa essere riconosciuta una diversa e più ampia autonomia, rispetto alla quale l'intesa costituirebbe un antecedente non necessario, ma sufficiente²¹.

Alcuni termini utilizzati nella norma (ad esempio “possono” ed “attribuire”) sottolineano, inoltre, il carattere facoltativo ed eventuale dell'attribuzione alle Regioni dell'autonomia

¹⁷ Cfr. F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *Federalismi.it*, 9 maggio 2018, pp. 8 e 9.

¹⁸ Così G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni ed equilibri di sistema: Le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, cit.

¹⁹ Si vedano, A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)* in *Le Regioni*, 1-2, gennaio-aprile 2017, p. 26; R. BIN, “*Regionalismo differenziato*” e utilizzazione dell'art. 116, comma 3. *Alcuni tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2008.

²⁰ S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, (novembre 2017)*, *Indagine conoscitiva della Commissione regionale per le questioni regionali*, (audizione del 29 novembre 2017, h. 8.15) in www.issirfa.cnr.it,

²¹ V.: A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit...; D. MONE, *Autonomia differenziata, come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, n. 8/2019.

differenziata, frutto di una scelta politica del Parlamento²² che, difficilmente e solo in modo incostituzionale potrebbe essere estromesso o relegato ad un ruolo secondario in un processo decisionale che comporta una ridefinizione delle competenze ed un mutamento ontologico dello status delle Regioni interessate dal processo di differenziazione.

Alle Camere, quindi, non si addice una mera funzione di controllo politico o di ratifica dell'operato del Governo o di acritico recepimento del contenuto dell'intesa stipulata con la Regione.

Al Parlamento si deve, invece, attribuire un ruolo attivo nella determinazione dei contenuti dell'autonomia differenziata e, quindi, di codecisione²³.

Tuttavia, anche nel caso in cui al Parlamento si riconoscano poteri modificativi nei confronti dell'intesa, non si deve dimenticare che l'approvazione definitiva deve essere concordata con le Regioni, in modo che l'atto finale sia il risultato di una trattativa tra le stesse parti²⁴.

Che il Parlamento debba avere un ruolo attivo, nei termini anzidetti, lo si può dedurre anche dai limiti che la legge di differenziazione deve rispettare; si tratta di quelli di bilancio, espressione di una finanza pubblica solidaristica ed organica che spetta al Parlamento garantire.

Il regionalismo differenziato, se attuato in questo modo, può, quindi, essere ritenuto uno strumento solidaristico, cooperativo e positivamente competitivo²⁵, anche se non si escludono del tutto dei rischi, dovuti all'incapacità delle Regioni più deboli di raccogliere la sfida, ma anche le opportunità insite nel regionalismo differenziato, e di competere con quelle più forti, in un processo di reciproco miglioramento ed innalzamento della qualità dei servizi erogati²⁶.

Il processo emulativo indotto dai risultati conseguiti potrebbe spingere anche altre Regioni a ottenere la stessa autonomia di quelle differenziate, innescando un positivo meccanismo di competizione che potrebbe ridurre il divario esistente tra Regioni più avanzate e Regioni più arretrate²⁷.

²² Cfr. R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Reg.*, 2017, p. 645.

²³ A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato*, op. cit., p. 17; D. MONE, *Autonomia differenziata*, op. cit., p. 279.

²⁴ G. BOGGERO, *Il referendum come "motore" della differenziazione*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 2/2019.

²⁵ A. GIANNOLA, L. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato"*, in *www.piolatorre.it*.

²⁶ Si veda, M. ROMEO, *Regionalismo differenziato: in Calabria è stata approvata una risoluzione per promuovere un regionalismo "solidale"*, in *Dritti Regionali*, 2019, n. 1.

²⁷ Cfr. D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., conforme a Costituzione*, in *www.rivistaAIC*, 2019, n. 1, p. 268. Parla di "competizione virtuosa" E. BALBONI, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 2/2019, p. 3.

Affinchè il regionalismo differenziato possa essere un'opportunità per il Paese (per tutto il Paese) è necessario riconoscere un ruolo centrale al Parlamento, ossia all'istituzione politica più rappresentativa di esso; in caso contrario, il rischio non è solo quello che le più ampie forme di autonomia arrechino vantaggio solo alla Regione a cui siano riconosciute, ma che possano rivelarsi dannose per tutte le altre; solo un ruolo attivo, preponderante e correttivo del Parlamento può arginare tali effetti²⁸.

Per evitare, inoltre, una disapplicazione delle regole di riparo delle competenze contenute nel Titolo V Cost., il Parlamento dovrebbe preventivamente valutare se vi siano i presupposti per giustificare la richiesta e l'attribuzione di regimi differenziati di competenze.

L'interesse generale viene garantito anche dal tipo di maggioranza richiesta (assoluta dei componenti) per l'approvazione della legge, per la cui modifica si ritiene necessario un procedimento speculare che prenda le mosse da una nuova intesa e proceda nel modo anzidetto.

Deve, invece, escludersi che la legge di autonomia negoziata sia modificabile tramite leggi ordinarie o atti aventi forza di legge.

3. L'impatto sulla materia della «tutela della salute».

La legge di revisione costituzionale del Titolo V ha collocato la “tutela della salute” tra le materie di legislazione concorrente, dimenticandosi, almeno apparentemente, di dare una collocazione altrettanto chiara all'organizzazione sanitaria.

Il problema è stato risolto dalla Corte Costituzionale, per la quale l'organizzazione sanitaria deve ritenersi inclusa “nella tutela della salute”, essendo parte integrante di essa²⁹ e soggetta a legislazione concorrente³⁰, orientamento più volte ribadito dalla Corte Costituzionale³¹, riconoscendo alla materia (“tutela della salute”) un “*vis attrattiva*” ed inclusiva di tutti quei profili, o della maggior parte di essi, che si intersecano con il diritto alla salute e con la sua garanzia, pur afferendo alla mera dimensione organizzativa³².

Sul rapporto in cui si pongono tra loro i LEA e l'organizzazione sanitaria, la dottrina ritiene che vi sia un collegamento bidimensionale: i LEA incidono sugli aspetti organizzativi sanitari e,

²⁸ R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni* 2017, p. 649 ss.

²⁹ Si veda Corte Costituzionale, 14 novembre 2008, n. 371.

³⁰ Corte Costituzionale, 20 novembre 2002, n. 510, in *www.giurcost.org*; in dottrina, si veda, R. BALDUZZI, a cura di, *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, p. 334.

³¹ Si vedano le sentenze 181/2006; 207/2010; 54/2015 della Corte Costituzionale.

³² Cfr. D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116, u.c., Cost.*, in *Corti supreme e salute* 2020, 1, p. 243.

a loro volta, le scelte organizzative incidono sulla effettività dei LEA³³, poiché nella determinazione dei livelli essenziali di assistenza sono coinvolti anche tutti quegli aspetti dell'organizzazione finalizzati all'erogazione delle prestazioni³⁴, trattandosi anche di prescrizioni volte a favorire la creazione di idonee strutture organizzative di garanzia³⁵.

Gravi inefficienze a livello organizzativo possono incidere sulla qualità dell'erogazione del servizio, rendendone difficile o insoddisfacente la fruizione.

Ulteriori chiarimenti in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni sono stati forniti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231/2017. Nella pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha precisato che la competenza statale può comprendere oltre alla determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle singole prestazioni anche le procedure strumentali indispensabili ad assicurare che gli enti del S.S.N. siano in condizioni di garantirne l'erogazione³⁶, in modo che la dimensione organizzativa e la sua qualità siano coerenti con gli obiettivi.

Il mantenimento dei LEA quali limiti generali da rispettare anche in fase di attuazione dell'art. 116 Cost. è stata ritenuta garanzia sufficiente di uniformità di livelli su tutto il territorio nazionale; questa impostazione, però, denota un atteggiamento volto a minimizzare la reale incidenza degli aspetti organizzativi e di maggiore autonomia sulla qualità dei livelli delle prestazioni sanitarie.

Il regionalismo differenziato, permettendo teoricamente il trasferimento dell'intera materia "tutela della salute" alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni richiedenti, lascia, di fatto, allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, mentre le nuove Regioni ad autonomia differenziata potranno sostanzialmente legiferare persino sui principi generali in materia di tutela della salute e quindi rivedere i fondamenti sui quali fu istituito, con la l. n. 833 del 1978, il SSN.

Con riferimento alla spesa sanitaria, si è previsto l'assoggettamento delle Regioni a un controllo centralizzato *ex post*, con applicazione del commissariamento in caso di violazione degli obiettivi minimi di contenimento della spesa pubblica. Questo sistema consente di affermare che almeno sotto tale profilo la differenziazione ha già trovato attuazione, ma con esiti non sempre positivi: solo alcune Regioni sono state in grado di contenere i livelli di spesa nei margini di sicurezza concordati, accrescendone gli standard qualitativi, mentre tutte le altre li hanno ampiamente superati, senza raggiungere standard qualitativi soddisfacenti.

³³ A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno, Milano, 8 ottobre 2019, in *Centro Studi sul Federalismo*.

³⁴ Cfr. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quaderni reg.*, 2002, p. 65 ss.

³⁵ M. LUCIANI, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, p. 360.

³⁶ Anche quelle che si traducono nel coinvolgimento di organi che possono assicurare un'attività di verifica e monitoraggio sull'erogazione dei LEA.

Le criticità italiane sul tema oggetto di questo contributo non mancano. Vi è da sempre un enorme disegualianza fra le Regioni nell'accesso alle cure, che fanno dell'Italia il Paese europeo con la più grande differenza tra Regioni³⁷, e tali disegualianze purtroppo sono sempre in aumento. L'Osservatorio europeo afferma che «i cittadini delle Regioni meridionali, meno prospere, hanno più del doppio delle probabilità di riportare bisogni di cure mediche non soddisfatti rispetto a quelli delle Regioni settentrionali, più ricche, a causa di ragioni finanziarie, tempi d'attesa oppure distanze di viaggio»³⁸. Si evidenziano quindi sia disparità geografiche, sia disparità economiche. Ne è indice la significativa e crescente mobilità interregionale in prevalenza dal Sud verso il Nord.

A prescindere dall'impatto dovuto al Covid-19, circa un terzo di tutti i decessi registrati in Italia nel 2019 può essere attribuito a fattori di rischio comportamentali, come il tabagismo, i rischi alimentari, il consumo di alcolici, la scarsa attività fisica e questioni ambientali, come l'inquinamento atmosferico³⁹.

Quanto alla spesa sanitaria, quella italiana è da sempre storicamente inferiore alla media UE⁴⁰. Nel 2019 l'Italia ha destinato alla sanità l'8,7% del PIL, rispetto alla media UE del 9,9%. Ancora più profondo è il divario per la spesa relativa all'assistenza residenziale e semiresidenziale, sempre più importante a causa del rapido invecchiamento della popolazione, in Italia è inferiore alla metà della spesa totale rispetto alla media UE. Per ciò che concerne i posti letto ospedalieri, prima della pandemia, tra il 2014 e il 2019, l'Italia ne registrava 3,2 per 1000 abitanti, laddove la media UE era pari a 5,3⁴¹.

Per rispondere alle problematiche dovute al Covid l'Unione Europea ha deciso di agire congiuntamente, con un bilancio comune, realizzando la Missione Next Generation UE. Il 30 aprile 2021 il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza (d'ora in poi PNRR) dell'Italia è stato trasmesso dal Governo alla Commissione europea (e, subito dopo, al Parlamento italiano). Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, fornendo una valutazione globalmente positiva del PNRR italiano. La proposta è accompagnata da una dettagliata analisi del Piano (documento di lavoro della Commissione).

³⁷ Cfr. i dati CREA, *Osservatorio sui tempi di attesa*, cit., citano quelli del Rapporto *EuroHealth Consumer Index* elaborato dall'Health Consumer Powerhouse Ltd (HCP) con il sostegno della Commissione europea. Sul problema L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, n. 1.

³⁸ G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2/2022.

³⁹ OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia. Profilo della sanità 2021*, cit., pp. 5 e 16.

⁴⁰ La percentuale di spesa pubblica rispetto alla spesa sanitaria totale è stata del 74 % nel 2019, mentre la media UE è dell'80 %. Gli incrementi di spesa degli ultimi cinque anni sono dovuti soprattutto all'incremento della spesa privata (OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, cit., p. 9).

⁴¹ G. RAZZANO, *op. cit.*

Il 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. La Decisione contiene un allegato con cui vengono definiti, in relazione a ciascun investimento e riforma, precisi obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, al cui conseguimento si lega l'assegnazione delle risorse su base semestrale. Il 13 agosto 2021 la Commissione europea, a seguito della valutazione positiva del PNRR, ha erogato all'Italia 24,9 miliardi a titolo di prefinanziamento (di cui 8,957 miliardi a fondo perduto e per 15,937 miliardi di prestiti), pari al 13% dell'importo totale stanziato a favore del Paese.

Sembra quindi opportuno ora valutare in che misura una parte del PNRR, ossia la missione 6, denominata “salute”, nonché la missione n. 5, “inclusione e coesione”, abbiano tenuto conto delle luci e delle ombre storiche del nostro SSN, delle fragilità che l'esperienza pandemica ha portato allo scoperto, e, altresì, dei rilievi e dei rimedi additati dalle stesse istituzioni UE, in procinto di assumere un nuovo ruolo nell'ambito della sanità pubblica, ai sensi del Regolamento n. 2021/522 del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione per il periodo 2021-2027 (“programma UE per la salute”), c.d. EU4Health.

4. La missione 6 del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

La missione salute del PNRR si propone di riorganizzare le politiche della salute attraverso riforme e investimenti basati sui fabbisogni assistenziali, puntando così a superare i divari tra i diversi sistemi sanitari regionali e a realizzare un percorso integrato che parta dalla casa come primo luogo di cura, per arrivare alle case della comunità e agli ospedali di comunità, superando la carenza di coordinamento negli interventi sanitari e socioassistenziali.

La missione si articola in due componenti: la prima denominata Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale (M6C1); la seconda, Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale (M6C2).

Trattasi di un tentativo di riforma del sistema sanitario, che ha il dichiarato obiettivo – che, ovviamente, deve essere valutato sui risultati – di rispondere al meglio ai bisogni ed alla dignità dei cittadini facendoli diventare veri e propri protagonisti dell'assistenza sanitaria, creando un rapporto di fiducia tra medico e paziente.

Con i c.d. decreti Covid⁴², va ricordato che l'Italia ha stanziato risorse per oltre 8 miliardi, di cui più di 3,5 miliardi affidati alla diretta gestione delle Regioni⁴³. Emerge, tuttavia, che dei 1268 milioni attribuiti alle Regioni per il potenziamento dell'assistenza territoriale, oltre il 66%

⁴² Decreto-legge n. 14/2020, n. 18/2020, n. 34/2020, n. 104/2020.

⁴³ Corte dei conti, *Rapporto*, cit., p. 245.

sia stato accantonato⁴⁴, cosicché sembra che l'utilizzo di buona parte delle risorse sia ancora in sospeso e che le misure che erano state previste per rafforzare l'assistenza territoriale potranno con ogni probabilità meglio definirsi anche alla luce degli interventi nel Recovery Plan. Ancora, per ciò che concerne il recupero dei ritardi accumulati nell'attività ospedaliera e ambulatoriale nei mesi più critici della crisi sanitaria, le misure finanziarie a ciò indirizzate sono state utilizzate dalle Regioni con variabilità interregionali molto forti, che sembrano trovare nei limiti già esistenti prima della crisi le ragioni più vere e su cui la fase che si apre dovrà certamente incidere.

Anche per quanto riguarda lo stanziamento disposto dal decreto-legge n. 34/2020 (vincolato alla validazione dei piani di riorganizzazione della rete ospedaliera presentati dalle Regioni, utilizzabile per interventi su costruzione nuova o già esistente e per l'acquisizione di attrezzature elettromedicali e gestito dal primo Commissario straordinario per l'emergenza Covid), la relativa attuazione, a fine aprile 2021, secondo il monitoraggio condotto dal Ministero della salute, risulta ancora parziale e molto disuguale da parte delle varie Regioni.

Questi rapidi cenni intendono mostrare come i ritardi e le omissioni non dipendano dall'assenza di finanziamenti e neppure dal mancato accordo fra lo Stato e le Regioni in ordine alle azioni e alla destinazione dei fondi. In dottrina è stato sostenuto che «si è, piuttosto, dinanzi ad inerzie che trovano la loro causa in svariati motivi. Fra questi, fondamentalmente, la cattiva amministrazione, l'assenza di controllo da parte del livello centrale di governo, la carenza di personale amministrativo competente e la scarsità – anche dovuta a cattiva distribuzione sul territorio – dello stesso personale medico e infermieristico, senza il quale l'assistenza sanitaria non può essere assicurata come dovrebbe»⁴⁵.

Quest'ultimo è un aspetto tanto elementare quanto essenziale, che non è sfuggito allo studio realizzato dalla Banca d'Italia intitolato “*La sanità in Italia: il difficile equilibrio tra vincoli di bilancio e qualità dei servizi nelle Regioni in Piano di Rientro*”⁴⁶. Vi si osserva che nelle Regioni in piano di rientro la riduzione del personale tecnico e infermieristico ha avuto ripercussioni «sia sulla possibilità di erogare servizi qualitativamente e quantitativamente adeguati sia soprattutto sul processo di riorganizzazione della rete sanitaria verso un modello territoriale, caratterizzato da un più intenso utilizzo di queste figure professionali». Le “colpe”, pertanto, sono addebitabili sia alle Regioni, sia allo Stato⁴⁷.

⁴⁴ Corte dei conti, *Rapporto cit.*, p. 293. In particolare, «fatta eccezione per le regioni centrali che sembrano aver accantonato solo il 40 per cento delle somme (...), in media delle regioni del Nord e del Sud Italia la quota rinviata supera il 70 per cento.

⁴⁵ G. RAZZANO, *op. cit.*

⁴⁶ L. AIMONE GIGIO (a cura di), *Questioni di Economia e Finanza*, n. 427 del marzo 2018, p. 40.

⁴⁷ Si considerino, ad es., le disposizioni sul contenimento della spesa del personale sanitario (blocco del turnover) nelle leggi finanziarie del 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) e del 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191).

In questo contesto in dottrina ci si interroga se il rimedio non fosse la centralizzazione del sistema sanitario⁴⁸ e fare riforme costituzionali volte ad introdurre meccanismi di preminenza statale⁴⁹. Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene più appropriato utilizzare in modo consapevole gli strumenti che la Costituzione già fornisce allo Stato centrale per il coordinamento tra i livelli di governo. Si è ricordato che l'art. 120 Cost. consente al Governo il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni, proprio a tutela dei livelli essenziali⁵⁰.

La centralizzazione delle competenze, inoltre, non è detto che implichi automaticamente una maggiore efficienza del sistema, posto che è proprio a livello statale che può osservarsi una carenza di impulso, di iniziativa, di monitoraggio, di controllo; in una parola di esercizio di responsabilità politica⁵¹.

Le riforme proposte rischierebbero oltretutto di essere percepite come rivendicative, non favorendo, così, lo spirito di leale collaborazione⁵², richiamato anche in questo ambito dalla Corte costituzionale⁵³ ma messo a dura prova dall'emergenza pandemica⁵⁴.

Altra cosa è, invece, auspicare che lo Stato eserciti le sue competenze legislative e amministrative; che il Governo assuma il suo ruolo di guida nazionale, in conseguenza della responsabilità politica di cui è investito, e che utilizzi, ove necessario, il potere sostitutivo. Allo stesso modo è fondamentale ottenere l'effettiva velocizzazione dei procedimenti, nonché la loro

⁴⁸ Di questo avviso G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dell'emergenza*, in "La Repubblica" del 18 novembre 2020.

⁴⁹ Il riferimento è, in particolare, alla proposta di legge costituzionale Ceccanti ed altri: "Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale" (A.C. 2422). La proposta ha incontrato critiche e perplessità, in quanto ritenuta un rimedio non appropriato al problema, come posto in luce dai relatori del webinar organizzato il 10 giugno 2021 da ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive* (interventi di L. CALIFANO, E. CATELANI, A. D'ATENA, T.E. FROSINI, S. MANGIAMELI, C. PINELLI, A. POGGI, G.M. SALERNO, L. VIOLINI).

⁵⁰ Così A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, Editoriale del 9 settembre 2020.

⁵¹ Sul punto cfr. in particolare l'intervento di C. PINELLI al webinar ISSIRFA-CNR, *Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: analisi e prospettive*, cit. e, soprattutto, ID. *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, p. 4, dove l'A. stigmatizza «la rinuncia a deliberare del legislatore nazionale».

⁵² Sul punto Cfr. A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Diritti Fondamentali*, 2/2020.

⁵³ Cfr. ad es. Corte cost., sentt. n. 197/2019 e n. 62/2020, su cui A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 9 ss.; C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, n. 2, 9 giugno 2020.

⁵⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 37/2021. Fra i tanti commenti cfr. 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; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quad. cost.*, 2021, n. 3, p. 102; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4.

conclusione in tempi certi, tenuto conto della storica lentezza e di quella che è stata definita la «disperata situazione» che caratterizza i procedimenti amministrativi italiani⁵⁵.

Il d.l. n. 77/2021 “Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108, ha disegnato una nuova metodologia di governo, sia con riguardo ai rapporti fra i diversi livelli di governo, sia con riguardo all’attività amministrativa, intervenendo a sua volta sulla legge 241/1990 in tema di potere sostitutivo, silenzio assenso e annullamento d’ufficio e puntando, ancora una volta, alla semplificazione.

Nella prospettiva costituzionale merita attenzione, in particolare, il titolo I della parte prima del d.l. n. 77/2021 convertito nella l. n. 108/2021, sulla “governance *per il PNRR*”, denominato Sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo del PNRR. L’art. 1, nel definire «il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021»⁵⁶, afferma che «ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l’interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1». Sempre ai sensi dell’art. 1, comma 3, è in base ad un doppio titolo che trova fondamento la disciplina sulla *governance*: «Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l’Unione europea di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁵⁷.

Si può notare il riferimento all’«interesse nazionale», una nozione non più presente nel testo costituzionale con la riforma del titolo V, definita «priva di valore deontico» dalla Corte

⁵⁵ Cfr. ad es., già M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in AA. VV., *Il motore immobile. Crisi e riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1980, p. 49, per il quale «una legge generale sul procedimento amministrativo sarebbe utilissima, ma la situazione di fronte alla quale ci troviamo non è disperata per il fatto che essa manchi; è disperata bensì perché l’amministrazione non vien riformata nelle strutture. Ciò significa veramente inoperatività, spesa irragionevole di denaro pubblico, duplicazione di competenze, omissione di provvidenze in materie che pure interessano tutta la collettività».

⁵⁶ Nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, dal Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018.

⁵⁷ Sulla governance del PNRR nella prospettiva regionale M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 4, 26 ottobre 2021, p. 180.

costituzionale⁵⁸, non più invocabile⁵⁹, e compensata dal meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà⁶⁰ per salvaguardare le «esigenze di carattere unitario»⁶¹.

Il legislatore sostiene di intervenire per disciplinare la governance del PNRR non già in ragione di una competenza concorrente, che può eventualmente richiedere un'attrazione in sussidiarietà, ma in ragione di una competenza legislativa esclusiva dello Stato esercitata in base ad un doppio titolo: i rapporti dello Stato con l'Unione europea e la lett. m) dell'art. 117, comma 2 (i livelli essenziali).

Il PNRR rappresenta un atto generale di programmazione che incide non solo sui rapporti fra lo Stato e l'Unione europea, ma anche sull'unità, sulla tenuta e sullo sviluppo socioeconomico della Nazione. Non a caso molti hanno accostato il PNRR al piano Marshall, a motivo non solo dell'entità del finanziamento, ma anche della vastità del programma e degli obiettivi di sviluppo sottesi⁶².

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 380/2002, n. 303 e 370/2003 e n. 285/2005, per cui la sola allegazione dell'interesse nazionale non è più sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost.: «Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale» (punto 2.2. sent. n. 303/2003). In dottrina sull'interesse nazionale Cfr. A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020.

⁵⁹ Non più invocabile, più precisamente, per adottare norme legislative o atti di indirizzo e coordinamento che incidono sulle competenze legislative ed amministrative delle Regioni, come sostenuto da G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Reg.*, 2001, n. 6, pp. 1247 ss.; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, p. 141; A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo duale*, in *Forum Quad. cost.*, 2001; M. LUCIANI, *Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in sito AIC, 2002; C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento nazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, p. 199.

⁶⁰ Cfr. A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale*, 8 ottobre 2003; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia. Nota a Corte cost. n. 303 del 2003*, ivi, 29 ottobre 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, nn. 2-3, pp. 381 ss.; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Federalismi.it*, 2006, p. 14; A. ANZON, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in *Reg.*, 2008, nn. 4-5, pp. 786 ss.; G. FALCON, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, ivi, p. 771.

⁶¹ Le medesime istanze unitarie, peraltro, sono sottese anche alla prassi di ricorrere massicciamente agli strumenti propri della legge sulla protezione civile, che consentono al governo di riportare al livello di governo statale, tramite la gestione commissariale e l'annesso potere di ordinanza anche in deroga alla legge, ogni ambito amministrativo, allorché si deliberi uno «stato di emergenza di rilievo nazionale». Sulla funzione di "supplenza" svolta dalla legge sulla protezione civile e dagli strumenti e dai poteri che consente di attivare, G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 53 ss. e 253 ss.

⁶² J.B. GOSSÉ, A. SCHNEIDER, R. VICQUÉRY, *Lessons from the Marshall Plan for the European Recovery Plan*, in *Banque de France*, 29 ottobre 2021; E. BERNARDI, *Ripresa economica: tutte le analogie tra Piano Marshall e Next Generation EU*, in *Progresso Europa riforme*, 9 luglio 2021; L. D'AMBROSIO, *Recovery e Piano Marshall: differenze e somiglianze*, in *Diritto & Conti*, 15 gennaio 2021; M. BUTI, M. MESSORI, *NextGenerationEU: Una guida ragionata*, Luiss, School of European Political Economy, 2020.

5. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza ed il nuovo ruolo del Presidente del Consiglio. Verso quale cambiamento?

Tra le novità introdotte con il d.l. n. 77/2021 vi è l'attribuzione di taluni poteri in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, mai avuti prima. Infatti egli è il "garante" e il "coordinatore" della speditezza di tale piano che sembra incarnare il ruolo di *primus super pares* assumendo un ruolo di primo piano anche nelle dinamiche interne alla compagine governativa⁶³.

La Costituzione ci rassegna una disciplina flessibile o indeterminata a seconda dei diversi punti di vista. Se dal dato costituzionale non è rinvenibile l'estensione del perimetro dell'attività di coordinamento del Presidente del consiglio ed anche se egli non può imporre decisioni unilaterali ai ministri, la sua posizione di preminenza può farla valere sia in termini di vincolatività politica delle decisioni funzionali alla realizzazione del Piano sia in termini di condizionalità e di azioni di concerto collegate e interdipendenti tra i vari ministeri (e soggetti attuatori) per cui l'inerzia dell'uno avrà ricadute sugli altri⁶⁴.

Il dato di partenza per poter analizzare la figura del Presidente del Consiglio dei Ministri nel periodo repubblicano è rappresentato sicuramente dal dibattito che si tenne in sede di Assemblea costituente intorno all'art. 95 della Costituzione. A condizionare in modo determinante le scelte dei Padri costituenti fu soprattutto la necessità di adottare un modello nettamente alternativo rispetto alla precedente esperienza fascista, che aveva visto l'avvento del «Regime del Capo del Governo»⁶⁵.

⁶³ Come è noto la Corte costituzionale nella sentenza n. 262/2009 (e ancora prima con la sent. 24 del 2004), nel dichiarare illegittima la l. 124/2008 sulla sospensione del processo penale nei confronti dello più alte cariche dello Stato, ha dichiarato la non configurabilità di una preminenza del Presidente del consiglio rispetto ai ministri in quanto egli non è il solo titolare della funzione di indirizzo politico, ma si limita a mantenere l'unità promuovendo e coordinando l'attività dei ministri. Ritiene si tratti di una lettura forzata quella dell'art. 95 Cost. da parte della Corte costituzionale E. CATELANI, *Potere e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia editrice Pisana, Pisa, 2017, p. 293 e ss. Occorre tuttavia aggiungere che la centralità della figura del Presidente del consiglio dipende dagli equilibri politici di volta in volta instaurati. Tuttavia la formula espressiva *primus super pares* è stata adoperata per sottolineare il ruolo rafforzato del Presidente del Consiglio emerso in alcuni periodi della storia repubblicana. In particolare quelli seguiti alle riforme elettorali e alle elezioni avvenute tra il 1994 e il 2013 che avevano declinato il sistema dei partiti in chiave bipolare. Il riferimento riguarda la prassi della preindicazione del candidato alla presidenza del consiglio (art. 1 l. 270/2005 non più vigente): in questa occasione alcuni studiosi hanno voluto sottolineare il rafforzamento nella prassi del ruolo e dei poteri del Presidente del consiglio che comunque secondo il dettato costituzionale e la giurisprudenza costituzionale richiamata rimane formalmente un *primus inter pares*. Sulla difficoltà di ricondurre ad un *primus inter pares* il Presidente del Consiglio soprattutto per le refluenze del processo di integrazione europea sui rapporti endogovernativi v. G. RIVOCCHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del governo*, in (a cura di) N. LUPO, R. IBRIDO, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019. Ha utilizzato questa formula espressiva riferita a Mario Draghi in relazione alla governance designata per la realizzazione del PNRR da ultimo, S. FABBRINI, *La governance del PNRR e il governo dell'Italia*, in *Il Sole24Ore*, 7 giugno, 2021.

⁶⁴ A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?», in *Federalismi.it*, 14/2021.*

⁶⁵ Così, C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1936 e, oggi, ristampa con prefazione di E. Cheli, Milano, 2000, 221. Va aggiunto, peraltro, che il quadro politico andava strutturandosi secondo un modello multipartitico, e questo, naturalmente, spingeva più verso un modello

In un simile contesto politico-istituzionale, caratterizzato da una forte sfiducia nei confronti del potere esecutivo⁶⁶, l'art. 20 del progetto di Costituzione – così come formulato dal Comitato dei relatori della seconda Sottocommissione (I Sezione)⁶⁷ valorizzava il ruolo del Presidente del Consiglio – era destinato a non affermarsi⁶⁸.

In seno alla Sottocommissione, la suddetta proposta fu oggetto di una vivace discussione che vide contrapporsi due opposti indirizzi: il primo, sostenuto dagli onorevoli Lussu, Tosato e Mortati, sottolineava la necessità di riconoscere al Presidente del Consiglio un rilievo costituzionale autonomo o comunque preminente rispetto agli altri Ministri, in modo da assicurare stabilità al Governo; il secondo, che aveva negli Onorevoli Terracini e La Rocca i suoi principali esponenti, era invece favorevole ad una soluzione collegiale. A mediare tra questi due orientamenti fu la successiva proposta dell'On. Perassi che, da un lato, sostituiva l'espressione «è responsabile» contenuta nell'originale formulazione dell'art. 20 con il termine «dirige» e, dall'altro lato, integrava l'art. 19 del progetto specificando che «il Primo Ministro e i Ministri sono collegialmente responsabili della politica generale del Governo e ciascuno di essi degli atti di sua competenza»⁶⁹.

La discussione sulla posizione da attribuire al Presidente del Consiglio si riaprì nuovamente in Assemblea costituente durante la discussione del progetto di Costituzione⁷⁰. In Aula furono respinti sia l'emendamento del partito comunista diretto a rimuovere la figura del Primo Ministro, di cui era primo firmatario l'On. La Rocca, sia quello presentato dal partito socialista, che eliminava la responsabilità del Primo Ministro per la direzione della politica generale. Fu invece accolto l'emendamento Costa che sostituiva l'espressione «Primo Ministro» con quella di «Presidente del Consiglio». L'ampio dibattito non portò tuttavia all'affermazione né del principio monocratico, né del principio collegiale: si mantenne, infatti, «una situazione di incertezza» per la presenza di principi difficilmente conciliabili tra loro⁷¹.

parlamentare che verso un regime presidenziale. Di regola, infatti, i regimi presidenziali si sposano con sistemi politici bipartitici, mentre la forma di governo parlamentare si adatta meglio a sistemi multipartitici, H. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001.

⁶⁶ Sul punto F. CUOCOLO, *Il Governo nell'esperienza repubblicana*, in *Studi in onore di L. Elia*, Tomo I, Milano, 1999, 371.

⁶⁷ Eletta l'Assemblea costituente l'organizzazione del potere esecutivo formò oggetto della competenza della seconda Sottocommissione (I Sezione) della Commissione per la Costituzione.

⁶⁸ L'art. 20 del progetto presentato dal Comitato dei relatori stabiliva che «il Primo Ministro è responsabile della politica generale del Governo. Mantiene l'unità d'indirizzo politico e amministrativo di tutti i Ministeri, coordina individualmente, e in Consiglio dei Ministri, le attività dei Ministri, presiede il Consiglio dei Ministri».

⁶⁹ In merito P. CIARLO, *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 347.

⁷⁰ L'art. 89 del progetto, prima di giungere all'esame dell'Assemblea, venne modificato dal comitato di redazione. Il testo definitivo stabiliva che «il Primo Ministro dirige la politica generale del Governo ma ne è anche responsabile». Tale formula, salvo alcune variazioni formali e la sostituzione della locuzione “Primo Ministro” con quella di “Presidente del Consiglio dei Ministri”, sarà in pratica identica all'attuale art. 95 Cost.

⁷¹ Sul punto, L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIX, Milano, 1976, 691 ss., sosteneva che la normativa costituzionale dedicata al governo avesse messo l'uno accanto all'altro tre principi: quello monocratico,

Nel periodo successivo alla fase costituente, l'ambiguità del dettato costituzionale ha condotto la dottrina a sostenere differenti tesi sul modello di governo accolto in Costituzione. Si distinguono, in particolare, tre fondamentali ricostruzioni: una prima linea interpretativa che ha esaltato il principio monocratico sostenendo la supremazia del Presidente del Consiglio; b) un secondo orientamento, che in aperta contrapposizione al periodo fascista, ha invece sostenuto la prevalenza del principio collegiale; c) un terzo indirizzo, infine, che non ha aderito né alla linea monocratica né a quella collegiale, attestandosi su una posizione mediana⁷².

Secondo il primo orientamento, il Presidente del Consiglio verrebbe a costituire il vero interprete dell'indirizzo governativo essendo responsabile della politica generale del Governo. Si sostiene, in particolare, che tale responsabilità non avrebbe alcun senso «se non fosse accompagnata da un complesso di poteri per l'effettivo esercizio della direzione a lui affidata». Pur riconoscendo che «l'indirizzo generale politico e amministrativo cui il gabinetto si deve uniformare non può essere espressione del Presidente del Consiglio», ma del Consiglio dei Ministri, si evidenzia che «le linee generali di tale indirizzo precedono in certo modo la stessa compagine del gabinetto, come risulta dal fatto che la designazione del Presidente da parte del Capo dello Stato, prima della scelta dei Ministri, è fatta in considerazione degli orientamenti di cui lo stesso è ritenuto esponente»⁷³.

Il secondo orientamento ha invece posto l'accento sul principio collegiale qualificando il Presidente del Consiglio come *primus inter pares*. Secondo questa tesi, essendo il Consiglio dei Ministri «la sede naturale di elaborazione e di svolgimento della politica generale del governo» né il Presidente del Consiglio, né tantomeno i singoli Ministri, si troverebbero in una posizione tale da poter imporre un proprio programma politico⁷⁴. In mancanza di effettivi poteri sanzionatori, il Presidente del Consiglio potrebbe contrastare le iniziative politiche assunte dal

quello collegiale e quello della competenza ministeriale. Anche S. MERLINI, *Presidente del Consiglio e collegialità di Governo*, in *Quad. Cost.*, 1982, 17, rileva che «tali principi sono tra loro contraddittori perché corrispondenti a situazioni storiche e a forme di Governo estremamente diversificate». In questo senso anche P. A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXV, Milano 1986, 140. Secondo E. CHELI – V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in AA. VV., *Istituzioni Governo*, a cura di S. RISTUCCIA, Milano, 1977, 45 ss., i Padri costituenti avevano ben presenti sia il modello del Presidente *primus inter pares*, sia quello fascista del Regime del Capo del Governo ma vollero consapevolmente «imboccare una terza via» dove la centralità del modello collegiale non risultasse compromessa dal riconoscimento pieno (che pure si poneva) dei poteri d'indirizzo presidenziali».

⁷² G. STADERINI, *L'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in AA. VV., *Costituzione e struttura del Governo, Il problema della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, ricerca del C.N.R. diretta da E. Spagna Musso, Vol. I, Padova, 1979, 203 ss.

⁷³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Tomo I, 1969, 523 ss. Un'interpretazione favorevole alla prevalenza del principio monocratico è anche quella di A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Firenze, 1951, 80 ss.

⁷⁴ A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, 25 ss.; in questo senso anche P.A. CAPOTOSTI, *Governo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, Vol. XV, 9 ss.

Consiglio dei Ministri soltanto al «prezzo delle sue dimissioni». Ne consegue che «da parte essenziale del suo sforzo deve dunque tendere a far prevalere il principio collegiale»⁷⁵.

Il terzo orientamento, che sembra essere il più convincente, anche alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente, esclude sia la prevalenza del principio monocratico sia di quello collegiale ravvisando «una compresenza» nella norma costituzionale di entrambi i principi: se da un lato non sembra possibile affermare la netta prevalenza del Presidente del Consiglio, dal momento che a quest'ultimo spettano autonomamente solo poteri di coordinamento, direzione e promozione, e non di determinazione; dall'altro lato, l'attribuzione al Presidente del Consiglio della responsabilità della politica generale del Governo non sembra far prevalere neanche la tesi opposta. Dall'art. 95 si desume, infatti, che «la *direzione* e il *coordinamento* unitario dell'indirizzo governativo» spettano al Presidente del Consiglio, mentre «la *determinazione* dell'indirizzo stesso» è senz'altro attribuita alla competenza collegiale del Consiglio dei Ministri⁷⁶.

Secondo questo indirizzo, l'art. 95 Cost. – contemperando al suo interno monocraticismo e collegialità – sarebbe dunque una norma «elastica» in grado cioè di adattarsi al mutare della situazione politica. Le stesse nozioni di coordinamento e direzione sembrano propendere per questa tesi. La forma di coordinamento accolta dall'art. 95 Cost. è infatti quella di tipo «circolare» essendo il Presidente del Consiglio e i Ministri contemporaneamente «coordinati e coordinanti». Ne consegue che sono «vincolati» dal coordinamento non solo i Ministri, ma anche il soggetto a cui spetta il potere di coordinamento, ovvero il Presidente del Consiglio. Anche nella predisposizione del programma di governo il ruolo del Presidente del Consiglio si limita ad essere di *promozione*.

Come vediamo con l'avvento del PNRR il ruolo della Presidenza del Consiglio è mutata, ma non è solo questa ad aver subito modifiche. La stessa organizzazione interna dei ministeri è costretta a rivedere i propri modelli organizzatori nella misura in cui gli uffici presenti non sono sufficienti per porre in essere le misure calendarizzate nel PNRR. In particolare ogni ministero può istituire ai sensi dell'art. 8 d.l. 77/2021, nell'ambito della propria autonomia, una apposita unità di missione di livello dirigenziale temporanea – fino al completamento del piano e comunque non oltre il 2026 – che costituirà peraltro il punto di contatto con il Servizio centrale per il PNRR di stanza presso il Ministero Economia e Finanza⁷⁷. Alla centralità del ruolo del

⁷⁵ R.P. TABULAZZI, *Il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza repubblicana tra spinte riformiste e conservatorismi*, in *Amministrazione in Cammino*, 6/2014.

⁷⁶ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 149.

⁷⁷ Come è noto neppure la l. 400/1988, che è stata la prima a dare attuazione alla riserva di legge in parola, è riuscita a dare stabilità ai vari elementi organizzativi e di riordino delle strutture ministeriali.

Presidente del Consiglio quanto al coordinamento generale del Piano si affianca una altrettanta centralità del MEF, seppur su un piano diverso, quello del coordinamento finanziario⁷⁸.

Ora vedremo se la nostra forma di governo subirà modifiche, attribuendo al Presidente del Consiglio ruoli maggiormente centrali ed operativi, come è avvenuto per il PNRR, annunciati ad ogni inizio di legislatura.

È la stessa alternativa che era presente in Francia alla fine anni Cinquanta quando ormai la IV Repubblica era allo stremo.

All'epoca infatti un gruppo di autorevoli intellettuali elaborarono una proposta che puntava a realizzare in Francia per via istituzionale ed elettorale ciò che in Inghilterra si era affermato in via di prassi e politica: introducendo l'elezione diretta del primo ministro, mantenendo però all'assemblea il potere di sfiduciarlo, salvo che – in quel caso – si sarebbe proceduto a nuove elezioni sia del premier sia dell'assemblea stessa. Si tratta, come si vede, del “*simul stabunt simul cadent*”, cioè il progenitore del modello che in Italia abbiamo adottato dal 1993 per comuni e province, e dal 1999 per le Regioni. In campo politico è l'ipotesi definita del “sindaco d'Italia”. Si tratta di una soluzione monista. Monista perché la conformità maggioritaria fra guida dell'esecutivo e assemblea sarebbe assicurata, almeno sulla carta. Nulla potrebbe impedire eventuali successive defezioni o fratture incompatibili all'interno della maggioranza: con la naturale conseguenza, sol che il primo ministro non intenda sottoporsi a un calvario, ridotto all'impotenza in Parlamento, di elezioni anticipate e scelta rimessa al corpo elettorale. Introdurrebbe una variante fondata su (a) legittimazione diretta del primo ministro, (b) sostanziale blindatura del binomio primo ministro-maggioranza di sostegno preelettorale per l'intera legislatura, (c) titolarità *de facto* del potere di scioglimento riconosciuta al primo ministro (bilanciata per i casi realmente eccezionali dal potere di sfiducia e autoscioglimento della camera politica). Si realizzerebbe così una sicura gerarchizzazione a vantaggio del “premier”. Naturalmente sarebbe anche consigliabile adeguare gli articoli della Costituzione sulla forma di governo introducendo quanto meno la nomina esclusivamente primoministeriale dei ministri e la potestà di revoca di essi (anche se probabilmente ciò si otterrebbe anche per prassi). La figura del presidente della Repubblica come il presidente della Germania federale, per esempio, non avrebbe alcun ruolo nell'indirizzo politico e neppure nella formazione dei governi e nello scioglimento della camera politica⁷⁹.

Pari dignità avrebbe l'ipotesi dualista, fondata invece sul rafforzamento giuridico della figura presidenziale. Si tratterebbe di prendere atto dell'evoluzione verificatasi di fatto e di

⁷⁸ Sui ruoli del MEF Cfr. S. BIGAZZI, *Il ruolo istituzionale del Ministero dell'Economia e delle Finanze alla luce della crisi economico-finanziaria*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016.

⁷⁹ C. FUSARO, *Ruolo del presidente della Repubblica e forma di governo in Italia. L'ipotesi semi-presidenziale*, in *Dans Civitas Europa*, 2013/1 (N° 30); ID., *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quad. Cost.*, XXXIII/2013.

introdurre l'elezione diretta del capo dello Stato. Prima ancora si tratterebbe di individuare con attenzione gli atti che il Presidente della Repubblica potrebbe adottare senza necessità di controfirma. Per esempio la nomina del Presidente del Consiglio, lo scioglimento della camera politica, il rinvio alle camere delle leggi invece della promulgazione (magari rafforzato dalla richiesta di una maggioranza qualificata), il decreto di indizione dei referendum, i messaggi alle camere. Come si vede in nessun caso si tratterebbe di attribuire poteri che la Costituzione già non attribuisce al Presidente della Repubblica, ma si tratterebbe di chiarirne la natura (mediante l'abolizione della controfirma) e in qualche caso (il rinvio) di rafforzarli. Sarebbe l'elezione diretta, in realtà, a conferire un tipo di autorità diversa al capo dello Stato: non sarebbe solo il primo in posizione e anche l'unico organo costituzionale monocratico da un punto di vista formale (come attualmente), ma sarebbe l'unico direttamente eletto, e dotato perciò del più alto grado possibile di legittimazione⁸⁰. Il governo manterrebbe la sua autonomia costituzionale e il rapporto fiduciario con il Parlamento. Forse si potrebbe rafforzare la figura del presidente del Consiglio, facendolo diventare un primo ministro gerarchicamente sovraordinato ai singoli ministri. Sarebbe forse consigliabile – a questo punto – prevedere un limite al numero dei mandati e occorrerebbe ragionare, contestualmente, sulla durata di questi.

6. Conclusioni.

Ecco dunque che gli elementi che si sono visti nelle pagine che precedono convergono su un punto unitario, la Missione 6 del PNRR rappresenta veramente un volano per la tutela dei cittadini, sperando che non si commettano errori passati. Nella gestione sanitaria precedente alla pandemia da SARS Covid-19, ad esempio, si è avuta la tendenza ad occuparsi della cura delle patologie maggiormente remunerative, trascurando la sorveglianza epidemiologica. Questa scelta può aver determinato la scarsa attenzione verso i primi casi di Covid, casi rilevati da strutture pubbliche di ricovero che, a differenza di quelle private, sono sempre state in prima linea nella lotta contro il virus⁸¹, benché quelle private, convenzionate con il sistema socio-sanitario locale e, quindi, anch'esse beneficiarie di soldi pubblici⁸², rappresentino, ormai, il 50% delle strutture ospedaliere, ma essendo concepite e gestite come aziende, con metodo manageriale ed ispirate alla logica del profitto, non si sono rese immediatamente disponibili e sono rimaste estranee alla gestione dell'emergenza, non ritenendo le prestazioni rientranti nel settore dell'infettivologia e della terapia intensiva economicamente convenienti.

⁸⁰ *Ivi.*

⁸¹ Così è stato deciso con la delibera regionale XI/2906 dell'8 marzo che ha individuato come Hub ospedalieri per i malati di Covid delle strutture pubbliche.

⁸² Il 40% della spesa sanitaria corrente è stata, infatti, destinata al finanziamento delle strutture private a discapito di quelle pubbliche che si sono ritrovate prive di un numero sufficiente di posti letto nei reparti di terapia intensiva e senza dispositivi di protezione.

Occorrerebbe prevedere investimenti maggiori su un sistema di biosorveglianza (ENG-DE BIOS), grazie al quale, ad esempio, con il *contact tracing*⁸³, l'indice di contagio, in meno di due mesi nel 2020 è calato da 3,4 ad un tasso di contagio R0 pari a 0,7.

Il sistema è stato in grado di risolvere e di prevenire alcune problematiche poste dalla pandemia e di mettere insieme i dati provenienti da lavoratori ed ospedali, acquisiti a seguito dell'analisi dei tamponi effettuati⁸⁴.

In questo modo, sono stati acquisiti dati anagrafici, ma anche informazioni sui luoghi frequentati dai soggetti contagiati e sui loro contatti, indicazioni che poste insieme hanno permesso di delineare una sorta di mappa dell'epidemia e di attivare tutti i controlli necessari per circoscrivere il contagio.

Il sistema di biosorveglianza ha consentito di monitorare, in tempo reale, la diffusione del virus, di prevederne in anticipo gli effetti e di predisporre le azioni preventive di contrasto, grazie alle quali si sono evitati nuovi contagi e si sono salvate vite umane⁸⁵.

Nella gestione della pandemia non vi è stata un'azione coordinata di cogestione dell'emergenza e nemmeno un effettivo coinvolgimento né delle Regioni, nell'adozione dei provvedimenti statali, né del Governo, per l'adozione di quelli regionali⁸⁶. Ciò ha alimentato la tensione tra il principio unitario e quello autonomistico del sistema regionale⁸⁷. Pertanto, i contrasti tra lo Stato e le Regioni, che si sono avuti in quei mesi, offrono lo spunto per compiere alcune riflessioni conclusive, di carattere generale, sul sistema regionale italiano.

Le Regioni non hanno agito tutte nello stesso modo e non hanno ottenuto gli stessi risultati durante la lotta pandemica.

Il problema che resta sullo sfondo, del resto, è stato ben sintetizzato dalla Corte dei conti: *«La riorganizzazione della rete di assistenza e l'uso complessivamente più appropriato delle strutture ospedaliere non sono stati accompagnati, in questi anni, da un rafforzamento dell'offerta dell'assistenza territoriale rivolta alla parte "più debole" della popolazione, cioè anziani, disabili, malati terminali. In molti casi non sono raggiunte le soglie richieste, pur se fissate a livelli molto contenuti»*⁸⁸.

⁸³ C. COLAPIETRO e A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Diritti Fondamentali* n. 2/2020.

⁸⁴ Dati di monitoraggio sui test effettuati e sulla tipologia; sul numero di soggetti positivi; soggetti guariti e negativi sottoposti ai test; fasce di età; popolazione sotto screening e infetta; curve di evoluzione dell'epidemia; data di prelievo e di referto; georeferenziazione dei casi positivi aggregati ed incidenza territoriale.

⁸⁵ Si veda, *Biosorveglianza, il "modello Veneto" anti Covid-19 ha un cuore tecnologico*, in *www.eng.it*.

⁸⁶ Sottolinea questo aspetto, A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, n. 25/2020.

⁸⁷ Si cfr., al riguardo, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 885 ss.

⁸⁸ Corte dei conti, *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., p. 275.

Dobbiamo riflettere sul concetto di Servizio Sanitario se deve essere inteso ancora come Nazionale. Perché è nato come servizio pubblico al fine di garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini che infatti pagano il ticket per usufruire delle prestazioni sanitarie, ha rappresentato da sempre un modello che ha conosciuto diffusione, è nato con riferimento a tre principi fondamentali: l'universalità, ossia che tutti i cittadini hanno uguale diritto ad accedere alle prestazioni; la solidarietà, ossia che tutti contribuiscono a finanziarlo; l'uniformità, ossia che le prestazioni fornite devono essere della stessa uniforme qualità, per tutti i cittadini, in tutte le Regioni. C'è il rischio che il SSN nel tempo sia diventato un sistema che ha contribuito ad aumentare le diseguaglianze e non ha messo sempre al centro il paziente, sostituito dal profitto⁸⁹. Attualmente nelle strutture pubbliche lo scopo principale e il vincolo più importante del Direttore generale è quello di avere in pari i conti. Gli irrinunciabili pilastri della funzione pubblica dello Stato moderno, inventato da Napoleone, cioè Istruzione, Giustizia, Polizia, Esercito, Carceri, Sanità, la cui azione positiva ribalta, a breve e lungo termine, i "ricavi" sull'intera società ed in altri comparti di spesa, non possono permettersi di puntare al pareggio di bilancio, ma solo all'economia di gestione, controllata con rigore. Si ragioni per assurdo: forse per ottenere il pareggio tra entrate e uscite le Forze dell'ordine dovrebbero rivendere le sostanze illecite che sequestrano? O forse i Vigili del fuoco, stabilito che siano pagati a prestazione, avrebbero interesse che aumentino gli incendi? Siffatta ricostruzione, del tutto assurda *ictu oculi*, mette in luce i limiti di una visione puramente aziendalistica del vincolo tra entrate e uscite. Ed anche per la mancanza di fondi o per aver superato il budget previsto, oggi mancano medici di base e medici nelle guardie mediche, dovendo ricorrere ad assumere personale sanitario dall'estero. Questo anche a causa della previsione del numero chiuso previsto per l'iscrizione al corso di laurea in medicina. Con la salute e la cura della persona si rischia che da pilastro costituzionale invidiato all'estero si passi a un sistema dove conta la buona sorte, ad esempio se si va in guardia medica per un malore notturno e questa è chiusa per carenza di medici, non è detto che i primi soccorsi che si sarebbero potuti avere in tale sede possano essere compensati dal fattore tempo, talvolta essenziale. Tale riflessione è importante anche per le case della comunità e gli ospedali di comunità previsti dal PNRR, in quanto se non si risolve a monte la problematica della carenza dei medici, queste strutture fallirebbero la loro missione in partenza.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 157 del 2020 ha sostenuto che il sistema sanitario non è un'azienda privata, la salute non è subordinata all'equilibrio finanziario. Infatti «Nell'ambito delle finalità del servizio, siano esse tanto di natura ordinaria, che di carattere

⁸⁹ R. BALDUZZI – G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel D.LGS. 229/99, Quaderno n. 22 del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"*, Milano, 2001. Per un profilo storico circa il processo di aziendalizzazione in ambito sanitario, cfr., *ex multis*, E. MENICHETTI, *L'organizzazione aziendale: le aziende unità sanitarie locali, le aziende ospedaliere e le azioni ospedaliere – universitarie*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 232, ss.

eccezionale o emergenziale, sono impiegati sia beni di consumo corrente, sia i beni durevoli, e l'equilibrato impiego di tali componenti deve essere caratterizzato dalla leale cooperazione tra Stato e Regioni. In sede di programmazione finanziaria i costi unitari fissati devono essere sviluppati sulla base del fabbisogno storico delle singole realtà regionali e sulle altre circostanze, normative e fattuali, che incidono sulla dinamica della spesa per le prestazioni sanitarie»⁹⁰. In sostanza, quella che il giudice rimettente definisce come “ibridazione” delle regole di contabilità economica e di contabilità finanziaria è il portato del peculiare carattere del servizio delle cui risultanze rende espressione. In tale prospettiva non è dirimente la distinzione tra contabilità aziendale e contabilità finanziaria, delle quali effettivamente la norma in esame condivide alcuni caratteri, bensì l'attinenza di tale previsione all'organizzazione e al finanziamento del servizio sanitario, in relazione ai quali deve essere strutturata un'appropriata contabilità analitica. Quest'ultima – con riguardo ai beni durevoli e di investimento – deve essere rivolta a misurare i costi fissi dello specifico servizio sanitario in cui vengono impiegati. L'ammortamento avviene quindi all'interno del singolo ente in cui viene utilizzato il bene ma in una visione di finanza pubblica allargata, nella quale l'entità degli ammortamenti dei beni impiegati costituisce parte degli aggregati complessivi alla base della programmazione nazionale e regionale.

Sarebbe opportuno iniziare a ragionare su una valorizzazione del principio di leale collaborazione e sull'esigenza di prevedere adeguati strumenti a ciò finalizzati. Se tutti litigano per intestarsi i risultati e si impegnano per scaricare gli insuccessi su qualcun altro è inevitabile una contrapposizione a danno delle persone che si attendono servizi più qualificati e accessibili; la leale collaborazione è qualcosa di diverso.

Sarebbe forse opportuno valorizzare un modello di regionalismo cooperativo, attraverso il principio di leale collaborazione, facendo in modo che le autonomie locali, le Regioni, possano avere un effettivo dialogo con lo Stato centrale.

Si potrebbe prendere in considerazione l'istituzione di un Senato delle autonomie o, ancor meglio, di un Senato delle Regioni in cui la seconda Camera permetta agli enti territoriali dotati di potere legislativo di partecipare al procedimento legislativo statale, rappresentando anche gli enti locali, al fine di garantire la partecipazione di questi ultimi all'approvazione delle leggi dello Stato.

La recente riforma costituzionale – portata a compimento a seguito dalla vittoria dei sì al referendum del settembre 2020 – volta a ridurre il numero dei parlamentari (da 630 a 400 per i deputati e da 315 a 200 per i senatori elettivi) porta ad una limitazione della rappresentanza di alcuni territori regionali, e quindi non a una maggiore efficienza nel funzionamento delle due Camere, induce a ritenere ancora più urgente una riforma del bicameralismo perfetto: riforma

⁹⁰ Corte costituzionale sentenza n. 157 del 2020.

che tenga conto della rappresentanza delle realtà territoriali, attraverso l'istituzione di una Camera delle autonomie o di un Senato delle Regioni, in grado di dare voce ai territori regionali e agli enti locali in essi compresi. Inoltre, appare necessaria una modifica del sistema della Conferenze – che dovrebbe, comunque, rimanere, al fine di garantire un raccordo tra gli esecutivi – volta a valorizzazione procedure istituzionalizzate di collaborazione tra i livelli di governo e a rendere più veloci le modalità di consultazione, grazie all'uso delle nuove tecnologie; ciò al fine di evitare che le decisioni vengano prese, per motivi di urgenza, attraverso meccanismi decisionali informali, e la necessità di istituire un Senato delle autonomie meglio, come si è già evidenziato, un Senato delle Regioni. Ciò allo scopo di poter conciliare, in concreto, i principi di uniformità e di autonomia, entrambi previsti all'art. 5 della Costituzione.

Infatti il regionalismo differenziato, se non è adeguatamente compensato dal regionalismo cooperativo e integrativo, non solo rischia d'indebolire le realtà regionali nel loro complesso rispetto al ruolo statale, ma alla lunga può perfino compromettere la stessa coesione repubblicana, d'indebolire l'intensità dell'unione statale. Non bisogna dimenticare che storicamente il principio autonomistico ha operato come un potente fattore di integrazione statale. Anche etimologicamente il federalismo richiama il *foedus*, il patto d'unione che sigla l'accordo e la coesione tra ciò che prima era separato e potenzialmente conflittuale. Se poi guardiamo al federalismo germanico e all'esperienza del *Bundesrat*, che non è organo di rappresentanza territoriale bensì organo di partecipazione diretta delle entità federate all'esercizio delle funzioni federali, la valenza integrativa del principio autonomistico, colto nella sua accezione "positiva", emerge con ancor più nettezza⁹¹. Lo stesso art. 116 della Costituzione era immaginato in questa chiave: poiché vi è consapevolezza del fatto che le "peculiarità di ciascun territorio e di ciascuna popolazione" possono riguardare – oltre a quegli specifici territori e popolazioni che nel 1946 avevano giustificato l'introduzione della specialità – anche altri territori e popolazioni, è bene prevedere la possibilità di ulteriori strumenti organizzativi, che consentano la differenziazione ai medesimi fini anche per altre Regioni. E poiché è opportuno coinvolgere le stesse Regioni nel processo di discussione e decisione relativo alla migliore allocazione delle funzioni, si introduceva un processo "partecipato", in cui fossero eventualmente le stesse Regioni interessate a chiedere – e contrattare – tali modalità differenziate di esercizio delle funzioni stesse⁹². Si tratta di un processo perfettamente compatibile con il principio di uguaglianza. Può ritenersi anzi addirittura funzionale alla sua più completa realizzazione, nella prospettiva secondo cui: a) gli ostacoli esistono (in natura); b) gli ostacoli vanno progressivamente ridotti e infine rimossi; c) una più efficiente gestione delle

⁹¹ O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto@Storia*, n. 15/2017.

⁹² A. POGGI, *Editoriale. Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (A margine del convegno di Torino)*, in *Diritti Regionali*, 2/2019.

risorse ed un migliore esercizio delle funzioni cui tali risorse sono destinate contribuirebbe – nel tempo – a rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto la piena realizzazione dell’uguaglianza. Invece una diversa chiave interpretativa delle ragioni ispiratrici della differenziazione potrebbe investire prepotentemente la tenuta di tale principio. Si tratta di quelle impostazioni in cui la critica investe proprio la “sostenibilità” (ideologica) dell’uniformità come uguale trattamento. Qui la differenziazione è intesa come risposta a una domanda di distinzione anche “sociale” (e non solo istituzionale o organizzativa), a partire dalla contestazione del principio di universalità dello Stato sociale (e forse dello stesso principio solidaristico radicato nell’art. 2). Il parametro costituzionale di riferimento non può che essere l’articolo 120, secondo comma, della Costituzione, che richiede che sia mantenuta *«la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»*. Inoltre, le forme e le condizioni particolari di autonomia non esonerano la Regione che le ha ottenute dall’obbligo di dare il suo contributo solidale alle altre Regioni e alla Repubblica⁹³.

⁹³ E. GROSSO, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Piemonte Autonomie*, 2018.

queste istituzioni

Annotazioni su origini ed evoluzioni
del *Permitting Ambientale*

Antonio Mitrotti

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Annotazioni su origini ed evoluzioni del *Permitting Ambientale*

di Antonio Mitrotti*

Sommario

1. Le tradizioni del *permitting ambientale*: radici anglosassoni ma con fondamenti europei. – 2. L'*Environment Agency*. – 3. Il *permitting ambientale* britannico alla luce del servizio di consulenza (preliminare) dell'Agenzia per l'Ambiente. – 4. Le *Environmental Permitting Regulations*. – 5. La valutazione dei rischi. – 6. I poteri di controllo dell'Agenzia per l'Ambiente. – 7. Spunti conclusivi.

Sintesi

Da tempo è invalso un uso stereotipato negli studi della dottrina, come pure nelle decisioni della giurisprudenza italiana, dei termini di “*permitting ambientale*”.

Ma che cosa è esattamente il *permitting ambientale*? Quali sono le concrete origini istituzionali e giuridiche di queste parole? Per il vero, tanto usate (se non abusate) nel diritto pubblico italiano. E qual è l'attuale evoluzione del *permitting ambientale* nell'alveo dell'ordinamento in cui è nato?

Il presente contributo intende, in tale prospettiva, offrire alcune essenziali annotazioni analitiche sulle origini del noto *permitting ambientale*, congiuntamente ad una sintesi del suo effettivo percorso evolutivo, nonché del suo contemporaneo assetto amministrativo sorto nell'ordinamento britannico.

Abstract

The stereotyped use in academic studies, as well as in the decisions of the Italian jurisprudence of the terms “environmental permitting” has been established for some time.

But what exactly is environmental permitting? What are the real institutional and juridical origins of these words? Actually, they are common in Italian public law. But what is the current evolution of environmental permitting in the context of the system in which it was born?

In this perspective the present contribution aims to offer some analytical and essential annotations about the origins of the environmental permitting, with a synthesis of its effective evolutionary path as well as on its contemporary administrative structure in the UK legal system.

Parole chiave

Permitting ambientale – Ambiente – Governo del territorio – Sviluppo sostenibile.

1. Le tradizioni del *permitting ambientale*: radici anglosassoni ma con fondamenti europei.

In tema di normazione e di concreta regolazione del settore ambientale, il Regno Unito possiede una lunghissima tradizione storico-giuridica, tant'è che non sarebbe esagerato far risalire ogni

* Ricercatore di Diritto Amministrativo nell'Università del Salento.

ricerca – a ritroso nel tempo – sin dalle stesse origini della Rivoluzione industriale: avvenuta, come è noto, proprio in Gran Bretagna, a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, quando i rapporti tra sviluppo industriale, iniziativa economica e materiale sfruttamento delle risorse ambientali iniziarono (assai prepotentemente) ad essere percepite nei loro diffusi effetti concreti dall’opinione pubblica e per conseguenza dall’ordinamento giuridico britannico¹.

Non è un caso, d’altronde, che già nel XIX secolo furono promulgati i primi atti normativi in materia ambientale². In tale contesto, si assistette a regole senz’altro lungimiranti e a dir poco pionieristiche per quegli anni, ancorché connotate da un’oggettiva ambivalenza: per cui se da un lato balzavano immediatamente all’occhio per l’innovativa presenza di notevoli discipline concernenti i procedimenti amministrativi autorizzatori, dall’altra parte tacevano quanto ad ogni attendibile coordinamento e indirizzo circa gli obiettivi funzionali, nonché le finalità pubbliche, perseguibili dall’Amministrazione titolare dei pubblici poteri, senza che vi fosse neppure alcuna indicazione riguardo ai concreti standard minimi che si sarebbero dovuti mantenere per le crescenti emissioni industriali (tollerabili).

Né (per dirla tutta) si potrebbe oggi ammettere che i primi atti normativi sul così detto *permitting ambientale* potessero dirsi davvero contraddistinti da una disciplina attenta quanto alle condizioni del possesso dei requisiti “necessari” per l’esercizio delle diverse imprese economiche impattanti sull’ambiente, la cui esistenza veniva volta per volta rimessa alla discrezionalità degli organismi di regolazione.

¹ *Ex multis* si confrontino - nella proficua dialettica tra pur diversi approcci disciplinari - in particolare C. M. CIPOLLA, *Uomini, tecniche, economie*, Milano, Feltrinelli, 1966; H. J. HABAKKUK - M. POSTAN (a cura di), *Storia economica. La rivoluzione industriale e i suoi sviluppi*, Torino, Einaudi, 1974; S. PIERATELLI, *Rivoluzione industriale inglese e ambiente. Alle radici del pensiero verde*, Firenze, Editoriale Tosca, 1992; E. A. WRIGLEY, *La rivoluzione industriale in Inghilterra. Continuità, caso e cambiamento*, Bologna, Il Mulino, 1992; A. POSTIGLIONE, *Il Tribunale Internazionale dell’ambiente: storia di un’idea*, in *Rivista Penale dell’Economia*, n. 1/1993, pp. 29-40; L. VIOLINI, *La libera iniziativa economica: vecchie tematiche e nuovi valori*, in *Le Regioni*, n. 4/1994, pp. 1150-1172; R. MACRORY - N. ATKINSON, *Enigmatic centralism, government policy and environment in the U.K.*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 104/1994, pp. 93-116; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; S. NESPOR, *Diritto dell’ambiente e diritto allo sviluppo: le origini*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 1/2015, pp. 17-31; J. D. HUGHES, *What is Environmental History?*, Boston, Polity Press, 2015; M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente*, in *Il diritto dell’economia*, n. 2/2019, pp. 155-178; C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all’economia circolare*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2020, pp. 843-875.

² *Ex plurimis* si leggano le preziose ricostruzioni in D. HUGHES, *Environmental law*, London, Butterworths, 1986; M. GRANT, *Environmental assessment in the United Kingdom: implementation of the ec directive*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 4/1990, pp. 1102-1116; R. CHURCHILL, *International Environmental Law and the United Kingdom*, in *Journal of Law and Society*, n. 1/1991, pp. 155-173; R. MACRORY, *Environment standards in the United Kingdom*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 119-120/1998, pp. 113-136; R. MACRORY, *Applicazione della normativa ambientale e sanzioni nel Regno Unito*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 1/2008, pp. 45-60; B. CHRISTMAN, *A brief history of environmental law in the UK*, in *Environmental Scientist*, n. 4/2013, pp. 4-8; L. CARUCCIO, *La tutela dell’ambiente nel Regno Unito: la specialità di un diritto “insulare”*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017, pp. 61-68.

In tal senso, qualcosa iniziò a cambiare, al più tardi, solo nel 1973, quando cioè il Regno Unito entrò a far parte della Comunità Economica Europea³, poi evolutasi nella attuale Unione europea.

La normativa europea sull'ambiente ha infatti avuto i meriti di indirizzare progressivamente gli atti del Regno Unito verso obiettivi politici maggiormente performanti e soprattutto più chiari nella disciplina della materia ambientale, con regolamenti e direttive foriere di pregnanti disposizioni sull'effettiva determinazione degli standard di emissioni tollerabili, sulla necessità di raggiungere dei traguardi obbligatori, nonché sulla opportunità di considerare nuove tematiche al cuore della futura evoluzione ordinamentale, quali la gestione dei rifiuti, il trattamento dei prodotti chimici e la protezione dell'*habitat* naturale.

Senonché è dal 1973 in poi che la normativa europea è man mano divenuta vera e propria parte integrante della regolamentazione britannica in materia ambientale. Per fare un banalissimo esempio basterebbe ricordare che prima che la Gran Bretagna aderisse alla Comunità Economica Europea la regolamentazione britannica del nevralgico settore dell'acqua potabile si limitava a stabilire soltanto l'obbligo in capo al fornitore del servizio di "erogare acqua potabile", senza alcuna specificazione dei contenuti dell'analisi chimica dell'acqua.

Ed invece a partire dagli anni '80 del secolo scorso e dalla celebre direttiva sull'acqua potabile della Commissione europea (Direttiva 98/83/CE), norme più stringenti (e maggiormente chiare) sono state introdotte dall'UE e, poi, recepite dall'ordinamento britannico sulla necessaria composizione chimica ed organolettica dell'acqua potabile⁴.

Certo dinanzi alla legislazione ambientale UE, e all'avanzamento dell'integrazione europea, nonché al cospetto dei passi di una sua effettiva attuazione, non sono mancati governi del Regno Unito particolarmente insofferenti rispetto alla normativa UE, tacciata di essere sin

³ Risulta, qui, di estremo interesse rinviare alle preziose analisi ricostruttive offerte da F. E. NONIS, *L'Europa Occidentale alla ricerca della sua Unità. La Cooperazione Economica del Dopoguerra. Le Trattative per l'adesione del Regno Unito alla CEE e l'interruzione del Negoziato di Bruxelles*, Roma, Banco Di Santo Spirito, 1963; G. SARAGAT, *Discorso ai federalisti*, in *Italia Europa*, n. 3-4/1971, pp. 5-9; F. FIORELLI, *Linee di politica regionale in Europa*, in *Economia Pubblica*, n. 11-12/1977, pp. 459-465; M. E. MOAVERO, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli stati nella Comunità Economica Europea*, in *Rivista di Diritto industriale*, n. 4/1982, pp. 265-305; B. WEATHERILL, *Il Parlamento britannico e la Comunità europea*, in *Nuovi Studi Politici*, n. 2/1991, pp. 71-76; K.O. MORGAN (a cura di), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, Milano, Bompiani, 2007 (specialmente p. 497 ss.); D. GOWLAND - A. TURNER - A. WRIGHT, *Britain and European Integration since 1945. On the sidelines*, London - New York, Routledge, 2010; A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, il Mulino, 2013 (specialmente p. 155 ss.); C. MAMMARELLA - P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma - Bari, Laterza (specialmente p. 157 ss.); C. MARTINELLI, *L'isola e il Continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 1-43; J. O. FROSINI, *Il Primo Ministro che portò il Regno Unito in Europa*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pp. 961-982.

⁴ In particolare, per degli ulteriori approfondimenti, si leggano F. LETTERA, *Le acque destinate al consumo umano*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 3/1988, pp. 611-630; A. GRATANI, *Per un bicchiere di acqua potabile...*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 5/1993, pp. 677-680; M. MIGIARRA, *Note a margine del terzo Forum mondiale per l'acqua*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 3-4/2003, pp. 645-657.

troppo rigida ed oltre misura limitativa degli scopi politici sottesi alla sovranità britannica; questa si è in realtà adattata all'ordinamento UE soltanto grazie all'estesa portata applicativa degli elastici principi fondamentali di flessibilità e discrezionalità esercitata (e goduta) dalle decisioni britanniche, che in tal modo si sono avvalse, nel tempo, di principi permeabili quanto alle reali possibilità di “compromessi” tra gli obiettivi ambientali, da un lato, e le sensibili esigenze di produzione industriale, dall'altro.

La *Brexit* ha rappresentato, poi, il bivio tra un'opportunità e (se non proprio) una sfida, in più, per il coerente sviluppo a lungo termine della legislazione ambientale del Regno Unito⁵.

Eppure (nonostante tutto) dopo l'esaurimento del periodo di transizione (31 dicembre 2020) ad esito della *Brexit* la legislazione ambientale in vigore nell'UE in Gran Bretagna ha comunque continuato a operare grazie ad un peculiare sistema di *roll-over*⁶. Il che, naturalmente, è andato sviluppandosi al netto di un vero e proprio sconto di tutte le decisioni dell'Unione Europea successive al periodo di transizione, decisioni che non saranno (come è ovvio) più vincolanti per i Tribunali del Regno Unito. Ciò nonostante non sarebbe peregrino ammettere oggi che finanche negli Stati del Regno Unito la risalente normativa ambientale pur essendo sorta su profonde radici anglosassoni è gradualmente cresciuta lungo i binari del diritto dell'Unione Europea.

2. L'*Environment Agency*.

Per quanto attiene, nello specifico, alle autorizzazioni ambientali (*Environmental permit*), nel Regno Unito, si può oggi evidenziare la gravida presenza dell'importante ruolo “regolatorio” di una specifica Agenzia per l'Ambiente ossia l'*Environment Agency*, nata il 1° aprile del 1996, con sede a Bristol⁷.

⁵ Sul punto, senza delle pretese di esaustività nei richiami, appare utile rinviare agli approfonditi studi offerti in M. ALBERTON, *Le implicazioni della “Brexit” per il diritto ambientale britannico e dell'Unione europea*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/2017, pp. 355-369; C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; G. CARVALE, *Brexit e Costituzione britannica*, Napoli, Jovene, 2019; G. VOSA, *Lezioni dalla Brexit: come riportare Exit radicale nell'empireo dei concetti*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2021, pp. 387-400.

⁶ *Ex plurimis* si leggano le preziose analisi sviluppate in M. P. CHITI, *La Supreme Court e la Brexit: molto rumore per nulla?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2017, pp. 349-356; R. MACRORY, *Environmental law in the United Kingdom post Brexit*, in *ERA Forum*, n. 19/2019, pp.643-657; G. ANTHONY, *The Common Law, the Rule of Law and Brexit*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2020, pp. 162-181; G.. PODERATI, *Brexit: challenges and opportunities in the EUUK environmental law & policy framework*, in *CERIDAP, Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, n. 1/2021, pp. 76-112; J. HARRISON, *Continuity, Convergence and Change in Environmental Law and Governance in Scotland—an Assessment of Recent Developments and Future Directions*, in *Edinburgh Law Review*, n. 3/2021, pp. 315-341; A. GAMBLE, *Brexit ritorno alla realtà*, in *Limes*, n. 4/2021, pp. 249-252; M. LEE, *Brexit and the Environment Bill: The Future of Environmental Accountability*, in *Global Policy*, n. 2/2022, pp. 119-127; C. MARTINELLI, *La Brexit come «constitutional moment»*, in *Federalismi.it*, n. 10/2022, pp. 2-33.

⁷ L'Agenzia è stata istituita dall'*Environment Act* del 1995 ed è entrata in funzione il 1° aprile 1996.

Si tratta di una Agenzia riconducibile alla categoria degli Enti pubblici non dipartimentali (dunque una Autorità Indipendente⁸) cui è devoluta la responsabilità dell'esercizio di diversificate funzioni, seppur tra di loro connesse, che vanno dalla gestione (preventiva, simultanea e successiva) dei possibili eventi d'inondazione territoriale, passando per la regolazione delle attività d'inquinamento, per l'aria, il suolo e per l'acqua, fino a ricomprendere naturalmente ogni misura di tutela e di conservazione dei beni ambientali.

Infatti, l'espreso scopo posto in capo all'attività dell'Agenzia per l'Ambiente (*Environment Agency*) è quello di "proteggere e migliorare l'ambiente, inteso nel suo complesso", in modo da promuovere "l'obiettivo di raggiungere uno sviluppo sostenibile"⁹.

Del resto, l'attività amministrativa di tutela e valorizzazione dell'ambiente da parte dell'*Environment Agency* si articola nella peculiare protezione dell'ecosistema ambientale da tutte le eterogenee minacce derivabili da fattori umani come pure da cause di forza maggiore: per esempio tanto da inondazioni naturali, da un lato, quanto da ogni forma di possibile inquinamento dall'altro.

Le finalità pubblicistiche dell'Agenzia sono quelle di regolare tutte le attività comunque incidenti sulla reale tutela (e sull'effettiva valorizzazione) di un ambiente ricco, sano e diversificato sia per le generazioni presenti che per quelle future¹⁰.

Sul punto appare utile rinviare alle informazioni contenute nel *Memorandum by the Environment Agency*, consultabile online al sito istituzionale <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldconst/68/3110508.htm>.

⁸ Per approfondimenti sulla natura giuridica dell'*Environment Agency* si rimanda *ex multis* alle preziose considerazioni di D. HELM, *Environmental Regulation: The Environment Agency Proposal*, in *Fiscal Studies*, n. 2/1992, pp. 66-83; C. ABBOT, *Controlling environment agency discretion: a public law perspective*, in *Environmental Law and Management*, n. 6/2001, pp. 232-238; P. CAVALERI - G. DALLE VEDOVE - P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, Cedam, 2003; M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative. Origini e trasformazioni dell'idea di agenzia*, Lecce, Argo, 2004; R. MACRORY, *Applicazione della normativa ambientale e sanzioni nel Regno Unito*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 1/2008, pp. 45-60; S. ILLARI, *La tutela dell'ambiente dalla politica alle istituzioni*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 165-166/2009, pp. 7-28; R. MACRORY, *Environmental Courts and Tribunals in England and Wales - A tentative new dawn*, in *Journal of Court Innovation*, n. 3/2010, pp. 61-78; O. PEDERSEN, *Environmental justice in the UK: Uncertainty, ambiguity and the law*, in *Legal Studies*, n. 2/2011, pp. 279-304; E. D'ALTERIO, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2012, pp. 801-844; J. GOLD, *Court of Appeal examines limits of judicial authority*, in *UK Human Rights Blog*, 17 February 2022, reperibile al sito <https://ukhumanrightsblog.com/2022/02/17/court-of-appeal-examines-limits-of-judicial-authority/>.

⁹ V. *Environmental Act 1995*, sez. 4.

¹⁰ Può senz'altro essere di estrema utilità la lettura delle brillanti ricostruzioni di E. B. WEISS, *In fairness to future generations. International law, common patrimony and intergenerational equity*, Tokyo, The United Nations University, 1988; A. MAZZITELLI, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione. Il principio dello sviluppo sostenibile*, Cosenza, Editore Periferia, 1999; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'Euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2002; E. A. PAGE, *Climate change, justice and future generations*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2006; F. CERUTTI, *Le réchauffement de la planète et les générations futures*, in *Pouvoirs*, n. 127/2008, pp. 107-122; R. BIFULCO, *Diritti e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; F. CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2010; P.

L'*Environment Agency* gestisce segnatamente i seguenti servizi (prodromici rispetto al rilascio delle autorizzazioni ambientali a coloro che ne fanno richiesta): consulenze istruttorie per il rilascio dell'autorizzazione ambientale; decisione sulle richieste presentate da parte dei soggetti "interessati" a ottenere le autorizzazioni ambientali.

Sicché la così detta gestione regolatoria dell'*Environment Agency* comprende sia il momento anteriore alla richiesta autorizzatoria, con attività di consulenza per i privati che avanzino istanze di autorizzazione, sia la vera e propria fase di materiale ricezione e protocollazione delle richieste di autorizzazione, cui segue fisiologicamente la competenza all'avvio del procedimento e tutta la parte istruttoria relativa alle domande (compresa, pure, ogni eventuale richiesta di modifica integrativa della documentazione presentata dalle parti istanti oppure un eventuale "trasferimento" ad altra Autorità competente in relazione a domande erroneamente poste all'*Environment Agency*), sino naturalmente a ricomprendere il vero e proprio cuore del potere "decisionale" sulle richieste di autorizzazione ambientale ovvero (in ipotesi) la stessa materiale possibilità di un esercizio dei poteri di controllo e di materiale annullamento in autotutela delle autorizzazioni, già, rilasciate.

In tal senso, l'Agenzia si pone come il principale (ed unico) ente regolatore delle attività economiche potenzialmente inquinanti l'aria, l'acqua e la terra, secondo le risalenti indicazioni enucleate negli atti normativi inglesi.

Senonché se scavassimo ancora più a fondo ci si accorgerebbe che l'*Environment Agency* è competente al rilascio di tutta una nutrita serie (tipologica) di autorizzazioni ambientali, tra cui spicca, in particolare, l'ipotesi autorizzatoria dei grandi plessi industriali – in potenza, dannosi per l'ambiente – per cui formalmente vengono rilasciati dei "permessi" solo dopo il tecnico accertamento di una effettiva compatibilità con gli standard fissati per la tutela dell'ambiente.

MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Diritto e Società*, n. 2/2012, pp. 337-384; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012; M. DE CILLIS, *Diritto, economia e bioetica ambientale nel rapporto con le generazioni future*, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2016; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2020, pp. 242-272; M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2020; M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 1345-1369; G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *Diritto e Società*, n. 3/2020, pp. 427-475; R. BIFULCO, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di Diritto Pubblico europeo*, n. 2/2021, pp. 421-437; G. SOBRINO, *Le generazioni future "entrano" nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, pp. 139-142.

In Italia¹¹, come in diversi Stati membri dell'Unione Europea, si parla frequentemente di *permitting*, perché la basilare forma amministrativa di autorizzazione ambientale nel Regno Unito assume i connotati di un permesso, nonché, letteralmente, di un permettendo da parte dei pubblici poteri.

A tal proposito, peraltro, non si potrebbe neppure omettere di osservare che quanto ai tipici permessi sorti per licenziare le attività economiche coerenti con un ambiente salubre i regolamenti sulle autorizzazioni ambientali per l'Inghilterra e il Galles introdotti il 6 aprile 2010 hanno, proprio, sostituito quelli del 2007. La disciplina regolamentare del 2010 è stata altresì integrata, successivamente, dalle *Environmental Permitting (England and Wales) Regulations* del 2016. Da ultimo vi è stata pure la recentissima approvazione dell'*Environment Act 2021*, che fra le diverse novità introdotte si segnala per aver pertinentemente conservato e rafforzato i poteri già attribuiti all'*Environment Agency*¹².

In particolare i regolamenti del 2007 prevedevano una disciplina combinata sia sulla prevenzione e sul controllo dell'inquinamento (PPC), sia sulla licenza per la gestione dei rifiuti (WML). In questa prospettiva, deve evidenziarsi che i regolamenti del 2010 hanno oggettivamente sostituito in senso ampliativo la disciplina del 2007, aggiungendo a tutte le regole precedenti quelle sulle attività di scarico delle acque di superficie e delle acque sotterranee, il trattamento e il delicato smaltimento delle sostanze radioattive e, infine, la presenza supplementare di alcune disposizioni concernenti il basilare recepimento di una serie di direttive europee, tra le quali emerge – per importanza – la nota direttiva sui rifiuti minerari (2006/21/CE)¹³.

¹¹ *Ex plurimis* nella più recente giurisprudenza amministrativa italiana si confrontino - in particolare - TAR Liguria, Sez. Prima, sent. 31 gennaio 2022, n. 69, par. 4 del Considerato in Diritto; Consiglio di Stato, Sez. Quinta, sent. 15 novembre 2022, n. 10015, par. 3 del Considerato in Diritto.

¹² Per una minuziosa e puntuale consultazione dei contenuti dell'*Environment Act 2021* si rinvia al sito istituzionale <https://bills.parliament.uk/bills/2593/publications>.

¹³ La Direttiva 2006/21/CE, per l'esattezza, fu adottata (dal Consiglio e dal Parlamento europeo) in seguito a due gravi incidenti che comportarono la fuoriuscita pericolosa di alcuni rifiuti da estrazione. Pertanto l'obiettivo esplicito della citata Direttiva era prevenire e ridurre gli effetti negativi derivanti dalla gestione dei rifiuti sulla salute e l'ambiente. Ed è anche su questi presupposti che il termine di recepimento della Direttiva era stato fissato piuttosto celermente al 1° maggio 2008.

Per la verità nel periodo temporale di recepimento della Direttiva 2006/21/CE sembrava evidente che molti Paesi membri fossero attraversati da problemi e difficoltà: sia in oggettivi termini tempistici, sia in termini di qualità delle normative di recepimento.

Senonché mentre, da un lato, la formale adozione delle normative di recepimento (sebbene non perfettamente in linea con i tempi dettati dalla Direttiva) è comunque avvenuta da parte di tutti gli Stati membri, dall'altra parte, l'attuazione pratica e soprattutto l'effettiva esecuzione delle disposizioni europee sono rimaste (al contempo) alquanto problematiche, tanto è vero che, ad oggi, non sarebbe peregrino riconoscere che se la legislazione UE in materia di gestione dei rifiuti sembrerebbe ambire a livelli qualitativi più aderenti ai bisogni reali della complessità del diritto ambientale, non può altrettanto dirsi per i livelli di efficacia e di efficienza registrabile in tutta la l'UE circa le singole discipline normative degli Stati membri, che oltre tutto possono ancora variare notevolmente da uno Stato all'altro dell'Unione.

Come detto, ai regolamenti sulle autorizzazioni ambientali del 2010 è poi andato ad aggiungersi il tassello integrativo delle *Environmental Permitting Regulations* del 2016, che contengono in appendice un elenco minuziosamente dettagliato delle tipologie di attività e delle diverse forme di operazioni soggette all'obbligo di permesso ambientale.

L'*Environment Agency*, come Autorità indipendente per la regolazione ambientale, esercita altresì il potere – ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lett. e) del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) del Regno Unito – di elaborare, trattare, gestire e conservare i dati personali dei richiedenti i permessi ambientali.

I dati personali in concreto raccolti sono, nello specifico, tutti quelli che, ai sensi del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR), l'Agenzia ha il potere di esigere per la presentazione di una domanda di autorizzazione ambientale, per lo più dati comuni e di carattere para-sensibile¹⁴. In aggiunta, oltre ai dati personali, se la domanda per il permesso ambientale fosse presentata *online* sarebbe addirittura raccolto l'indirizzo IP del richiedente, un indirizzo, quest'ultimo, destinato ad essere conservato negli archivi dell'Agenzia e, comunque, cancellato solo dopo 90 giorni dalla presentazione della domanda di autorizzazione.

I dati personali forniti dai richiedenti sono conservati per sette anni dalla cessazione dell'autorizzazione a seconda della tipologia del permesso richiesto. Nell'unica ipotesi di richiesta di autorizzazione per un permesso a gestire una discarica i dati personali del soggetto istante verrebbero conservati per un periodo di tempo maggiore, pari a 10 anni della cessazione dell'attività. Naturalmente, il richiedente ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento e di ottenere la cancellazione dei dati forniti in sede di (così detta) pre-applicazione della domanda, fase antecedente a quella di iniziativa privata per l'avvio del procedimento e naturalmente alla stessa istruttoria della domanda.

I dati personali possono anche essere cancellati dal pubblico registro qualora il richiedente ritiri la sua domanda. Infine, la richiesta di cancellazione potrebbe essere presentata anche nell'ipotesi in cui le informazioni non fossero più rilevanti ai fini dell'azione pubblica

¹⁴ Sul polivalente valore, nonché sulla peculiare natura, dei cosiddetti dati para-sensibili si leggano E. PELLECCCHIA, *Trattamento di dati personali e indagini sulla solvibilità negli Stati Uniti: luci e ombre del Fair Credit Reporting Act*, in *Danno e responsabilità*, n. 7/2000, pp. 763-768; R. BORRUSO, *La tutela della riservatezza dei dati personali*, in *Informatica e Diritto*, n. 2/2006, pp. 7-30; D. SCARPA, *Valore industriale dell'informazione societaria nel mercato*, in *Rivista di Diritto industriale*, n. 2/2015, pp. 71-113; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona*, in *Rivista di Diritto internazionale*, n. 3/2016, pp. 690-724; R. MOTRONI, *Dati personali, rapporti economici e mercati finanziari*, Cacucci, 2017; F. CORRADO - A. STAZI, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2019, pp. 443-487; V. DE PRISCO, *Dati comuni, sensibili e "parasensibili"*, 21 agosto 2019, consultabile online su <https://www.cacampania.com/dati-comuni-sensibili-e-parasensibili/>. Sul trattamento dei dati finanziari all'interno dello spazio europolitano si confronti il *Manuale sul Diritto europeo in materia di protezione dei dati*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, 2018, p. 383 ss.

contemplata dai citati regolamenti sulle autorizzazioni ambientali ovverosia in materia del (risalente) *permitting ambientale*.

Quanto appena descritto potrà sembrare assolutamente alieno rispetto al “classico” esercizio dei poteri autorizzatori in materia ambientale. Ed invece, all’opposto, l’istituto del trattamento dei dati personali si è nel tempo configurato come un importante strumento conoscitivo per l’Agenzia per l’Ambiente quanto agli elementi di valutazione, nonché di gestione, preventiva del possibile impatto ambientale di ogni concreta (e diversificata) attività economica richiedente le autorizzazioni. Il che può comprendersi soprattutto alla luce di alcuni specifici e fondamentali dati di carattere para-sensibile, raffiguranti cioè il preciso volume economico e l’esatta dimensione industriale delle attività oggetto di richiesta autorizzatoria.

3. Il *permitting ambientale* britannico alla luce del servizio di consulenza (preliminare) dell’Agenzia per l’Ambiente.

Per un’utile ricostruzione del procedimento del *permitting ambientale* britannico occorrerebbe, anzi tutto, evidenziare che prima ancora di una formale presentazione della domanda autorizzatoria il soggetto richiedente vanterebbe la preziosa possibilità di attivare (senza nessuna spesa) un servizio di consulenza (a monte, ovvero nella fase di pre-applicazione) erogato dall’Agenzia per l’Ambiente, quale particolare servizio tipicamente funzionale a permettere a tutti i privati di ottenere la chiara prospettazione del quadro di base, con l’annessa cornice amministrativa di ogni adeguata misura per il rilascio delle autorizzazioni oggetto di consulenza che, in sostanza, finisce per atteggiarsi come una preliminare fase di istruttoria procedimentale, pienamente utile tanto al soggetto privato (istante), quanto alla stessa Agenzia (di regolazione).

Del resto, il servizio di consulenza dell’Agenzia per l’Ambiente assurge quale strumento prezioso per i soggetti istanti, che potranno comprendere in via preliminare i vari elementi necessari al rilascio dei permessi ambientali del caso di specie, al contempo, trattandosi di un istituto oggettivamente strumentale anche alla stessa attività dell’Agenzia per l’Ambiente, che dalla consulenza erogata non potrà che trarre l’occasione di acquisire la conoscenza di informazioni essenziali in merito alle differenti condizioni di fatto caratterizzanti le attività di impresa del richiedente, quanto soprattutto ad ogni possibile impatto negativo sulla conservazione di quell’*habitat* naturale in cui l’attività oggetto di domanda chiede di essere svolta¹⁵.

¹⁵ Per dei preziosi spunti di comparazione si confrontino, *ex multis*, E. PEGGIO, *L’impresa tra la programmazione e il mercato*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2/1977, pp. 224-230; P. MENGOZZI, *Common Heritage of Mankind and Exclusive Economic Zone*, in *Italian Yearbook Intern Law*, vol. 5/1983, pp. 65-84; G. ALPA, *Sociologia del contratto: nuove idee, vecchi schemi*, in *Società e Diritto*, n. 2/1984, pp. 7-26; O. NUCCIO, *Epistemologia economica: il ruolo dei concetti di “natura” e di “diritto naturale” nella genesi dell’economia politica*, in *Rivista di Politica Economica*, n. 7/1986, pp. 947-1026; P. PADOIN, *La politica dell’ambiente della*

Senonché il preliminare servizio di consulenza, gratuitamente erogato dall’Agenzia per l’Ambiente, riguarda in maniera particolare: la tipologia di permesso di cui il richiedente necessita (a seconda che si tratti, ad esempio, di un permesso *standard* o di un permesso *ad hoc*, ossia su misura); la modulistica specifica da utilizzare per avanzare la domanda di permesso ambientale; l’imposta da pagare per il rilascio del permesso ambientale; l’individuazione delle specifiche regole “conformative” dell’attività per cui il richiedente procede alla domanda, unitamente agli obiettivi criteri di verifica dell’esatta rispondenza tra l’attività oggetto di autorizzazione e le regole puntuali richieste per lo svolgimento dell’attività autorizzata; la disciplina della valutazione del rischio ambientale dell’attività economica oggetto di domanda; l’indicazione degli adempimenti amministrativi che l’Agenzia per l’Ambiente è tenuta ad espletare nell’ambito delle fasi procedurali di valutazione della domanda di autorizzazione, funzionale ad ottenere il permesso.

Accanto a tutto ciò l’Agenzia per l’Ambiente fornisce altresì consulenze più avanzate in relazione a richieste di autorizzazione maggiormente complesse e che come tali presuppongono valutazioni più approfondite da parte dell’Agenzia, che in queste situazioni fornisce consulenze a titolo oneroso su modelli di autorizzazione per attività industriali complesse; preparazione di valutazioni del rischio (*ad hoc*); tracciamento parallelo per permessi complessi, con l’applicazione della loro esatta pianificazione; valutazione specifica delle sostanze oggetto di esercizio dell’attività industrialmente complessa; focalizzazione dei requisiti e criteri di monitoraggio dell’attività economica, poi, eventualmente autorizzata; analisi delle domande “complesse” e relativi costi di applicazione; piani di preciso coinvolgimento pubblico/privato per le applicazioni industriali di grande interesse pubblico; elaborazione degli specifici requisiti che andrebbero soddisfatti per la realizzazione di determinati progetti infrastrutturali significativi a livello nazionale.

Quanto all’effettivo peso dei costi sottesi ad una consulenza a titolo oneroso, per i casi autorizzatori maggiormente complessi, v’è da puntualizzare come in capo al privato richiedente permanga, comunque, la concreta possibilità di una scelta, garantita dalla stessa *Environment Agency*, che prima ancora di andare ad istruire una qualsiasi domanda di consulenza complessa suole comunicare con tempestività al richiedente privato un preventivo scritto e completo dell’elenco degli adempimenti che sarebbero necessari, con l’indicazione dei relativi costi e il termine entro il quale verrebbero addebitati al richiedente.

Comunità Economica Europea, in *Nuova Rassegna di Legislazione e Dottrina Giuridica*, n. 22/1988, pp. 2409-2419; N. AICARDI, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi delle discipline territoriali differenziate*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 2/1999, pp. 171-210; L. BUSCEMA, *La bonifica dei siti contaminati e l’effettività dei principi di precauzione, prevenzione, tutela del diritto alla salute, solidarietà e responsabilità*, in *GiustAmm.*, n. 2/2013, pp. 1-64; F. OTTOMBRINO, *Paradigmi di contratto ad impatto ambientale. Prime riflessioni*, in *Il Foro napoletano*, n. 2/2020, pp. 389-413.

Va da sé che nel caso in cui il richiedente integrasse la domanda con elementi informativi nuovi per l'Agencia per l'Ambiente quest'ultima sarebbe costretta a rivedere la stima degli effettivi costi della consulenza di tipologia complessa.

In tutto ciò, apparirà ovvio quand'anche addirittura pleonastico sottolineare che prima di domandare il servizio di consulenza all'*Environment Agency* il richiedente (sulla scorta di un comune principio di buona fede nonché di leale collaborazione¹⁶) è assolutamente tenuto a verificare se in concreto l'attività economica oggetto dell'istanza necessita davvero di un permesso ambientale; in capo a chiunque fosse interessato a richiedere un permesso ambientale incomberà perciò sempre l'onere di una diligente consultazione del contenuto delle linee guida sulle autorizzazioni ambientali indicate – con estrema chiarezza semantica e nitida trasparenza – sul sito istituzionale dell'Agencia per l'Ambiente¹⁷.

Fra l'altro, per procedere alla materiale presentazione delle domande per l'autorizzazione a svolgere attività regolate da un permesso ambientale sarà sempre necessario per il soggetto istante la chiara indicazione nel modulo di presentazione di una serie di elementi informativi, tra i quali tutti i dati personali e aziendali, compreso pure l'indirizzo del sito *internet* se l'azienda ne

¹⁶ Sul punto, nell'ambito di una letteratura sterminata, si rinvia senza ambizioni di esaustività alle pregevoli ricostruzioni di: M. BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equity*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, n. 2/1973, pp. 426-475; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 6/1984, pp. 709-754; T. TESSARO, *Appunti sulla crisi del principio di legalità e del sistema di gerarchia delle fonti: la situazione italiana in rapporto agli ordinamenti sovranazionali e federali*, in *L'Amministrazione Italiana*, n. 1/1996, p. 23-34; G. ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 3/2000, pp. 483-497; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 6/2001, pp. 703-763; M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2002; A. DE VITA, *Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 3/2003, pp. 251-270; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007; R. ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e Impresa. Europa*, n. 1/2009, pp. 101-143; G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto comune europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2011, pp. 203-235; F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, in *Contratto e Impresa. Europa*, n. 2/2013, pp. 632-647; G. ALPA, *I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giustizia Civile*, n. 2/2014, pp. 325-337; J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il "civil lawyer"*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2017, pp. 819-839; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018 (in specie p. 46 ss.).

¹⁷ Si veda - per approfondimenti - A. NEWMAN, *Open Data & Transparency... How do you make it happen?*, 23 March 2015, consultabile online su <https://defradigital.blog.gov.uk/2015/03/23/open-data-transparency-how-do-you-make-it-happen/>.

Sul punto si leggano, altresì, le analisi di S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Il Foro italiano*, n. 1/1993, pp. 27-33; R. MACRORY, *Environment standards in the United Kingdom*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 119-120/1998, pp. 113-136; F. GIULIANI, *Equo accesso alle informazioni e duty of care nei prospetti informativi*, in *Contratto e Impresa. Europa*, n. 1/2005, pp. 271-333; T. AGNOLONI, *Linked Open Data nel dominio giuridico*, in *Informatica e Diritto*, n. 1-2/2011, pp. 411-430; C. TULLO, *L'accesso online alla legislazione del Regno Unito: profili strategici e organizzativi*, in *Informatica e Diritto*, n. 2/2012, pp. 137-154; G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2015, pp. 611-640.

è fornita, il riferimento del *National Grid* (a 12 cifre¹⁸) per l'individuazione precisa del sito territoriale per il quale si richiede il permesso ambientale ovvero sia per l'esatta individuazione dei luoghi dove si chiedesse di scaricare sostanze potenzialmente nocive per l'ambiente, fino all'indicazione di tutti i particolari relativi al pagamento che in concreto si rendesse necessario per una consulenza avanzata e "complessa" dell'Agenzia per l'Ambiente. Più nel dettaglio, se l'istanza di autorizzazione ambientale avesse ad oggetto lo scarico di sostanze in acque reflue il richiedente dovrebbe, segnatamente, indicare nella domanda le puntuali sostanze che si vorrebbero scaricare, insieme alla tipologia del trattamento di depurazione di cui si disporrebbe e con allegazione delle caratteristiche dell'impianto di depurazione, al fine di soddisfare gli standard britannici pertinenti e del tutto necessari a tutelare le risorse ambientali, pur a fronte dell'inevitabile bilanciamento con attività economiche di scarico in acque superficiali (quali fiumi, torrenti, laghi, canali, acque costiere) o nel terreno.

Nell'alveo del bilanciamento tra essenziale tutela dell'ambiente e garanzia dell'indispensabile libertà di iniziativa economica, nonché del ricollegabile sviluppo del territorio (quale terminale di insistenti interessi paralleli e differenziati¹⁹) assume una importanza nevralgica il concreto volume dello spazio ambientale in cui viene a scaricarsi l'attività oggetto di autorizzazione.

Sicché se, in concretezza, gli scarichi di un'attività venissero ad essere liberati su terreni sarebbe senz'altro necessaria l'indicazione tecnica (ancorché agevolmente ricostruibile)

¹⁸ Per verificare il *Grid* si deve far riferimento all'UK *Grid Reference Finder*. In particolare si rimanda alla consultazione dei contenuti reperibili online su <https://gridreferencefinder.com/>.

¹⁹ Appare significativo rinviare alle riflessioni in U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Archivio di Diritto Pubblico e dell'Amministrazione italiana*, n. 6/1902, pp. 360-389; M. MANETTI, voce *Territorio*. I) *Territorio dello Stato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 1985, pp. 1-13; A. ROMANO, *La lotta agli inquinanti: note di legislazione regionale*, in *Foro Amministrativo*, n. 6/1975, pp. 393-403; V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985; N. GRECO, *Territorio, difesa del suolo, beni ambientali, ambiente*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 80/1988, pp. 5-40; V. CAIANIELLO, *Il cittadino e le trasformazioni dello Stato*, in *Diritto e Società*, n. 4/1990, pp. 655-675; P. CIARLO, *Il territorio immaginario*, in *Le Regioni*, n. 4/1995, pp. 661-688; S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2003, pp. 115-128 (specialmente p. 125 ss.); A. PREDIERI, *La curva e il diritto. La linearità del potere, l'eversione barocca*, Milano, Il Saggiatore, 2003; G. L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, (specialmente p. 6 ss.); T. BONETTI, *Il diritto del «governo del territorio» in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2015, pp. 51-120; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, il Mulino, 2016; L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, pp. 1-53; G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, pp. 1-58; N. CAPONE, *Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento. I contributi di Santi Romano e Tomaso Perassi e la svolta costituzionale di Alberto Predieri*, in *Politica del Diritto*, n. 1/2021, pp. 113-146; L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2021, pp. 551-582; C. NAPOLI, *Territorio, globalizzazione, spazi virtuali*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, pp. 192-221; M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino, Giappichelli, 2021.

dell'estensione, e del volume del territorio interessato. Mentre, all'opposto, molto più complesso sarebbe per gli scarichi in acque superficiali, laddove si dovrebbe quanto meno poter essere capaci di indicare le oggettive caratteristiche del corso d'acqua interessato, specificando se ad un esempio lo scarico fosse in ipotesi incidente su un corso destinato ad asciugarsi in qualsiasi momento dell'anno, oppure se fosse suscettibile di presentare dei collegamenti fisici con altri, specie con il mare.

Da qui, possono peraltro soltanto intuirsi le enormi difficoltà tecniche nell'attività amministrativa di regolazione dello svolgimento di imprese economiche produttive di potenziali scarichi inquinanti, soprattutto se lo scarico inquinante venisse ad incidere per esempio sull'aria²⁰.

Ovviamente il servizio di consulenza erogato, in fase di pre-applicazione, dall'*Environment Agency*, pur prezioso, non potrebbe assistere con proficuità il soggetto richiedente qualora le informazioni indicate nell'istanza fossero vaghe. È solo quando l'istante non riuscisse a fornire informazioni sufficientemente precise che l'unico modo per evitare i problemi di una sostanziale carenza documentale (circa i dati necessari a poter ottenere consulenze preliminari da parte dell'Agenzia per l'Ambiente) sarebbe, allora, il residuale ricorso ad una consultazione preventiva con un tecnico di fiducia, un ingegnere, un biologo, un geologo o – più in generale – con quella peculiare tipologia di esperto specializzato nel ricostruire gli elementi indispensabili per poter presentare all'Agenzia i dati utili per accedere al servizio di consulenza preliminare, erogato dall'*Environment Agency*, quale tipo di pubblico servizio a propria volta capace di offrire (prima del procedimento) il giusto grado di precisione chiarificatrice della tangibile fattispecie oggetto della domanda autorizzatoria.

4. Le *Environmental Permitting Regulations*.

Se volessimo ora provare a sintetizzare al massimo i contenuti della vigente disciplina contemplata nelle *Environmental Permitting Regulations*, del 2016, si potrebbe condensarne gli elementi giuridici in un'unica e semplicissima ricostruzione (di primo acchito dal probabile sapore apodittico, sebbene ricognizione dotata di una intuibile comprensione logica e

²⁰ Si confrontino, in particolare, F. TURANO, *Attuali problemi dell'inquinamento dell'acqua e dell'aria e loro soluzione giuridica*, in *Rassegna di Diritto e tecnica dell'alimentazione*, n. 5-6/1971, pp. 321-324; R. KIEFE, *La defense de la santé publique contre la pollution des eaux et de l'air*, in *Rassegna di Diritto e tecnica dell'alimentazione*, n. 5-6/1971, pp. 325-333; G. ENDRICI, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2004, pp. 273-315; A. SCARCELLA, *Impianti di incenerimento dei rifiuti sotto controllo*, in *Guida al Diritto*, n. 7/2010, pp. 39-50; A. LALLI, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico-istituzionale*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 195-196/2017, pp. 39-82; A. GRATANI, *Inquinamento "aria" e quote ETS. Gli obiettivi UE e gli ostacoli per raggiungerli*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/2018, pp. 325-335; M. GRANIERI - M. VOLTA, *"Something in the air". Per un approccio integrato alla regolazione della qualità dell'aria in Italia e in Europa*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/2020, pp. 163-194.

normativa); nell'ordinamento britannico, infatti, in qualsivoglia fattispecie in cui un soggetto programmi l'esercizio di attività economiche *ex se* capaci di nuocere alla salubrità delle componenti ecosistemiche (dell'aria, dell'acqua nonché della terra) sussisterà, sempre, la necessità del rilascio di ogni pertinente provvedimento autorizzatorio da parte della *Environment Agency*, quale autorità regolatoria, competente a valutare e prescrivere le idonee, adeguate e proporzionate misure amministrative contenitive ovvero, a seconda del caso, inibitorie. La stessa cosa naturalmente vale per tutte quelle attività economiche in sé suscettibili di aumentare il concreto rischio di alluvioni oppure capaci di influire negativamente sul sensibile drenaggio dei terreni; pure in queste fattispecie sarà necessaria una preventiva forma di opportuna regolazione da parte del pubblico potere.

Nello specifico il rilascio di un permesso da parte dell'*Environment Agency* (ovverosia dell'Agenzia per l'Ambiente) è dettagliatamente prescritto per il compimento della seguente serie di attività, quali produzioni industriali diffuse di sostanze potenzialmente nocive (come ben potrebbero essere ad esempio le attività di una discarica o una fabbrica alimentare, ma anche i lavori di un mobilificio, di una tintoria oppure di una stazione di servizio per automobili); operazioni di smaltimento rifiuti, specialmente qualora comprendessero l'utilizzo ed il materiale sfruttamento di un determinato sito ambientale in cui i rifiuti verrebbero riciclati, immagazzinati, trattati e/o smaltiti; attività di estrazione mineraria, soprattutto, qualora coinvolgessero, di conseguenza, operazioni di gestione e smaltimento di rifiuti prodotti da cave, miniere o torbiere; ogni genere di attività che utilizzi impianti di combustione dalle medie (a maggior ragione grandi) dimensioni ovvero attività che utilizzino dei generatori; operazioni di incenerimento dei rifiuti, *ex se*, comprensive di attività delicatissime, specialmente quanto al luogo specifico in cui i rifiuti sarebbero destinati ad essere inceneriti ed alla tipologia dei rifiuti da dover incenerire; attività che utilizzino particolari impianti mobili (si pensi, per un esempio, alle operazioni svolte tramite macchinari spostati in un sito per pulire e bonificare un terreno contaminato); attività produttive di emissioni di solventi che poi verrebbero ad essere rilasciati (direttamente od indirettamente) nell'aria.

È inoltre necessario un particolare tipo di permesso ambientale *ad hoc* per chi volesse esercitare una delle seguenti attività: operazioni di scarichi dell'acqua comportanti il rilascio di un qualsiasi genere di liquidi inquinanti, per i terreni o per le acque superficiali (come fiumi o torrenti); svolgimento di attività potenzialmente incidenti sulle acque sotterranee o, comunque, implicanti il rilascio di liquidi inquinanti – direttamente o indirettamente – nell'acqua sotterranea.

D'altro canto, da quanto tratteggiato sinora, appare pressoché intuibile evidenziare che anche per lo svolgimento di attività che in sé prevedessero l'utilizzo di qualsivoglia sostanza radioattiva sarebbe sempre necessaria una autorizzazione ambientale.

Fra l'altro, pure nelle ipotesi di esercizio di attività capaci di comportare rischi di alluvione dovrebbe essere comunque necessario un permesso ambientale, segnatamente, o nell'ipotesi in cui si svolgessero dei lavori in superficie, sotto, sopra o vicino ad un corso d'acqua principale, o nel caso in cui si realizzassero lavori sopra o vicino ad un'opera a difesa dalle inondazioni di un corso d'acqua principale; ovvero qualora si svolgessero particolari attività nella pianura alluvionale di un fiume principale; oppure nel caso di attività lavorative sopra o vicino a un'opera di difesa marittima.

Dai permessi poi vanno, comunque, distinte le fattispecie riconducibili alle esenzioni.

Esistono infatti attività a ridotto impatto ambientale che perciò possono essere oggetto di esenzioni: formalmente rilasciate ad esito di una comunicazione, da parte del soggetto interessato, seguita da un procedimento di verifica sostanziale del possesso dei presupposti per l'esenzione e dal relativo perfezionamento di una forma di registrazione amministrativa *sub specie*, un provvedimento di esenzione da parte dell'Agenzia dell'Ambiente.

Peraltro, giova ricordare che, a differenza dei permessi ambientali, la maggior parte delle esenzioni non recano alcun costo per il beneficiario dell'esenzione (ossia per l'esentato).

Il formale rilascio dei permessi ambientali invece possiede, comunque, dei costi variabili a seconda della duplice tipologia possibile di permesso, ossia i permessi standard e i permessi su misura, ossia *ad hoc*.

I permessi standard regolano una serie di attività tra loro strutturalmente accomunabili quanto a capacità di impatto ambientale, di talché questa tipologia di permessi possiede dei seppur minimi costi fissi. I permessi su misura disciplinano peculiari e particolarissime attività economiche, non paragonabili cioè alla media delle attività sottese ad i permessi standard, sicché l'ottenimento di un permesso *ad hoc*, ovverosia su misura, richiede una tempistica più lunga per il rilascio da parte dell'Agenzia dell'Ambiente ed è anche per questo che reca costi mutevoli²¹ ed in ogni caso ben più onerosi rispetto alle spese di un procedimento per il rilascio dei permessi standard. Ciò varia sempre in funzione della tipologia di attività, concretamente, oggetto della domanda di autorizzazione ambientale nonché di permesso, parametrato in relazione precisa alle valutazioni dei rischi per l'ambiente ed al potenziale impatto derivabile dall'esercizio dell'attività economica.

²¹ Di utilità possono essere, fra l'altro, le pregevoli ricostruzioni di G. MOCAVINI, *La proposta e la contrattazione delle misure compensative nel modello di public inquiry del Regno Unito*, in G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso. Il ruolo delle compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 140 ss.

5. La valutazione dei rischi.

Come funziona la valutazione dei rischi ambientali nell'ordinamento in cui è originariamente nato il *permitting ambientale*?

Nell'alveo dell'ordinamento britannico, in caso di richiesta relativa a permessi ambientali *standard*, l'istante non sarebbe obbligato a realizzare una materiale valutazione tecnica dei rischi dell'attività per cui domanda autorizzazione; ciò varrebbe almeno nella misura in cui gli elementi tecnici rappresentati con diligenza nell'istanza si dimostrassero capaci di soddisfare tutti i requisiti fissati a monte della disciplina regolatoria dell'*Environment Agency*, muovendosi, dunque, nella prospettiva di una massima ed effettiva regolazione in chiave semplificatoria.

A tal fine, l'Agenzia per l'Ambiente si è infatti preoccupata di provvedere ad effettuare l'elaborazione tecnica a monte (in un tipico atto amministrativo generale²²) dei procedimenti interessati dalle valutazioni dei rischi sottesi alle (diverse) tipologie di attività riconducibili ai permessi *standard*: giusto quanto contemplato e, in specie, dettagliatamente disciplinato dalle *Environmental Permitting Regulations*. Tant'è vero che già la disciplina normativa delle *Environmental Permitting Regulations* del 2016 individua i fattori dei potenziali rischi delle attività oggetto di un permesso *standard* e ne indica parallelamente le possibili modalità di gestione di quei rischi.

Senonché quanto alla valutazione dei rischi nell'ordinamento britannico esiste una puntualissima e dettagliata regolazione tipologica dei permessi *standard* per le attività economiche, tale per cui il richiedente un'autorizzazione ambientale in sé riconducibile ad un permesso *standard* dovrebbe limitarsi ad indicare nella propria domanda di aver compreso la valutazione del rischio generico per la tipologia del permesso che sta ricercando, in modo da riuscire cioè a dimostrare una diligente presa d'atto (e l'assimilazione) dei potenziali rischi tipologicamente oggetto della preliminare valutazione tecnica effettuata a monte dall'Agenzia per l'Ambiente. In tal senso, i richiedenti i permessi *standard* dovrebbero limitarsi a dare la prova pratica e metodologica di una consapevolezza di possedere i mezzi per gestire, nella maniera più efficace, i tipici rischi che l'*Environment Agency* ha, già, valutato attraverso la classificazione specifica delle tipologie dei permessi *standard* rilasciabili. Ciò sempre secondo la

²² In tema di atti amministrativi generali si confrontino, senza pretese di esaustività nel rinvio: A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, n. 10/1954, pp. 217-224; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; E. MAROTTA, *Atti amministrativi generali e normatività*, Napoli, Arte tipografica, 2006; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2013, pp. 53-115; B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2-3/2015, pp. 389-432; S. PANIZZA (a cura di), *La qualità degli atti normativi e amministrativi*, Pisa, Pisa University Press, 2016.

solida base giuridica di una puntualissima e dettagliata disciplina normativa, come è quella consacrata nelle *Environmental Permitting Regulations* del 2016.

All'opposto, per la richiesta dei permessi su misura, ovverosia *ad hoc*, è necessario che l'istante effettui sempre una asseverata valutazione del rischio specifico dell'attività economica per cui sta domandando il permesso.

Un caso a sé si verificherebbe quando un soggetto privato richiedesse un permesso su misura che però fosse riconducibile ad una attività già in parte autorizzabile in base al precedente rilascio di un permesso standard; in questi casi l'istante sarebbe comunque tenuto ad espletare una valutazione del rischio per la parte non coperta dalle valutazioni del generico rischio del permesso standard.

Esclusi dunque i casi sottesi ai così detti permessi *standard*, il richiedente un permesso su misura dovrebbe sempre allegare alla propria domanda la asseverata valutazione del rischio specifico dell'attività economica oggetto di domanda autorizzatoria.

Per i permessi ambientali su misura, l'apparato organizzativo dell'Agenzia per l'Ambiente potrà in ogni caso effettuare una complementare valutazione del rischio dell'attività economica: se il richiedente è un imprenditore agricolo esercente attività di scarico concernenti determinate sostanze potenzialmente nocive per l'habitat naturale del terreno; se l'attività del richiedente scarichi sostanze potenzialmente nocive in acque reflue domestiche od anche in superfici territoriali (in questi casi gli scarichi dovranno essere sempre compresi entro precisi limiti di volumi dello scarico e nello stesso tempo entro i limiti di sostenibilità ambientale del sito coinvolto dallo scarico).

Posto tutto ciò, l'Agenzia per l'Ambiente è comunque competente ad eseguire d'ufficio²³ tutte le valutazioni del rischio ambientale riconducibili all'ambito di espletamento delle seguenti attività economiche: per attività richiedenti un permesso di scarico, per l'esattezza, corrispondente a meno di 15 metri cubi di acque reflue "trattate" e scaricate a terra; per attività richiedenti un permesso di scarico di acque reflue trattate (o un permesso di scarichi commerciali²⁴) in un fiume; per attività richiedenti un permesso di scarico corrispondente, per l'esattezza, a meno di 2 metri cubi di acque reflue trattate e poi scaricate a terra, in una zona oggetto di tutela (e di protezione) delle acque sotterranee (SPZ1)²⁵.

²³ Quindi a prescindere dalla astratta tipologia del permesso.

²⁴ Gli scarichi commerciali possono ricomprendere, per l'esattezza, quei tipi di evacuazioni costituenti un *mix* tra effluenti commerciali in senso stretto e, più in generale, acque reflue provenienti da scarichi domestici: questi ultimi, infatti, strutturalmente vengono comunque a poter condividere un impianto di trattamento (e lo stesso punto di monitoraggio) di uno scarico commerciale.

²⁵ SPZ1 è segnatamente un acronimo indicante una zona di protezione delle acque sotterranee. Per approfondimenti si consulti quanto contenuto nel sito istituzionale <https://www.gov.uk/guidance/groundwater-source-protection-zones-spzs>.

6. I poteri di controllo dell’Agenzia per l’Ambiente.

L’Agenzia per l’Ambiente è – *ratione materiae* – “titolare” dell’esercizio di un potere amministrativo inesauribile che, facendo il paio con i comuni canoni di una buona e sana amministrazione pubblica, costituiscono il sostanziale presupposto per l’espletamento di una nevralgica funzione di “controllo” da parte dell’*Environment Agency*, incentrata su di un’attenta attività di revisione e di riesame dei permessi già rilasciati; l’obiettivo è la verifica che siano stati validamente posti in essere, nonché l’accertamento che siano correttamente applicati oltre al controllo della stretta osservanza da parte dei soggetti autorizzati.

L’*Environment Agency*, a tal proposito, può procedere ad effettuare delle operazioni valutative di controllo, a tavolino, per verificare che il soggetto beneficiario di un permesso stia rispettando tutti i parametri richiesti per l’autorizzazione ad esercitare l’attività oggetto del permesso stesso.

Sul punto l’Agenzia per l’Ambiente potrebbe verificare, per esempio, che il soggetto beneficiario del permesso stia effettivamente inviando, con regolare sistematicità, tutte le informazioni richieste per il permanere dei presupposti del permesso.

L’*Environment Agency* potrebbe anche inviare i suoi funzionari sul sito territoriale interessato da un permesso ambientale per una specifica ispezione dello *status* di conservazione dell’*habitat* naturale in cui si esercita l’attività economica autorizzata oppure effettuare dei materiali controlli ed esami tramite operazioni di campionamento dell’attività di scarico dell’acqua consentita o di attività di scarico incidenti sulle acque sotterranee.

Generalmente, le ispezioni compiute dall’Agenzia per l’Ambiente sono, rigorosamente, pianificate e protagoniste di un’attenta programmazione; tuttavia non è escluso che in particolari casi si effettuino delle mirate attività ispettive, realizzate anche senza alcun tipo di preavviso per il beneficiario di un permesso ambientale.

Inoltre (nel quadro di una cooperazione istituzionale ed amministrativa) l’Agenzia per l’Ambiente collabora con tutta una serie di enti pubblici aventi competenze pressoché liminari, come accade per i numerosi casi di rapporti maturati con i soggetti amministrativi riconducibili all’apparato organizzativo del *Dipartimento per l’Ambiente, il Cibo e gli Affari rurali*, quale amministrazione governativa meglio conosciuta con l’acronimo *DEFRA* (che sta per *Department for Environment Food & Rural Affairs*) ed all’interno della quale giova segnalare la presenza delle competenze esercitate dall’Agenzia di pagamenti rurali, dall’Agenzia per la salute degli animali e delle piante, unitamente alle attività realizzate dal Centro per la scienza dell’ambiente, della pesca e dell’acquacoltura.

L’obiettivo dello sviluppo di questa leale collaborazione istituzionale e amministrativa è mantenere alto il livello della tutela ambientale dei siti territoriali nonché delle risorse

ecosistemiche coinvolte da un permesso, anche tramite lo sviluppo di una coordinata forma di attività ispettiva nei siti in cui si esercitano le attività autorizzate da un permesso.

Segnatamente costituiscono una piena estrinsecazione delle attività valutative per potenziali riesami ovvero di ispezioni per possibili revisioni dell'*Environment Agency* sui propri permessi ambientali tutte le operazioni di controllo sui rifiuti, sugli impianti industriali, sulle attività complesse a rischio di alluvione, come pure sugli scarichi idrici complessi o sulle attività incidenti sulle acque sotterranee e sui grandi impianti di trattamento delle acque reflue.

Peraltro, sono protagonisti di una costante ed automatica attività di ispezione i vari siti che si sono nel tempo caratterizzati per essersi trasformati in luoghi di incidenti ambientali ovvero in luoghi sfortunatamente alluvionati oppure che siano stati oggetto di un reclamo o di segnalazioni per attività inquinanti.

Nel dettaglio, qualora il personale dell'Agenzia per l'Ambiente effettuasse delle operazioni di controllo valutativo o delle ispezioni revisionanti si imporrebbe sempre come necessaria (anche in un'ottica di garanzia per il soggetto ispezionato) la compilazione tecnica di uno specifico rapporto di valutazione della conformità dello stato dei luoghi esistenti rispetto alle originarie condizioni per il rilascio del permesso: il riferimento cade sul *Compliance Assessment Report* (in sigla, *CAR*), documento funzionalizzato ad accertare la permanente coerenza tecnica tra le originarie prescrizioni amministrative per il rilascio del permesso e le successive misure concretamente adottate dall'attività autorizzata per il rispetto delle prescrizioni ambientali.

Va da sé che all'esito di una ispezione sarà, sempre, necessario il rilascio di una copia del rapporto tecnico al titolare del permesso ambientale.

Se, ad epilogo dell'esercizio dei poteri di controllo da parte dell'*Environment Agency*, fossero rilevate delle minime irregolarità sui permessi, allora, il rapporto di valutazione della conformità dello stato dei luoghi enucleato nel *CAR* provvederebbe ad indicare tutte le necessarie azioni correttive o inibitorie.

In particolare, per i permessi sulla gestione dei rifiuti e per quelli sulle installazioni di impianti una valutazione negativa potrebbe anche influire sulla tassa di autorizzazione annuale.

Quanto, poi, agli elementi della discrezionalità tecnica di per sé sottesa ai propri controlli l'Agenzia per l'Ambiente utilizza un approccio standard, per l'esattezza, chiamato *Schema di classificazione della conformità per classificare le violazioni delle autorizzazioni*.

Si tratta di uno schema enucleante una serie di fattori tecnici oggetto di costante monitoraggio, in base a cui l'Agenzia per l'Ambiente può intervenire a sanzionare ogni ipotesi di violazione della normativa ambientale e in determinati casi potrebbe agire in funzione preventiva: qualora sospettasse ragionevolmente condotte prodromiche rispetto alla violazione dei valori tutelati dagli atti normativi ambientali e dai conseguenti permessi rilasciati.

Da un punto di vista contenutistico i provvedimenti in autotutela che l'Agenzia per l'Ambiente può, sostanzialmente, adottare sono: una modifica delle originarie condizioni del permesso; l'ingiunzione ad eseguire (specie per i siti a rischio alluvioni) tutte le materiali azioni necessarie a risolvere e superare i problemi ambientali registrati, con l'indicazione del termine perentorio entro cui le azioni correttive vanno compiute (a pena di decadenza del permesso e di ulteriori sanzioni); la sospensione del permesso qualora vi sia il fondato e ragionevole rischio che il soggetto titolare del medesimo permesso possa causare ulteriori inquinamenti ambientali.

Tra l'altro con l'avviso di sospensione il titolare è tenuto ad interrompere immediatamente lo svolgimento della sua attività.

L'Agenzia per l'Ambiente potrebbe anche attivare l'azione penale nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili di condotte contro l'interesse pubblico dell'ambiente.

Giova altresì evidenziare come in capo all'Agenzia per l'Ambiente siano radicate competenze ulteriori rispetto al classico esercizio dei poteri amministrativi propri di una Autorità Indipendente: giacché all'*Environment Agency* viene altresì riconosciuta, nel tessuto dell'ordinamento del Regno Unito, una competenza a esigere i costi dei danni ambientali causati da attività che si siano rese colpevoli di gravi inquinamenti e più in generale di un danno ambientale causato o per non aver tecnicamente rispettato le condizioni dei permessi ambientali oppure per non aver mai richiesto il permesso²⁶.

7. Spunti conclusivi.

Laddove la storia segna i natali del *permitting* ambientale (ossia nell'ordinamento del Regno Unito) oggi la regolazione dei rapporti tra sviluppo industriale, iniziativa economica ed

²⁶ Nella sterminata letteratura soffermatasi sul tema dei "costi ambientali" appare significativo rinviare - senza pretese di esaustività nei riferimenti - a P. DELL'ANNO, *Profili evolutivi del danno ambientale, dopo la costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Iustitia*, n. 2/2003, pp. 192-203; M. MELI, *Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente*, in *Danno e Responsabilità*, n. 8-9/2009, pp. 811-818; F. KARRER, *Le opere di compensazione*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 173-174/2011, pp. 75-84; F. SABATELLI, *Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2013, pp. 211-249; A. D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 7-8/2013, pp. 407-422; G. LIGUGNANA, *Tutela ambientale, Convenzione di Ahrus e costi della giustizia. Appunti dall'esperienza inglese*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2014, pp. 287-304; A. GRATANI, *Addebitabilità e proporzionalità dei costi ambientali. Principi europei e nazionali a confronto*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3/2014, pp. 429-442; L. BUTTI, *L'utilizzo della scienza nel diritto ambientale*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/2014, pp. 129-155; E. FERRARI, *Le bonifiche dei siti contaminati come attività amministrative di ripristino*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5/2015, pp. 199-221; B. TONIOLO - L. BUTTI, *The cost of environmental protection under court scrutiny worldwide*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 1/2018, pp. 59-83; C. PETTERUTI, *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2019, pp. 1113-1138; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2020, pp. 32-71.

imprescindibile protezione e tutela dell'ambiente (nella sua complessità²⁷) rinviene uniformante potere gestionale di un unico soggetto pubblico di regolazione ovvero sia di un'unica Autorità amministrativa indipendente, nata, già nel 1996, con il lungimirante «obiettivo di raggiungere uno sviluppo sostenibile»²⁸. Si tratta di un obiettivo perseguito nel tempo tramite l'esercizio di notevoli forme di discrezionalità tecnica²⁹, estesa non soltanto alle classiche fasi istruttorie dei procedimenti autorizzatori ma dispiegata pure a monte dell'attività istruttoria attraverso l'erogazione da parte dell'*Environment Agency* di preziosissime consulenze preliminari a

²⁷ A tal proposito possono risultare preziose le risalenti quanto lungimiranti osservazioni della dottrina italiana sviluppate in M. S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/1971, pp. 1122-1134; M. S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi aspetti giuridici, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1973, pp. 1-39; F. MERUSI, *Prospettive per una gestione pubblica dell'ambiente*, in *Politica del Diritto*, n. 1-2/1977, pp. 57-66; M. ARENA, *L'ambiente-territorio come bene oggetto di tutela giuridica e la sua proiezione costituzionale*, in *Il Foro Napoletano*, n. 4/1981, pp. 241-251; B. CARAVITA, *Corte dei Conti e interessi diffusi*, in *Democrazia e Diritto*, n. 3/1982, pp. 41-47; P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse generale della collettività*, in *Consiglio di Stato*, n. 3/1983, pp. 427-434; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, n. 1/1983, pp. 21-91; P. DELL'ANNO, *Strumenti giuridici per la prevenzione dell'inquinamento: situazione attuale e prospettive*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1986, pp. 206-231; N. GRECO, *Principi di legislazione e di amministrazione ambientale in Italia*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 79/1988, pp. 75-84; G. BERTI, *Impatto ambientale, territorio, difesa del suolo*, in *Jus*, n. 3/1988, pp. 95-104; G. CORDINI, *Uomo e ambiente. Profili giuridici*, in *Civitas*, n. 6/1991, pp. 45-61; G. CORDINI, "Ricerca, industria, utenza". *Informazione e ambiente*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/1993, pp. 601-613; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000; P. LOMBARDI, *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 2/2002, pp. 764-784; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2012. La più recente letteratura (italiana ed internazionale) soffermatasi sulle componenti dell'ambiente, nonché sulla sua strutturale complessità, può dirsi davvero sterminata: sicché senza nessunissima pretesa di esaustività (o di completezza) appare utile richiamare quella parte della dottrina che ha profuso lo sforzo di un approccio unitario ancorché sistematico ed oggettivamente connotato da un estremo rigore scientifico, fra cui in particolare si leggano L. SALVEMINI, *I principi di Diritto dell'Ambiente*, Torino, Giappichelli, 2019; S. NESPOR, *La scoperta dell'ambiente. Una rivoluzione culturale*, Bari - Roma, Laterza, 2020; C. PETTERUTI, *Diritto dell'ambiente e dell'energia. Profili di comparazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, Giappichelli, 2021; A. PORCIELLO, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, Etica, Diritto*, Roma, Carrocci, 2022.

²⁸ Tratto dall'*Environmental Act 1995*, sez. 4.

²⁹ Per delle preziose indagini sulla natura della discrezionalità tecnica – nell'alveo di esercizio dei pubblici poteri – si rimanda (senza pretese di esaustività nel riferimento) alle analisi della dottrina italiana sviluppate in V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1967; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001; A. TRAVI, *Il Giudice Amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, pp. 439-460; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB, 2008; S. Cassese (a cura di), *Riforme istituzionali e disciplina della politica*, Milano 2015; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 1-11; E. CHELI, *Scienza, Tecnica e Diritto, Diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 1-10; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2017, pp. 9-12; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2018; M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. 46-63; B. LIBERALI - L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, Giappichelli, 2022.

beneficio dei soggetti richiedenti le autorizzazioni ambientali (le quali in verità nel Regno Unito assumono i connotati di un permesso, ragione per cui si è giunti poi a parlare di *permitting*).

Per di più l'obiettivo di una regolazione finalizzata a tutelare un ambiente ricco, sano e diversificato per le generazioni presenti e future viene perseguito dall'*Environment Agency* mediante un ricorso estremamente tipizzato dell'esercizio della discrezionalità tecnica: nel senso che l'Agenzia per l'Ambiente (nell'ottica di produrre effetti uniformanti), oltre alle classiche valutazioni tecniche in sede istruttoria, si è spinta sino all'elaborazione (con atto amministrativo generale) delle valutazioni dei rischi sottesi alle tipologie di attività riconducibili ai permessi standard, la cui base normativa è dettagliatamente contemplata dalle *Environmental Permitting Regulations* del 2016.

In pratica, la regolazione tecnica dell'*Environment Agency* inizia da una puntuale valutazione dei rischi sottesi alle tipologie di attività riconducibili ai permessi standard (garantendo una uniformità di misura per i singoli procedimenti autorizzatori), si sviluppa attraverso la fornitura di consulenze tecniche preliminari per i soggetti che intendano richiedere un permesso ambientale e trova pieno compimento nelle valutazioni a base delle decisioni conformative dei settori economici incidenti sull'ambiente (che beneficiano di una notevole funzione di nodale coordinamento tecnico e di una vigile regolazione uniformante dell'Agenzia per l'Ambiente).

Peraltro il potere dell'*Environment Agency* è inesauribile, potendo consistere in una (successiva) attività di revisione e di riesame dei permessi già rilasciati, al fine di accertare che i beneficiari di un permesso rispettino davvero tutti i parametri richiesti per l'autorizzazione.

Sicché nell'ordinamento in cui è sorto il *permitting ambientale* il sistema di valutazione e di rilascio delle nevralgiche autorizzazioni per le attività interessanti i settori ambientali viene attentamente regolato da un assetto amministrativo di inequivocabile carattere monista, in cui il potere pubblico è esercitato da un'unica autorità amministrativa che in ragione della propria natura di Autorità Amministrativa Indipendente ha sfruttato al massimo grado la vocazione all'esercizio di competenze e discrezionalità tecniche, via via dispiegatesi sino al punto da essere tipizzate secondo schemi decisionali comuni (eccezion fatta per i casi più complessi, pur sempre coordinati tecnicamente), con l'effetto di produrre risultati pubblici uniformi (così come le spinte di estrema complessità del diritto ambientale esigerebbero) e con la conseguenza (assai preziosa) di assicurare maggiore certezza del diritto nei sensibili rapporti tra sviluppo industriale, iniziativa economica ed imprescindibile preservazione e cura dell'ambiente, dell'ecosistema e di tutte le sue risorse naturali.

È vero che si potrebbe *ex adverso* osservare qui che l'uniformante assetto monistico, sinteticamente tratteggiato sul *permitting ambientale* sia comunque temperato dal pur necessario ricorso a forme di leale collaborazione, istituzionale ed amministrativa, tra l'Agenzia

per l’Ambiente e gli altri enti pubblici aventi nell’ordinamento britannico competenze pressoché liminari, tuttavia si tratta di una leale collaborazione che non investe l’*Environment Agency* su di un piano decisorio, che infatti rimane un livello amministrativo mono-strutturato, sia sotto il profilo dei giudizi tecnici che circa l’aspetto della volontà spiegata nei provvedimenti autorizzatori. Il principio di leale collaborazione riguarda piuttosto il differente piano dei poteri di vigilanza e di controllo esercitati dall’Agenzia per l’Ambiente che infatti sfrutta i moduli collaborativi in una fase successiva al punto nevralgico delle proprie decisioni regolatorie, al fine di sviluppare con le altre Autorità, interessate dal diritto ambientale, una fitta rete istituzionale ed amministrativa funzionale a mantenere alto il livello di tutela dell’ambiente, tramite il concreto sviluppo di coordinate forme di attività di controllo ed ispezione dei soggetti esercenti le attività oggetto di autorizzazioni e/o di permessi.

Certo, alla luce di codesti spunti conclusivi, nella mente di qualsiasi studioso di diritto pubblico italiano dovrebbe in automatico sorgere una osservazione del tutto paradossale in chiave comparata. Il paradosso che, infatti, istintivamente non potrebbe non balzare all’occhio di un giuspubblicista è come nel nostro ordinamento (di *Civil Law*) si registrino – all’opposto che nel Regno Unito – due gravi debolezze nell’assetto delle autorizzazioni ambientali, prestando il fianco a incertezze del diritto che la presenza di fonti scritte avrebbero dovuto ragionevolmente evitare (con simmetrica radicalità)³⁰.

³⁰ Sul farraginoso funzionamento del sistema delle autorizzazioni ambientali in Italia si confrontino *ex plurimis* P. URBANI, *I problemi della tutela ambientale tra Stato, Regioni e Corte costituzionale: leggi e decreti nell'imposizione di vincoli paesaggistici*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 1/1986, pp. 41-60; A. ABRAMI, *Taglio culturale e carenza legislativa al riguardo*, in *Diritto e Giurisprudenza agraria*, n. 4/1993, pp. 244-246; B. CARAVITA, *Buon andamento ed efficienza dell’amministrazione o buon andamento ed efficienza dell’ordinamento?*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 2/1994, pp. 246-247; E. BOSCOLO, *La VIA “accelerata” per le grandi opere: l’interesse ambientale quale limite alla semplificazione*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 2/2003, pp. 129-135; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, n. 1/2008, pp. 37-70; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, pp. 447-455; A. M. BONOMO, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 6/2009, pp. 1475-1500; M. CERUTI, *Corte Costituzionale e valutazione di impatto ambientale: due severi moniti al legislatore regionale*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 6/2010, pp. 971-977; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013, pp. 1-14; R. FERRARA, *Politiche ambientali e sistema delle semplificazioni amministrative: verso quali scenari?*, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n. 3-4/2014, pp. 368-389; G. SABATO, *La tutela dell’ambiente di fronte alle Corti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2016, pp. 815-825; E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una “relazione” problematica*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2020, pp. 399-425; R. D’ERCOLE, *Le prescrizioni nelle autorizzazioni ambientali: verso una progressiva erosione?*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, n. 3/2020, pp. 197-231; V. DI CAPUA, *Ambiente, complessità sistemica e semplificazione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2020, pp. 965-981; P. L. PORTALURI, *L’«incanto che non so dire»: unicità e unicità procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021, pp. 16-50; M. ROVERSI MONACO, *Le semplificazioni ai procedimenti ambientali nelle disposizioni attuative del PNRR*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2022, pp. 419-441; D. M. TRAINA, *Problematiche applicative e rapporti tra le procedure di VAS, VIA e AIA*, in *Federalismi.it*, n. 31/2022, pp. 150-180.

Ed invece da un lato è noto a chiunque come in Italia si sia progressivamente celebrato un «processo di amministrativizzazione della funzione normativa»³¹ nel settore ambientale e dei relativi interessi concretamente in contesa sullo stesso territorio. «persino il D.Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (meglio conosciuto come “Codice dell’Ambiente”) pur proclamando la tutela ambientale, degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale come oggetto di garanzia da parte degli enti pubblici e privati, delle persone fisiche e giuridiche, non si è mai spinto sino al "sostanziale" punto di un effettivo bilanciamento legislativo tra gli eterogenei interessi emergenti sui territori della Repubblica [italiana]: verosimilmente perché consapevole delle lacunosità insite nel [classico] metodo deduttivo del bilanciamento *ex lege* (e conscio dell’inesistenza nell’ordinamento costituzionale di una rigida e “prefissata” gerarchia di valori) il legislatore ha, in sé, preferito "limitare" proporzionalmente il piano delle pur necessarie tutele ambientali, paesaggistiche, ecosistemiche e del patrimonio culturale all’ambito di un rafforzamento amministrativo dei procedimenti decisionali coinvolti, con l’effetto più o meno consapevole (ma difficilmente controllabile) di produrre tante sostanziali discipline quante sono le Autorità nella Repubblica competenti all’adozione dei, singoli, provvedimenti amministrativi in materia di *permitting* ambientale»³².

Parimenti è noto a chiunque che, per logica conseguenza, il sistema delle autorizzazioni ambientali nella Repubblica italiana abbia manifestato nel tempo «tutte le falle di raccordo e coordinamento tra le diverse Pubbliche Amministrazioni coinvolte, a vario titolo, nei procedimenti preordinati all’adozione delle (varie) decisioni spettanti alle Autorità “competenti” in materia di *permitting*»³³.

Detto in maniera grossolana, il sistema delle autorizzazioni ambientali in Italia è stato sinora afflitto da inequivocabili disomogeneità amministrative, essendo poco opinabile che si siano, cioè, avverati «gravissimi disallineamenti procedurali e decisionali realizzatisi sul territorio repubblicano tra le pur identiche Autorità competenti nell’adottare i singoli provvedimenti autorizzativi in materia di insediamento di opere, [di] installazioni, [di] interventi ed attività economiche compatibili con l’ambiente, con la salute umana e in generale con la "cura" per gli interessi delle generazioni future»³⁴.

Certo si è del tutto consapevoli delle enormi differenze e delle notevoli distanze tra l’ordinamento italiano di *Civil Law* e quello di *Common Law* nel Regno Unito. Tuttavia, si è altrettanto consapevoli che qualsiasi analisi comparativa non potrebbe mai essere distolta da un

³¹ 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*, n. 12/2019, p. 21.

³² A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in *Società e Diritti*, n. 1/2022, pp. 114-115.

³³ A. MITROTTI, *Territorio*, cit., p. 115.

³⁴ A. MITROTTI, *Territorio*, cit., p. 116.

nevralgico elemento sistematico: per cui è vero che il *permitting ambientale* è nato negli ordinamenti di *Common Law* del Regno Unito, ma deve parimenti essere considerato sempre che l'attuale assetto negli ordinamenti di oltre Manica è oggi figlio del diritto dell'Unione Europea.

Da qui non può che trarsi una conclusione minima, ancorché indispensabile in chiave sistematica, per cui il diritto dell'Unione Europea costituisce il filo rosso di collegamento sistematico tra le regole ambientali, evolutesi, negli ordinamenti del Regno Unito e la disciplina di materiale regolazione delle autorizzazioni in materia ambientale negli Stati membri UE nonché nella Repubblica italiana (delle Autonomie³⁵).

Senonché è con lo sguardo rivolto alle fonti normative europee, *in unum* alle loro intrinseche potenzialità di sviluppo sistematico, che tanto gli studiosi del diritto pubblico italiano quanto i futuri legislatori della nostra Repubblica italiana potrebbero (ed anzi, dovrebbero) ambire all'obiettivo di una ricomposizione degli elementi di miglioramento del *permitting ambientale* in senso più coordinato ed omogeneo, aspirando così all'inveramento dei preziosi effetti uniformanti raggiunti da tempo nell'ordinamento britannico, il che sembrerà una conclusione del tutto banale.

Eppure quanto argomentato sin qui appare essere l'unica ragionevole chiave metodologica per lo sviluppo amministrativo del *permitting ambientale* italiano, specialmente per valorizzare tutte le potenzialità di cui alla recentissima revisione costituzionale degli articoli 9 e 41³⁶.

³⁵ Sulla Repubblica italiana delle Autonomie si leggano *ex plurimis* F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di "governance" in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1153-1196; M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 445-482; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; E. GRIGLIO, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, Cedam, 2008; C. FRANCHINI - G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 86-128; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2015; F. BASSANINI - F. CERNIGLIA - A. QUADRIO CURZIO - L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, il Mulino, 2016; E. BALBONI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione ... e «l'intendenza seguirà»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017, pp. 122-124; A. MEALE, *Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2017, pp. 733-737; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018, pp. 68-75; L. DELL'ATTI, *Teoria e prassi del governo multi-livello: studio sul regionalismo italiano*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019.

³⁶ Per utili commenti in dottrina si confrontino, in modo particolare, le osservazioni sviluppate in M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 285-314; A. O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, n. 4/2021, pp. 3391-3430; G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 febbraio

Il punto è che si tratta di una chiave metodologica tuttora non sfruttata appieno, in Italia, mettendo a nudo dei fortissimi rischi di rimanere una chiave istituzionalmente lasciata nel cassetto della Repubblica (per l'esattezza, nei cassette giuridici degli attrezzi).

2022; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 marzo 2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2022, pp. 15-30; G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o "molto rumore per nulla"?*, in *Queste Istituzioni*, n. 1/2022, pp. 8-43; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2022, pp. 1-15; R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 7/2022, pp. 31-63. Ancora più di recente A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in *Società e Diritti*, n. 1/2022, pp. 82-120.

queste istituzioni

**Il rapporto tra la motivazione
numerica ed i criteri di valutazione
delle prove nei concorsi pubblici**

Francesco Blasi

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Il rapporto tra la motivazione numerica ed i criteri di valutazione delle prove nei concorsi pubblici

di Francesco Blasi*

Sommario

1. Lo stato dell'arte. – 2. Il caso controverso. – 3. In punto di diritto: le motivazioni della sentenza.

Sintesi

Il tema della motivazione numerica, con particolare riferimento alla predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove da parte dell'amministrazione ai sensi dell'art. 12 D.P.R. n. 487/1997, rappresenta uno degli argomenti maggiormente dibattuti in giurisprudenza nelle controversie aventi ad oggetto i concorsi pubblici. Infatti, ci si chiede se possa ritenersi idoneo il solo punteggio numerico attribuito alle prove concorsuali ai fini dell'adempimento dell'obbligo di motivazione prescritto alla Pubblica amministrazione dall'art. 3 della L. n. 241/90, oppure se, per adempiere a tale obbligo, sia invece necessario rendere percepibile l'iter logico che ha condotto la commissione all'adozione del giudizio in forma numerica. La suddetta questione riveste un particolare interesse per la totalità dei “*concorsi pubblici*”: sia in riferimento ai concorsi pubblici volti all'assunzione del personale, sia in riferimento ai concorsi pubblici di abilitazione, che mirano ad accertare i requisiti attitudinali e tecnici necessari per l'iscrizione agli albi di esercizio professionale.

Il lavoro intende in prima battuta inquadrare il presente tema attraverso la disamina dei principali contributi giurisprudenziali, per poi passare all'analisi di un caso concreto recentemente trattato dal TAR Lecce, sez. II, con la sentenza n. 1767/2021.

Abstract

The theme of numerical motivation represents one of the most debated topics in jurisprudence in the disputes concerning public tenders, particularly the predetermination of test evaluation criteria by the administration according to the art. 12 Presidential Decree no. 487/1997.

In fact, the question regards the eligibility of the numerical score assigned to the competition tests as capable of fulfilling the obligation to give reasons prescribed to the Public Administration by art. 3 of Law no. 241/90, or if, to fulfill this obligation, it is necessary to show the logical process that led the commission to adopt the judgment in numerical form.

The issue is of particular interest for all "public competitions": both in reference to those aimed at staff recruitment and in reference to public qualification competitions, which aim to ascertain the aptitude and technical requirements necessary for the registration in professional registers.

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università di Bari, Dipartimento Jonico in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo.

The present paper aims to frame the present topic through the examination of the main jurisprudential contributions, and then to analyze a concrete case recently dealt with by the TAR Lecce, section II, with sentence no. 1767/2021.

Parole chiave

Concorsi pubblici – Motivazione numerica – Criteri di valutazione delle prove – Test evaluation criteria.

1. Lo stato dell'arte.

A norma dell'art. 3 (rubricato “*Motivazione del provvedimento*”) della L. n. 241/90: «Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»¹.

L'obbligo di motivazione² assolve una specifica funzione di garanzia procedimentale, in quanto mira ad assicurare la trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, in ossequio ai fondamentali principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza della Pubblica amministrazione.

Ne consegue, pertanto, che l'assenza di motivazione o una sua insufficienza costituiscono ipotesi di violazione di legge o eccesso di potere, da cui discende l'annullabilità del provvedimento. In particolare, l'assenza di motivazione (altrimenti detta carenza di motivazione) dà luogo al vizio di violazione di legge, atteso che la motivazione è obbligatoria ex art. 3 della L. n. 241/1990, mentre si parlerà di difetto di motivazione, dando luogo al vizio di eccesso di potere, allorché la motivazione risulti insufficiente (perché non considera alcune circostanze), incongrua (in quanto dà peso indebito ad alcuni profili), contraddittoria, dubbiosa (è tale quella che richiama fatti che si assumono non certi), illogica o perplessa³.

¹ In passato, ovverosia prima dell'entrata in vigore della L. n. 241/1990 non esisteva una disciplina di carattere generale relativa alla motivazione del provvedimento amministrativo in quanto l'obbligo della motivazione investiva solo quegli atti per i quali fosse imposta *ex lege*.

A tal proposito, si rimanda a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi generali e l'obbligo di motivazione*, in «*Giur. it.*», 1908, 3, pp. 253 ss.; C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933; ID., *Motivazione degli atti amministrativi*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957, pp. 958 ss.; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, pp. 2 ss.; M.S. GIANNINI, “*Motivazione*” dell'atto amministrativo, in *Enc. Dir.*, Milano, 1977, pp. 257 ss.

² Sull'obbligo di motivazione ai sensi della l. 241/1990, *ex multis*, R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999; G. CORSO, “*Motivazione*” dell'atto amministrativo, in *Enc. Dir.*, Milano, 2001, pp. 777 ss.; A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3741 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017.

³ In questi termini E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 1999, p. 495.

Inoltre, a livello sovranazionale, l'obbligo di motivazione riceve riconoscimento nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza del 2000), che all'art. 41, rubricato “*Diritto ad una buona amministrazione*”⁴, specifica, al comma secondo, lett. c), che tale diritto comprende, tra gli altri, «l'obbligo per l'Amministrazione di motivare le proprie decisioni».

In materia di concorsi pubblici⁵, una particolare forma di motivazione è quella espressa con valutazione numerica, la quale prevede la mera assegnazione di un voto alla prova scritta o orale sostenuta dal candidato, da cui ne deriva il giudizio d'idoneità o non idoneità.

L'art. 12, comma 1, D.P.R. n. 487/1994 – rubricato “*Trasparenza amministrativa nei procedimenti concorsuali*” – prescrive che: «Le Commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove».

La necessaria individuazione dei criteri valutativi delle prove concorsuali è stata sancita anche dall'unanime giurisprudenza amministrativa, che ha chiarito che «i criteri di valutazione e le modalità delle prove concorsuali devono essere stabiliti dalla Commissione esaminatrice nella sua prima riunione, risultando illegittimo il procedimento di concorso per il quale non siano stati predeterminati i criteri di valutazione delle prove in violazione dell'art. 12 del D.P.R. n. 487 del 1994»⁶.

In tale assetto, meritevole di approfondimento è la questione relativa all'obbligo di motivazione dei giudizi di valutazione delle prove scritte e orali delle procedure concorsuali. In particolare, si discute se sia sufficiente la semplice attribuzione di punteggio numerico, oppure se sia necessario enucleare un giudizio espresso in forma sintetica o estesa⁷.

⁴ In argomento si rinvia a F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 49 ss.; R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, II Mulino, Bologna, 2001, pp. 284 ss.

⁵ L'obbligo del concorso per l'accesso ai pubblici impieghi è statuito dall'art. 97 Cost., il quale prescrive, al comma 3, che «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

Sulla regola del concorso stabilita dall'art. 97 Cost., si veda C. PINELLI, *Il 3° comma dell'art. 97 – L'accesso ai pubblici impieghi*, in *La Pubblica Amministrazione*, in Comm. Cost. Branca-Pizzorusso, Bologna, 1994, 320.

Per una ricostruzione dei principi costituzionali in materia di accesso al pubblico impiego, con cenni storici anche relativamente al periodo anteriore alla Costituzione repubblicana: T. MARTINES, *La designazione ai pubblici uffici nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, 1962, 547; G. MOR, *La nomina dei pubblici impiegati e la Costituzione italiana*, Milano, 1966; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; F. CANNATA, *L'obbligo costituzionale del concorso a pubblici impieghi e le sue prospettive*, in *Riv. Amm. R.I.*, 1968, pp. 169 e 253; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1973, pp. 229 ss.

⁶ TAR Campania, Napoli, sez. V, 27.02.2016, n. 1087; Id., sez. III, 03.02.2010, n. 558; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 10.03.2007, n. 1180; TAR Umbria, sez. I, 09.08.2006, n. 409; Cons. Stato, sez. VI, 25.07.2003, n. 1305; Id., sez. V, 07.02.2003, n. 648; Id., sez. V, 30.04.2003, n. 2245.

⁷ In tema *ex multis*: S. CASTRO, *La motivazione dell'atto amministrativo nei pubblici concorsi*, Torino, 2005; A. ROMANO-TASSONE, *Il Consiglio di Stato muta indirizzo circa la motivazione delle valutazioni concorsuali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 814 ss.; L. IEVA, *Sulla obbligatorietà della motivazione delle*

La giurisprudenza amministrativa si è occupata a più riprese della questione ed ha affermato il principio secondo cui, nelle procedure concorsuali, l'obbligo di motivazione può essere assolto con la motivazione numerica solamente qualora la Commissione esaminatrice vada a predeterminare a monte dei criteri chiari, certi, e specifici che la stessa provvederà ad applicare nella correzione e valutazione delle prove sostenute dai candidati. In caso contrario, ovvero in mancanza di criteri espliciti, o in caso di eccessiva vaghezza o indeterminatezza degli stessi, la valutazione in forma numerica non potrà costituire una motivazione sufficiente, dovendo essere, invece, necessariamente sostituita, o accompagnata, da una motivazione per esteso che renda comprensibile al candidato l'iter logico che ha portato la Commissione ad esprimere tale giudizio, in modo tale da consentire il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere che sarebbe altrimenti difficile da assicurare in presenza del solo punteggio numerico non accompagnato né dai criteri preventivi né da una motivazione per esteso⁸.

I suddetti principi sono stati ribaditi anche dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione SS.UU.

Ed infatti, i giudici di prime cure hanno a più battute sollevato la questione di legittimità – in riferimento agli artt. 3, 24, 97, 111 e 113 Cost – dell'art. 3 della L. n. 241/1990, nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, venga inteso nel senso che l'espressione di mero un punteggio numerico costituisca motivazione sufficiente della valutazione delle prove dei concorsi pubblici⁹.

In particolare, con la sentenza 08 giugno 2011, n. 175¹⁰, la Corte Costituzionale ha definito come “*diritto vivente*”¹¹ il principio secondo cui il voto numerico attribuito alle prove scritte ed orali di un concorso pubblico, esprime e sintetizza il giudizio tecnico-discrezionale della Commissione esaminatrice, contenendo in sé la sua stessa motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, con ciò rispondendo, tra l'altro, ai principi di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa.

valutazioni tecniche espresse dalle commissioni giudicatrici sulle prove di esame nei concorsi pubblici, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1682 ss.

⁸ Cons. Stato, sez. III, 29.04.2019, n. 2775; Con. Stato, sez. V, 23.04.2019, n. 2573.

⁹ Si veda, *ex multis*, Corte Cost., ord., 30.01.2009, n. 20; Id., 27.01.2006, n. 28; Id., 14.11.2005, n. 419; Id., 3.11.2000, n. 446 quest'ultima è stata annotata da A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur.cost.*, 6/2000, pp. 3662-3670.

¹⁰ In dottrina, cfr. F.G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento ([Nota a sentenza] Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175)*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2229 ss.

¹¹ Sulla dottrina del “*diritto vivente*”, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1986, pp. 1151 e ss.; L. ELIA, *Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1715 e ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 1082 e ss.; A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 88-89 e 140-141

La Corte Costituzionale evidenzia che il criterio prescelto dal legislatore per la valutazione delle prove è quello del punteggio numerico – costituente la modalità di formulazione del giudizio tecnico-discrezionale finale espresso su ciascuna prova – e che tale punteggio, già nella varietà della graduazione attraverso la quale si manifesta, esterna una valutazione che, sia pure in modo sintetico, si traduce in un giudizio di sufficienza o di insufficienza, a sua volta variamente graduato a seconda del parametro numerico attribuito al candidato, che non solo stabilisce se quest'ultimo ha superato o meno la soglia necessaria per accedere alla fase successiva del procedimento valutativo, ma dà anche conto della misura dell'apprezzamento riservato dalla commissione esaminatrice all'elaborato e, quindi, del grado di idoneità o inidoneità riscontrato.

Inoltre, i giudici di legittimità affermano che il punteggio espresso deve trovare specifici parametri di riferimento nei criteri di valutazione contemplati dalla legge regolante la procedura di concorso ed è soggetto a controllo da parte del giudice amministrativo che, pur non potendo sostituire il proprio giudizio a quello della commissione esaminatrice, può tuttavia sindacarlo, nei casi in cui sussistano elementi in grado di porre in evidenza vizi logici, errori di fatto o profili di contraddizione *ictu oculi* rilevabili, previo accesso agli atti del procedimento¹².

Per la Corte, se è vero che, da un lato, la motivazione è diretta a rendere trasparente e controllabile l'esercizio della discrezionalità amministrativa, garantendo così l'imparzialità della Pubblica amministrazione nonché la parità di trattamento dei cittadini di fronte ad essa; dall'altro lato, non è esatto, però, che il criterio del punteggio numerico sia inidoneo a costituire motivazione del giudizio valutativo espresso dalla commissione esaminatrice.

Il punteggio numerico non indica, quindi, soltanto il risultato della valutazione, ma si traduce in un giudizio complessivo sull'elaborato, alla luce di parametri normativi, suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale, nei limiti individuati dalla giurisprudenza amministrativa.

In conclusione, con la sentenza n. 175/2011, la Corte Costituzionale ha affermato che il criterio numerico non contrasta con il dovere di motivazione ai sensi dell'art. 3 della l. 241/1990, in quanto, ferma restando la sua idoneità ad esprimere un giudizio sufficientemente motivato, il dovere di motivazione deve essere coordinato con l'art. 1, co. 1 della medesima legge, in forza del quale l'attività amministrativa è retta anche dai criteri di economicità ed efficacia¹³.

La questione della sufficienza della motivazione numerica è stata, infine, più volte esaminata anche dalla Corte di Cassazione.

Di particolare importanza è la sentenza n. 14893 del 21.06.2010 della Suprema Corte a SS.UU.¹⁴, con la quale ha sancito il principio secondo cui: «la Commissione esaminatrice è

¹² Cfr. Corte Cost., n. 175/2011, cit., p.to 3 di diritto.

¹³ Cfr. Corte Cost., n. 175/2011, cit., p.to 3.1 di diritto.

¹⁴ In dottrina si veda M. DIDONNA, *Traccia e criteri di valutazione, "Rapporto di corrispondenza biunivoca": la nuova via delle Sezioni Unite - Il commento*, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 5, p.673.

tenuta per legge a far precedere la correzione e le singole valutazioni da una sintesi delle proprie ipotesi valutative (i criteri di cui all'art. 12 del D.P.R. n. 487 del 1994)»; ciò in quanto «il Legislatore ha imposto alla Commissione esaminatrice la preventiva, generale ed astratta posizione delle proprie regole di giudizio, al fine di assicurare che le singole, numerose, anche remote valutazioni degli elaborati siano tutte segnate dai caratteri dell'omogeneità e permanenza. Solo attraverso la fissazione di tale preventiva cornice è possibile assicurare l'auspicabile risultato di una procedura concorsuale trasparente ed equa».

Per cui, «la circostanza che dai verbali della commissione di concorso non emerga alcuna individuazione dei criteri di valutazione delle prove, integra una grave violazione delle regole di trasparenza ed imparzialità che devono presiedere ad ogni procedura concorsuale, attesa la valenza imperativa dell'art. 12 D.P.R. n. 487/1994, che impone espressamente la previsione di fissazione dei criteri di massima anche per la valutazione delle prove di esame sia scritte che orali»¹⁵.

In linea generale, pertanto, il punteggio numerico complessivo soddisfa l'onere motivazionale incombente sulla Commissione esaminatrice solo nel caso in cui siano già stati adeguatamente predefiniti criteri e parametri di valutazione, indicatori, pesi e scale, secondo il metodo della cd. “griglia di valutazione” ed i punteggi espressi siano riconducibili a ciascuno degli “aspetti rilevanti” ai fini dell'espressione del giudizio già così analiticamente “predeterminati”, anche nell'ottica di «garanzia sostanziale dell'imparzialità e buon andamento dell'attività valutativa espletata»¹⁶.

Ed infatti, per pacifico orientamento giurisprudenziale: «la giurisprudenza in tema di sufficiente motivazione del giudizio espresso con voto numerico, nei concorsi per l'ammissione agli impieghi, va interpretata alla luce del principio enunciato nell'art. 12, comma 1, D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487. La disposizione citata, ai fini di “trasparenza amministrativa nei procedimenti concorsuali” – che è la rubrica dell'articolo – stabilisce che le commissioni devono fissare i criteri e le modalità di valutazione delle prove di concorso. Sicché il voto numerico deve atteggiarsi – ed è per questa ragione espresso legittimamente – come puntuale applicazione dei criteri preventivamente enunciati. Così è stato chiarito che la votazione numerica è sufficiente allorquando i criteri di massima siano stati predeterminati rigidamente e non si risolvano in espressioni generiche»¹⁷.

Pertanto, qualora la Commissione di gara ometta di predisporre un'idonea griglia di valutazione cui collegare il voto numerico, risulterebbe necessaria una compiuta motivazione

¹⁵ TAR Calabria - Catanzaro, sez. II, 03.10.2006, n. 1095.

¹⁶ Cfr., da ultimo, TAR Lazio – Roma, sez. II quater, 10.08.2020, n. 9125; nello stesso senso anche le sentenze del TAR Lazio – Roma, Sez. II quater, n. 5334/2019, n. 5341/2019 e n. 8854/2011.

¹⁷ Cons. Stato, 28.06.2004, n. 4782.

delle ragioni che hanno portato all'attribuzione di quel determinato voto numerico alla prova del candidato.

Ne consegue che, l'assenza di un giudizio espresso e delle preventive griglie di valutazione «impediscono la ricostruzione dell'iter logico seguito dalla Commissione nella formulazione dei suddetti giudizi e ciò in palese violazione dell'art. 3 della L. 241/90, oltre che dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza della P.A. Giovi ricordare, infine, che per quieti principi giurisprudenziali in tema di prove concorsuali, al candidato deve essere assicurato il diritto di conoscere gli errori, inesattezze o le lacune in cui la commissione ha ritenuto che sia incorso; il rispetto dei principi anzidetti impone che alla valutazione sintetica di semplice non idoneità si accompagnino quanto meno ulteriori elementi sulla scorta dei quali sia consentito ricostruire *ab externo* la motivazione del giudizio valutativo e tra questi elementi che consentano di individuare gli aspetti della prova non valutati positivamente dalla commissione»¹⁸.

2. Il caso controverso.

Con il ricorso in commento, il ricorrente impugnava la Determina della Direzione Risorse Umane del Comune di Taranto prot. n. 275 del 31.08.2020, con cui veniva approvata la graduatoria finale del concorso per l'assunzione di n. 12 unità con rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato nel profilo professionale di “*Istruttore Direttivo Informatico Amministrativo*” Cat. D/1, nella parte in cui ha dichiarato il ricorrente inidoneo, stante il mancato superamento della prova orale.

Il ricorrente, soggetto partecipante al concorso in esame, superava le prove scritte ma non quella orale, in cui ha riportato una votazione di 18/30, inferiore al minimo punteggio richiesto per il superamento di detta prova pari a 21/30.

A sostegno del ricorso, il ricorrente articolava quattro motivi di gravame: con i primi due di motivi – accolti e assorbenti i restanti due – il ricorrente censurava la mancata predeterminazione di criteri di valutazione da parte dell'Amministrazione, in violazione dell'art. 12 D.P.R. n. 487/94 nonché dei principi che presiedono alla valutazione delle prove dei candidati.

In particolare, il ricorrente censura l'oscuro percorso motivazionale posto dall'Amministrazione a fondamento del giudizio di inidoneità, stante la sussistenza della sola dicitura, a margine della sua prova orale, del voto riportato – pari a 18/30 –, non accompagnato da alcuna estrinsecazione dei criteri di valutazione concretamente adottati e che dunque non consentirebbe in alcun modo di comprendere l'iter logico attraverso il quale la Commissione è pervenuta al giudizio di non idoneità del candidato.

¹⁸ TAR Puglia – Lecce, 24.09.2005, n. 4349.

3. In punto di diritto: le motivazioni del Collegio.

Nella sentenza n. 1767/2021 del TAR Lecce si osserva preliminarmente che, per giurisprudenza pacifica e consolidata¹⁹, la *ratio* dell'obbligo di predeterminazione dei criteri di valutazione è da ricercarsi nell'esigenza di assicurare che le valutazioni degli elaborati siano tutte segnate dai caratteri dell'omogeneità e permanenza, in quanto solo attraverso la fissazione di tale preventiva cornice è possibile assicurare l'auspicabile risultato di una procedura concorsuale trasparente ed equa.

Ad avviso del Collegio giudicante, la finalità della previa fissazione dei criteri di valutazione da parte della Commissione esaminatrice è quella di operare, in funzione di un'autolimitazione della propria discrezionalità tecnica, un primo livello generale ed astratto di valutazione, attraverso la predisposizione di una griglia entro le quali andranno, poi, ad inserirsi le valutazioni concrete nei confronti dei singoli candidati, garantendo in tal modo imparzialità, trasparenza e buona amministrazione.

In quest'ottica, laddove non siano stati fissati in maniera precisa i criteri e parametri cui ancorare le valutazioni delle singole prove dei candidati, diviene non più sufficiente l'indicazione del solo punteggio numerico che, disancorato da ogni parametro di riferimento, risulta di conseguenza inidoneo ad esplicitare in maniera congrua le ragioni poste a base del giudizio così espresso, non consentendo di apprezzare il corretto esercizio del potere tecnico-discrezionale²⁰.

Ciò premesso e chiarito, il predetto Giudice rileva che, nella vicenda portata alla sua attenzione, la stessa Amministrazione riconosca di non aver elaborato i criteri di valutazione prescritti dall'art. 12 D.P.R. n. 487/94 e che, seppur ciò rientri nei limiti della sua discrezionalità, la stessa avrebbe dovuto, tuttavia, elaborare un giudizio sulla prova svolta da ciascun candidato.

Il TAR ravvisa come, nel caso di specie, non risulti alcun motivato giudizio di esclusione, in quanto l'Amministrazione si è limitata a riportare il voto conseguito dal ricorrente nella prova orale pari a 18/30 e inferiore al minimo richiesto di 21/30 per il superamento di tale prova.

Pertanto, è evidente come l'Amministrazione sia incorsa in un deficit motivazionale, avendo disposto un giudizio di non idoneità della prova orale svolta dal ricorrente, senza alcuna motivazione che consenta di valutare l'iter logico-giuridico seguito.

Ne consegue che a nulla rileva l'eccezione del Comune resistente e degli interventori *ad opponendum* secondo cui in ipotesi di attribuzione di un punteggio numerico non sarebbe necessario alcun onere di motivazione, in quanto «il voto numerico motiva e gradua in forma sintetica il giudizio discrezionale e tecnico espresso dalla commissione di valutazione qualora sia

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 12.12.2018, n. 6979; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2017; Cons. Stato, sez. V, 04.03.2011, n. 8439; Cons. Stato, sez. IV, 22.09.2005, n. 4989.

²⁰ Cfr. in termini, Cons. Stato, sez. V, 04.03.2011, n. 8439.

sorretto da una griglia di valutazione preventiva che indica, in dettaglio, le modalità di attribuzione dei punteggi»²¹.

In conclusione, il TAR stabilisce una netta separazione dei due profili: qualora l'amministrazione non abbia predisposto griglie di valutazione, sarà tenuta a rispettare il più stringente obbligo di motivazione attraverso un giudizio espresso, laddove in presenza di griglie di valutazione previamente stabilite l'attribuzione del solo voto numerico potrà ritenersi legittima, con la conseguenza che la mancanza di un giudizio espresso, nonché delle preventive griglie di valutazione, inficia irrimediabilmente la legittimità dell'azione amministrativa.

Inoltre, il Collegio reputa infondata e quindi disattende l'ulteriore eccezione dedotta dal Comune resistente e dagli interventori *ad opponendum* – secondo cui non vi sarebbe violazione del principio di imparzialità, in quanto a tutti i concorrenti erano stati somministrati in seduta pubblica quesiti estratti a sorte e attinenti a materie oggetto del programma concorsuale – sulla base dell'evidente differenza che intercorre tra le modalità di espletamento della prova orale e il procedimento di valutazione della stessa.

Ed infatti, nella specie, il ricorrente fondatamente censura l'assoluta insondabilità del percorso motivazionale posto a fondamento del giudizio di inidoneità, attesa, da un lato, la pacifica insussistenza dei criteri di valutazione di cui all'art. 12 d.P.R. n. 487/94, e sotto altro profilo, l'insufficienza – per le ragioni sopra esposte – del solo giudizio numerico sganciato da ogni ulteriore notazione che non consente in alcun modo di stabilire la ragione per la quale la prova del candidato sia stata valutata in termini di 18/30.

D'altro canto, argomentando a contrario, l'Amministrazione avrebbe anche potuto attribuire alla prova del ricorrente un altro punteggio, a suo piacimento (es: 17/30, 16/30, 15/30, ecc.), che, sol perché tale, avrebbe – secondo la tesi del Comune e degli interventori *ad opponendum* – consentito di ritenere soddisfatto il prescritto obbligo motivazionale. V'è però che tale modo di operare – in quanto del tutto sganciato sia da preventivi criteri di valutazione, e sia, in mancanza, da uno specifico e motivato giudizio di non inidoneità – sconfinava nell'arbitrio, limitandosi l'Amministrazione ad una mera asserzione di principio (nella specie: il candidato non è idoneo), non accompagnata da alcun elemento volto a verificarne la fondatezza, contrastando con il fondamentale dovere di motivazione, baluardo di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa.

Il Giudice ritiene altresì infondata l'ulteriore eccezione del Comune resistente e degli interventori *ad opponendum*, secondo cui la domanda andrebbe rigettata, per non avere il ricorrente fornito prova dell'irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione.

²¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 17.6.2011, n. 3244; Id, sez. V, 2.9.2008, n. 9992; Cons. Stato, sez. V, 13.7.2010, n. 4528; Id, sez. IV, 25.11.2009, n. 5846.

Ed infatti, il giudice ravvisa come l'irragionevolezza possa ipotizzarsi solamente laddove vi sia a monte una motivazione da parte dell'Amministrazione, ma non quando tale motivazione di fatto manchi, come accaduto invece nel caso di specie²².

Pertanto, il Collegio reputa realizzatasi una classica ipotesi di motivazione meramente apparente e/o autoreferenziale, propria dei casi in cui l'Amministrazione afferma un principio – ovvero sia “*il candidato non è idoneo*” – senza esporre le ragioni poste a fondamento dello stesso, in tal modo confondendo il piano dell'affermazione (il candidato non è idoneo), nella specie presente, da quello della motivazione (la spiegazione del perché il candidato non è risultato idoneo), nella specie del tutto mancante.

In virtù delle suesposte motivazioni il TAR Lecce ha accolto il ricorso proposto e, per l'effetto, ha disposto una nuova somministrazione al ricorrente della prova orale, davanti alla Commissione esaminatrice in diversa composizione, di modo che, al termine di tale prova, il giudizio conseguito risulti supportato da adeguati elementi, idonei a rappresentare il percorso logico alla base della decisione adottata.

²² Sul punto, cfr. TAR Napoli, sez. V, 17.02.2020, n. 762.

queste istituzioni

**Le riunioni a distanza
di Consiglio comunale e Giunta
nel post emergenza pandemica**

Alfio Tommaso Zacco

**Numero 4/2022
31 dicembre 2022**

Le riunioni a distanza di Consiglio comunale e Giunta nel post emergenza pandemica

di Alfio Tommaso Zacco*

Sommario

1. La riunione in videoconferenza degli organi assembleari durante l'emergenza pandemica – 2. Lo scenario post emergenziale – 3. Risvolti operativi: riflessioni in merito alla possibile modifica dello statuto per disciplinare le riunioni in videoconferenza – 4. Risvolti operativi: il regolamento della Giunta comunale – 5. Possibili evoluzioni: focus sulla tecnologia blockchain – 6. Considerazioni conclusive.

Sintesi

Il diffondersi del virus SARS-CoV-2, e la sua estrema contagiosità, in pochi mesi hanno cambiato lo scenario nazionale, con delle ricadute e degli stravolgimenti non solo sulla vita dei cittadini, ma anche della pubblica amministrazione e degli enti locali, portando all'adozione di misure straordinarie volte a consentire agli stessi di operare durante la pandemia. A tal fine, è stato introdotto il D.L. n. 18/2020, c.d. "Cura Italia", il cui articolo 73 ha ammesso, in via emergenziale e transitoria, la facoltà di ricorrere allo strumento delle riunioni in videoconferenza per Giunta e Consiglio anche per gli enti che non si fossero già dotati di apposite norme interne atte a consentire questa possibilità. Il 31 marzo 2022 lo stato di emergenza sanitaria si è infine concluso, e di conseguenza anche la vigenza dell'art. 73 del D.L., c.d. "Cura Italia" è venuta meno. Quale futuro per le riunioni a distanza degli organi collegiali dunque? Pur essendo la digitalizzazione della pubblica amministrazione un processo in corso già da molti anni, la crisi pandemica, per molti aspetti non ancora conclusa, ha senza dubbio accelerato il suo corso, rendendo adesso necessario valorizzare i risultati ottenuti e proseguire in un percorso di costante innovazione.

Abstract

The spread of the SARS-CoV-2 virus, and its extreme contagiousness, in a few months have changed the national scenario, with effects on the lives of citizens, but also of public administration and municipalities, leading to the adoption of extraordinary measures aimed at allowing them to operate during the pandemic. For this purpose, the L.D. 18/2020, so-called "Cura Italia", has been introduced, whose art. 73 admitted, on an emergency and temporary basis, the right to resort to the instrument of videoconference meetings for the municipal council and the town council also for municipalities that had not already equipped themselves with specific internal rules to allow this possibility. On 31.03.2022 the state of emergency met its end, and consequently also the validity of art. 73 of the D.L. Cura Italia has failed. What future for the remote meetings of the collegial bodies then? Although the digitalization of the

* Segretario comunale.

Contributo sottoposto a referaggio redazionale.

public administration has been an ongoing process for many years, the pandemic crisis, in many respects not yet completed, has undoubtedly accelerated its course, making it now necessary to enhance the results obtained and continue on a path of constant innovation.

Parole chiave

Videoconferenza; Consiglio comunale; Giunta; Regolamento; Digitalizzazione.

1. La riunione in videoconferenza degli organi assembleari durante l'emergenza pandemica.

L'emergenza sanitaria, che ha interessato l'intera comunità mondiale da fine 2019 a oggi, ha imposto alla pubblica amministrazione ed in particolare agli enti locali, una rapida evoluzione delle forme con cui realizzare le attività che a essi pertengono.

Il Decreto "Cura Italia" (D.L. n. 18/2020 del 17.03.2020), convertito con modificazioni dalla Legge n. 27/2020, recante *Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, sulla spinta di una necessaria riorganizzazione del funzionamento degli organi delle pubbliche amministrazioni diretta a contenere il diffondersi del virus SARS-CoV-2, ha introdotto una norma di carattere emergenziale volta a consentire a Giunte e Consigli comunali di riunirsi in videoconferenza anche in assenza di esplicite previsioni statutarie e regolamentari.

Tale norma, l'art. 73, co. 1, del D.L. "Cura Italia", testualmente stabiliva che: «Al fine di contrastare e contenere la diffusione del virus COVID-19 e fino alla data di cessazione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, i Consigli dei comuni, delle province e delle città metropolitane e le Giunte comunali, che non abbiano regolamentato modalità di svolgimento delle sedute in videoconferenza, possono riunirsi secondo tali modalità, nel rispetto di criteri di trasparenza e tracciabilità previamente fissati dal presidente del Consiglio, ove previsto, o dal sindaco, purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti, sia assicurata la regolarità dello svolgimento delle sedute e vengano garantiti lo svolgimento delle funzioni di cui all'articolo 97 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente».

Gli effetti del suddetto precetto venivano poi prorogati dall'art. 19 del decreto legge n. 183 del 31 dicembre 2020 «fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e comunque non oltre il 31 marzo 2021», e con successive ulteriori proroghe infine estesi fino alla data del 31 marzo 2022.

Sulla base di ciò, anche i Comuni in cui previsioni statutarie e regolamentari deputate a consentire le riunioni degli organi assembleari per mezzo di strumenti telematici non sono state mai introdotte (ossia la stragrande maggioranza degli enti locali presenti sul territorio nazionale), durante la fase emergenziale, hanno potuto effettuare le riunioni del Consiglio

comunale, delle Commissioni consiliari e della Giunta in videoconferenza.

Questo in concreto è stato realizzato per mezzo di un sistema informatico settato in modo tale da garantire la piena validità e tracciabilità delle sedute, la partecipazione di ciascuno degli attori coinvolti e, per le assemblee consiliari aperte, la possibilità di seguire la riunione da parte del pubblico¹.

La scelta del software tramite cui realizzare le sedute online operata da parte dei Comuni è stata di grande importanza, dovendo il programma individuato assicurare: l'utilizzo di spazi dedicati nonché la possibilità di organizzare riunioni differenziate a seconda delle esigenze dell'organo; la condivisione dello schermo e di documenti informatici tra i partecipanti alla seduta; la possibilità di effettuare la registrazione della sessione, facendo attenzione a preservare i diritti dei partecipanti alla riunione e apprestando idonee garanzie che il contenuto della stessa non venga poi distorto e strumentalizzato, tramite ad esempio la condivisione via web di frammenti dell'assemblea al fine di diffondere messaggi decontestualizzati o alterati; affidabilità, funzionalità e garanzia di tracciabilità delle sedute; la pubblicità delle sedute consiliari, consentendone la visione a tutti coloro che ne abbiano interesse, tramite la pubblicazione del link per accedere allostreaming della seduta sul sito istituzionale del Comune. A tal proposito, fondamentale per l'ente scegliere di utilizzare servizi di streaming tarati in base alla popolazione del Comune e di quanti saranno i presunti spettatori della riunione, che se in numero troppo elevato potrebbero portare al crash alcune piattaforme. Oggi inoltre, per un'amministrazione al passo con l'era dei social e vicina ai cittadini, appare di certo opportuno che la condivisione del link attraverso cui poter visionare lo streaming venga realizzata anche attraverso i social network più utilizzati, quali ad esempio Facebook e Twitter, sui quali l'ente è presente attraverso una propria pagina istituzionale². Questi canali sono spesso più apprezzati e utilizzati dai cittadini rispetto al sito ufficiale del Comune, e diffondendo il link dello streaming mediante gli stessi viene garantita a pieno la massima pubblicità della riunione consiliare.

Vi è poi la titolarità dell'accesso alla piattaforma tramite un account direttamente intestato al Comune e l'immediata identificazione di colui che organizza la seduta.

Nelle more dello stato di emergenza pandemica, le riunioni in videoconferenza sono state

¹ In condizioni ordinarie, la pubblicità delle sedute del Consiglio comunale è garantita con l'ammissione del pubblico nella sala ove si svolgono le riunioni. Nel caso di riunioni in videoconferenza e in modalità mista, al fine di garantire il diritto dei cittadini ad assistere alle riunioni del Consiglio, è opportuno ricorrere alla trasmissione in diretta streaming della seduta.

² L'uso dei social network da parte degli enti locali è strategico e funzionale a efficientare il processo comunicativo verso i cittadini, per quanto tali strumenti non possano oggi considerarsi sostitutivi di alcuno dei canali istituzionali preposti attraverso cui la pubblica amministrazione comunica all'esterno. «Il ricorso a forme di comunicazione "non tradizionale", come quelle social, non è idoneo a produrre in capo alla pubblica amministrazione i medesimi vincoli che sorgono dall'attività provvedimentale della PA né produce i medesimi effetti nella sfera giuridica dei destinatari»: Corecom Emilia Romagna, *Studio inerente l'utilizzo e la gestione delle pagine istituzionali dei siti di social network delle PP.AA. e i riflessi sulla tutela della par condicio*, 2020.

da molti enti normate senza utilizzare dei veri e propri regolamenti, spesso tramite disciplinari volti a dare attuazione a quanto contenuto nell'art. 73 del D.L. Cura Italia, redatti seguendo le indicazioni dell'ANCI³.

Le sedute a distanza sono state svolte secondo due distinte forme: in videoconferenza e in modalità mista.

La prima di queste ha visto gli organi assembleari riunirsi online nella loro interezza, attribuendo «valore legale ad un evento che si svolge in un “non luogo”, contemperando la tutela di diversi interessi, sia pubblici che privati, ed ottenendo, di fatto, una netta accelerazione al percorso di transizione verso il digitale»⁴.

I consiglieri e gli assessori coinvolti hanno partecipato a distanza per mezzo dei propri dispositivi personali (tablet, smartphone e pc) connessi tramite appositi software.

La seconda modalità di riunione a distanza utilizzata è stata invece la c.d. forma mista, con alcuni componenti dell'assemblea riuniti in presenza nei luoghi istituzionali a ciò preposti (sala consiliare e sala riunioni della Giunta), e altri collegati da remoto in videoconferenza.

In entrambi i casi, lo strumento delle riunioni telematiche è stato comunque largamente apprezzato dalle amministrazioni, comportando un notevole incremento dell'efficienza degli organi assembleari, che in assenza di queste nuove possibilità operative sarebbero rimasti pressoché paralizzati durante la pandemia⁵.

Per quanto attiene alle modalità di convocazione del Consiglio comunale, il Sindaco, ovvero il Presidente del Consiglio, sono tenuti a trasmettere a tutti i membri del Collegio l'avviso di convocazione alla riunione, con espressa indicazione del possibile ricorso alla modalità telematica⁶.

³ Rispetto alle modalità attraverso cui sviluppare le norme volte a disciplinare le riunioni a distanza degli organi collegiali durante l'emergenza pandemica, si segnalano le indicazioni del 25° quaderno operativo ANCI, pubblicato in data 25.03.2021: «Il D.L. n. 18/2020, al fine di contrastare l'epidemia da Covid-19, prevede la possibilità che le sedute dei Consigli e delle Giunte comunali possano svolgersi con la modalità della videoconferenza anche nel caso in cui non sia prevista e disciplinata dal Regolamento sul funzionamento dell'organo assembleare. Viene, quindi, lasciata all'autonomia degli Enti la “facoltà” di scegliere, per lo svolgimento delle sedute degli organi collegiali – e, per analogia, anche degli organismi interni ai Consigli quali le Commissioni e le Conferenze dei capigruppo – il sistema della videoconferenza in luogo della presenza fisica, nel rispetto di alcune misure minime a garanzia della regolarità della riunione. Tale facoltà è stata poi ribadita anche nei successivi provvedimenti legislativi di modifica della normativa citata. Lo schema di Regolamento oggetto del presente Quaderno, inoltre, fornisce utili indicazioni circa lo svolgimento delle sedute degli organi in modalità mista (in presenza e “da remoto”) e le votazioni a scrutinio segreto per le riunioni in videoconferenza».

⁴ F.M. BATTISTA, C. BUE, M. SASSO, *La Digitalizzazione dell'attività degli organi collegiali negli enti locali*, Gazzetta Amministrativa, 2022.

⁵ I purtroppo frequenti casi di contagio anche all'interno delle amministrazioni e i conseguenti isolamenti forzati cui sono inevitabilmente andati incontro assessori e consiglieri, avrebbero infatti spesso impedito alle assemblee di avere un numero sufficiente di partecipanti riuniti in aula tale da consentire agli organi di operare.

⁶ È ormai estremamente diffusa la prassi della convocazione delle riunioni degli organi collegiali attraverso mezzi telematici, in particolare attraverso l'invio di posta elettronica certificata o e-mail agli indirizzi indicati dai componenti delle assemblee. La funzione della convocazione è quella di rendere noti la data, l'orario e gli argomenti che verranno trattati all'interno della seduta. Per quanto riguarda la riunione del Consiglio comunale, gli argomenti

Naturalmente, a differenza di quanto accade per il Consiglio, la convocazione della Giunta attraversa un procedimento più snello e caratterizzato da minor formalismo. Ciò accade principalmente per due fattori: in primo luogo, le riunioni della Giunta sono riservate e vengono svolte in assenza di pubblico. Le norme legate alla partecipazione dei cittadini alle riunioni del consiglio comunale non trovano per le riunioni giuntali alcun analogo corrispettivo. In secondo luogo, all'interno di questo organo è assente il rapporto tra maggioranza e opposizione e viene quindi meno l'esigenza di garantire la tutela delle minoranze.

Il Sindaco, nella sua qualità di Presidente della giunta, potrà effettuare la convocazione attraverso la modalità che ritiene più opportuna e idonea, mettendo a disposizione degli assessori le proposte da iscrivere all'ordine del giorno e i documenti ad esse relativi.

L'utilizzo di strumenti e software informatici non ha pregiudicato in alcun modo le prerogative dei partecipanti alle riunioni, dando modo ai membri delle assemblee di dibattere gli argomenti delle sedute e votare⁷ le proposte presentate a distanza, esattamente come avrebbero fatto se la riunione fosse stata svolta in presenza.

È stato inoltre rilevato come, rispetto al passato, grazie a queste nuove modalità operative si sia notevolmente ridotto il numero di assenti e conseguentemente anche la frequenza con cui

che verranno in essa trattati sono racchiusi all'interno dell'ordine del giorno, trasmesso ai consiglieri unitamente alla convocazione. Esso è costituito da un'elencazione delle materie che verranno discusse durante la riunione, redatto in maniera sintetica. Le specifiche rispetto a come l'ordine del giorno debba essere predisposto e le tempistiche entro cui esso debba essere portato a conoscenza dei consiglieri sono racchiuse all'interno del regolamento del Consiglio comunale di cui ciascun Comune è dotato, e possono variare tra i diversi enti. In ogni caso, punto fermo della disciplina è che esso presupponga già l'acquisizione del parere di regolarità tecnica ed eventualmente anche di regolarità contabile, e che debba essere sottoscritto dal Presidente della seduta (Sindaco o Presidente del Consiglio comunale) e pubblicato sull'albo pretorio.

Sempre per quanto riguarda il Consiglio comunale, è bene ricordare che, in base a quanto stabilito dal TAR Napoli con sentenza n. 6129/2018, non è sufficiente che l'avviso di convocazione ed il relativo ordine del giorno siano stati trasmessi ai consiglieri in maniera regolare, ma è anche necessario che tra il momento della ricezione della convocazione e quello della seduta consiliare trascorra un ragionevole lasso di tempo, funzionale a che il consigliere possa poi partecipare alla riunione in maniera informata e possa al meglio svolgere le funzioni cui è chiamato.

I giorni che devono trascorrere tra la notificazione dell'avviso di convocazione e la riunione del Consiglio devono intendersi liberi, non va computato né il giorno di notifica né quello in cui l'assemblea sarà riunita.

Laddove l'Organo venga convocato con urgenza, la convocazione dovrà avvenire almeno 24 ore prima della seduta, che potrà essere differita al giorno successivo laddove la maggioranza dei consiglieri lo richieda.

Il TAR Emilia – Romagna, Sez. Parma, nella sentenza n.292/2022, con specifico riguardo alla convocazione del consiglio comunale in videoconferenza, ha stabilito come il mancato invio dei codici di accesso alla riunione al consigliere sia nei fatti equivalente al mancato invio della convocazione.

⁷ Anche durante le riunioni a distanza è possibile utilizzare lo strumento del voto segreto utilizzando appositi software, come ad esempio Eligo, WeVote, Polyas.

Il TAR Liguria, con sentenza n. 476/2021, ha inoltre indicato come legittima la seguente modalità di voto segreto, laddove stabilita nel provvedimento del presidente del consiglio: invio via mail del voto, recepito da un collegio di garanti e da questi inserito anonimo nell'urna elettorale: «una modalità che, pur con inevitabili limiti, consente un adeguato compromesso tra esigenza di segretezza e esigenza di espressione del voto da remoto» V. A. SCARSELLA, *Le sedute degli organi collegiali a distanza: indicazioni operative*, La Gazzetta degli Enti Locali, 2022.

le assemblee non hanno raggiunto il numero minimo di partecipanti per essere valide⁸, obbligando il Segretario comunale a certificare la seduta come deserta e il Presidente dell'organo ad effettuare una nuova convocazione.

2. Lo scenario post emergenziale.

A partire dal 31 marzo 2022, la disciplina transitoria dettata dal D.L. c.d. "Cura Italia" non risulta essere più applicabile, stante l'assenza di ulteriori proroghe dello stato di emergenza da parte del Governo e il suo conseguente cessare⁹.

La possibilità di proseguire nell'utilizzo delle riunioni in videoconferenza per Consiglio e Giunta non sembra essere tuttavia venuta meno, sebbene si siano registrate anche alcune opinioni contrarie¹⁰.

Tra queste, la più rilevante è senza dubbio il parere del 10 giugno 2021 del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, per cui «la norma statutaria che consentirebbe lo svolgimento delle riunioni della giunta in modalità mista, anche dopo il superamento della fase emergenziale (disciplinata dall'art. 73, c. 1, del d.l. n. 18/2020), potrà trovare applicazione solo nel momento dell'eventuale esplicita previsione legislativa» impedendo quindi l'utilizzo dei nuovi strumenti da parte degli enti locali in assenza di una specifica norma di legge, a tutt'oggi non ancora emanata.

Tale lettura non risulta essere condivisibile: a parere di chi scrive, l'art. 73, co. 1, del D.L. "Cura Italia" ha avuto il solo scopo di consentire le assemblee online anche nei Comuni sprovvisti di statuti e regolamenti già attrezzati allo scopo¹¹.

⁸ Perché le sedute del Consiglio siano valide, è richiesta la presenza di un quorum strutturale che deve non solo sussistere al momento iniziale della riunione, ma deve anche essere mantenuto durante tutta la durata della stessa. In caso il numero legale non venga raggiunto o venga a mancare durante la seduta, il Segretario comunale redige il verbale di seduta deserta e la stessa viene rinviata ad un altro giorno, in seconda convocazione.

Anche per le riunioni della giunta è necessario che il quorum strutturale venga mantenuto per tutta la durata della riunione.

⁹ L'assenza di una ulteriore proroga dello stato di emergenza dopo la scadenza del 31 marzo 2022 è stata annunciata dal Presidente del Consiglio Mario Draghi al termine della riunione del Consiglio dei Ministri del 17 marzo 2022, con l'obiettivo del governo di traghettare il paese verso una "nuova normalità".

¹⁰ Nonostante non facciano espresso riferimento al contesto post emergenza pandemica, vanno menzionate le critiche rispetto all'utilizzo delle riunioni a distanza degli organi politici espresse dal Presidente emerito della Consulta, Gaetano Silvestri, secondo cui «appare problematico poter garantire nella votazione da remoto la sussistenza delle condizioni della sua genuinità ai sensi dell'art. 48 Cost.; il che vale per tutte le forme di "democrazia digitale", che prescindono dalle condizioni ambientali in cui si trova chi esprime la sua volontà democratica. A costo di apparire troppo sospettoso e tradizionalista *démodé*, mi sento più tranquillo se elettori e rappresentanti esprimono il loro voto nelle cabine poste nei seggi elettorali e su schede di Stato (elettori) o nelle sedi parlamentari, con le tecniche allo scopo predisposte e lontani da possibili interferenze e pressioni (rappresentanti). L'entusiasmo per la tecnologia non dovrebbe far diminuire l'entusiasmo per la libertà».

¹¹ Tra le voci critiche rispetto al parere del 10.06.2021 del Ministero dell'Interno, si ha quella del Segretario Comunale Amedeo Scarsella, che sul punto si è così espresso sulle pagine della Gazzetta degli Enti Locali: «Con riferimento alle sedute a distanza personalmente ho sperimentato, soprattutto per quel che riguarda la giunta comunale e le commissioni consiliari (per il consiglio le considerazioni possono essere diverse), la maggiore

In assenza di tale disposizione emergenziale infatti, la quasi totalità degli enti locali sarebbero rimasti impossibilitati dallo svolgere le riunioni dei propri organi assembleari, non avendo il tempo di introdurre norme adeguate a consentire le riunioni a distanza a causa del repentino svilupparsi dell'emergenza sanitaria e del costante aumento dei contagi.

La possibilità per Consiglio e Giunta di operare per il tramite di riunioni telematiche nel post-emergenza pandemica trova legittimazione nelle disposizioni contenute nel Testo Unico per Enti Locali, in particolare agli articoli 6 co.2¹²,7¹³ e 38 co. 2 e 3¹⁴ D. Lgs. 267/2000, aventi rispettivamente la funzione di: individuare le linee generali per l'organizzazione e il funzionamento degli organismi comunali all'interno dello statuto dell'ente; tracciare, all'interno dei regolamenti comunali, le modalità concrete con cui i collegi possono operare, nel rispetto delle indicazioni statutarie; definire la disciplina relativa al funzionamento del Consiglio comunale, da individuarsi all'interno di apposito regolamento sul funzionamento del Consiglio.

Nello specifico caso della Regione Sicilia, il potere di auto organizzazione degli organi assembleari trova inoltre dei richiami normativi anche nell'ordinamento regionale, c.d. l'Ordinamento delle Autonomie degli Enti locali della Regione Siciliana, e in particolare negli

disponibilità a partecipare da parte di tutti i componenti, che anche con il telefono e da qualunque posizione possono garantire la loro presenza ed il loro contributo. Gli elementi positivi di tale modalità flessibile di riunione non si esauriscono con la maggiore snellezza nell'organizzazione, ma occorre tener presente che in molti casi le amministrazioni non sono tenute a pagare permessi per il tempo necessario a raggiungere la sede comunale e il rientro presso la sede di lavoro dell'amministratore. Del pari, la partecipazione del segretario comunale è resa molto più agevole laddove lo stesso abbia la responsabilità di assistere a sedute di organi collegiali in diversi Comuni. L'innovazione delle amministrazioni passa, ad avviso di chi scrive, non solo (e forse non tanto) attraverso modifiche normative, ma richiede un diverso atteggiamento di tutti coloro che hanno ruoli di responsabilità nelle amministrazioni, che devono passare da letture rigide ed estremamente rigorose di norme (la cd. amministrazione difensiva), a letture orientate all'efficienza della Pubblica Amministrazione e al buon senso. Il parere del Ministero dell'Interno oggetto di commento, oltre ad essere difficilmente condivisibile dal punto di vista giuridico, appare anche poco comprensibile nell'ottica dell'efficienza e dell'economicità dell'attività degli Enti locali» (A. SCARSELLA, *Le sedute degli organi collegiali a distanza: indicazioni operative*, La Gazzetta degli Enti Locali, 2022).

¹² «Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dal presente testo unico, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzia e di partecipazione delle minoranze, i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio. Lo Statuto stabilisce, altresì, i criteri generali in materia di organizzazione dell'ente, le forme di collaborazione fra comuni e province, della partecipazione popolare, del decentramento, dell'accesso dei cittadini, alle informazioni e ai procedimenti amministrativi, lo stemma e il gonfalone e quanto ulteriormente previsto dal presente testo unico.»

¹³ «Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni.»

¹⁴ «2. Il funzionamento dei consigli, nel quadro dei principi stabiliti dallo statuto, è disciplinato dal regolamento, approvato a maggioranza assoluta, che prevede, in particolare, le modalità per la convocazione e per la presentazione e la discussione delle proposte. Il regolamento indica altresì il numero dei consiglieri necessario per la validità delle sedute, prevedendo che in ogni caso debba esservi la presenza di almeno un terzo dei consiglieri assegnati per legge all'ente, senza computare a tale fine il sindaco e il presidente della provincia.

I consigli sono dotati di autonomia funzionale e organizzativa. Con norme regolamentari i comuni e le province fissano le modalità per fornire ai consigli servizi, attrezzature e risorse finanziarie. Nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti e nelle province possono essere previste strutture apposite per il funzionamento dei consigli. Con il regolamento di cui al comma 2 i consigli disciplinano la gestione di tutte le risorse attribuite per il proprio funzionamento e per quello dei gruppi consiliari regolarmente costituiti.»

art. 4 co.1 e 2¹⁵, 5¹⁶, 32¹⁷, e 35¹⁸, della L. 142/90, come recepita dalla L. Reg. Sic. n. 48/91, con riferimento rispettivamente alla potestà statutaria degli enti comunali, alla potestà regolamentare, alle competenze del Consiglio comunale e alle competenze della Giunta.

Quale ulteriore indice della possibilità di individuare negli strumenti normativi dell'ente locale delle previsioni volte ad ammettere le sedute assembleari da remoto, vi sono poi l'art. 3-*bis* della legge 241/1990¹⁹ e le norme del Codice dell'Amministrazione Digitale, c.d. CAD²⁰.

¹⁵ «1. I comuni e le province adottano il proprio statuto.

2. Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dalla legge, stabilisce le norme fondamentali per l'organizzazione dell'ente ed in particolare determina le attribuzioni degli organi, l'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici, le forme della collaborazione fra comuni e province, della partecipazione popolare, del decentramento, dell'accesso dei cittadini alle informazioni ed ai procedimenti amministrativi.»

¹⁶ «Nel rispetto della legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti per l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni.»

¹⁷ «1. Il consiglio è l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo.

2. Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali:

a) gli statuti dell'ente e delle aziende speciali, i regolamenti, l'ordinamento degli uffici e dei servizi;
b) i programmi, le relazioni previsionali e programmatiche, i piani finanziari ed i programmi di opere pubbliche, i bilanci annuali e pluriennali e relative variazioni, i conti consuntivi, i piani territoriali e urbanistici, i programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, le eventuali deroghe ad essi, i pareri da rendere nelle dette materie;

c) la disciplina dello stato giuridico e delle assunzioni del personale; le piante organiche e le relative variazioni;

d) le convenzioni tra i comuni e quelle tra comuni e provincia, la costituzione e la modificazione di forme associative;

e) l'istituzione, i compiti e le norme sul funzionamento degli organismi di decentramento e di partecipazione;

f) l'assunzione diretta dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e di aziende speciali, la concessione dei pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante convenzione;

g) l'istituzione e l'ordinamento dei tributi, la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi;

h) gli indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza;

i) la contrazione dei mutui e l'emissione dei prestiti obbligazionari;

l) le spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo;

m) gli acquisti e le alienazioni immobiliari, relative permuta, gli appalti e le concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari;

n) la nomina, la designazione e la revoca dei propri rappresentanti presso enti, aziende ed istituzioni operanti nell'ambito del comune o della provincia ovvero da essi dipendenti o controllati. Le nomine e le designazioni devono essere effettuate entro quarantacinque giorni dalla elezione della giunta o entro i termini di scadenza del precedente incarico. In caso di mancata deliberazione si provvede ai sensi dell'articolo 36, comma 5.»

¹⁸ «1. La giunta compie tutti gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non rientrino nelle competenze, previste dalla legge o dallo statuto, del sindaco o del presidente della provincia, degli organi del decentramento, del segretario o dei funzionari dirigenti; riferisce annualmente al consiglio sulla propria attività, ne attua gli indirizzi generali e svolge attività propositiva e di impulso nei confronti dello stesso.»

¹⁹ «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.»

L'art. 12 del CAD²¹, nello specifico, è decisamente orientato a favorire all'interno delle pubbliche amministrazioni l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione.

Le suddette considerazioni risultano condivise dalla più accreditata dottrina²² e sono state

L'articolo in questione costituisce una norma di natura programmatica il cui scopo è incentivare l'uso degli strumenti telematici da parte della pubblica amministrazione, sia nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, sia nei rapporti con i privati. La *ratio* della disposizione è volta, da un lato, alla semplificazione dell'attività delle amministrazioni pubbliche attraverso l'utilizzo delle tecnologie informatiche, dall'altro, a rafforzare l'attuazione dei principi di pubblicità e trasparenza.

In questo ambito, è stato elaborato il concetto di *e-government*, termine derivato analogicamente da *e-business*, con cui viene identificato il contesto relativo alle attività delle amministrazioni pubbliche realizzate grazie all'ausilio degli strumenti digitali.

²⁰ Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ha subito molteplici modifiche nel corso degli anni e rappresenta uno dei principali testi normativi in vigore per quanto riguarda la digitalizzazione e la semplificazione della pubblica amministrazione.

²¹ «1. 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).

1-bis. Gli organi di Governo nell'esercizio delle funzioni di indirizzo politico ed in particolare nell'emanazione delle direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione ai sensi del comma 1 dell'articolo 14 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le amministrazioni pubbliche nella redazione del piano di performance di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, dettano disposizioni per l'attuazione delle disposizioni del presente Codice.

1-ter. I dirigenti rispondono dell'osservanza ed attuazione delle disposizioni di cui al presente Codice ai sensi e nei limiti degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ferme restando le eventuali responsabilità penali, civili e contabili previste dalle norme vigenti. L'attuazione delle disposizioni del presente Codice è comunque rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance organizzativa ed individuale dei dirigenti.

2. Le pubbliche amministrazioni utilizzano, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 71. (28)

3. Le pubbliche amministrazioni operano per assicurare l'uniformità e la graduale integrazione delle modalità di interazione degli utenti con i servizi informatici, ivi comprese le reti di telefonia fissa e mobile in tutte le loro articolazioni, da esse erogati, qualunque sia il canale di erogazione, nel rispetto della autonomia e della specificità di ciascun erogatore di servizi.

3-bis. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, favoriscono l'uso da parte dei lavoratori di dispositivi elettronici personali o, se di proprietà dei predetti soggetti, personalizzabili, al fine di ottimizzare la prestazione lavorativa, nel rispetto delle condizioni di sicurezza nell'utilizzo».

²² Si segnala sul punto L. OLIVERI, *Consigli e giunte da remoto anche dopo il 31 marzo*, in ItaliaOggi, Numero 59, p. 36, dell'11 marzo 2022, per cui: «l'indicazione ministeriale non è in alcun modo condivisibile. Essa travisa lo scopo dell'articolo 73, comma 1, del dl 18/2020 che non è consistito affatto nell'attribuire un potere temporaneo e legato all'emergenza pandemica di disciplinare le sedute da remoto; la norma ha avuto la sola funzione di permettere di tenere on line le riunioni di consiglio e giunta anche in assenza di un regolamento adottato allo scopo, vista l'oggettiva mancanza di tempo per adottare quei regolamenti, in particolare nell'acutissima fase del lock down del 2020. La regolazione delle sedute da remoto non deve trarre la propria legittimazione da una legge di dettaglio. Sono più che sufficienti, invece, le disposizioni del codice dell'amministrazione digitale (d.lgs 82/2005), che

oggetto anche di diversi autorevoli e recenti pareri e circolari.

Va anzitutto segnalato il parere del 25 marzo 2022, protocollo n. 13721, espresso dal Sistema Autonomie Locali e Funzione Pubblica del Friuli Venezia Giulia, il quale testualmente recita che: «in previsione della prossima cessazione dello stato emergenziale, rientra nell'autonomia di ciascun ente locale prevedere in sede regolamentare la possibilità di utilizzare, in via ordinaria, la modalità di svolgimento delle sedute degli organi collegiali dell'ente da remoto oppure in modalità mista (in presenza e online)».

Sulla medesima posizione si è collocata anche l'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI), che tramite la propria nota di marzo 2022, Prot. N. 28/VSG/SD, intitolata «sullo svolgimento delle sedute degli organi collegiali da remoto o in modalità c.d. mista, anche dopo la cessazione dello stato di emergenza, indica come tutti i regolamenti adottati dagli enti locali prima e durante lo stato emergenziale, per disciplinare lo svolgimento delle sedute dei propri organi da remoto o in modalità mista, continuano ad essere efficaci anche successivamente al termine di cessazione dello stato emergenziale (31 marzo u.s.). Ovviamente, stesso ragionamento vale per gli enti che, dopo il 31 marzo, vorranno dotarsi di tale strumento regolamentare della materia “de qua”».

Da ultimo, quale ulteriore e decisivo segnale in senso favorevole all'uso dello strumento della videoconferenza per le riunioni di Giunta e Consiglio comunale, va citata la circolare n. 33/2022 del Ministero dell'Interno, in cui l'Avvocatura Generale dello Stato conclude come: «gli Enti locali possano, nell'ambito della propria potestà regolamentare, disciplinare lo svolgimento delle proprie riunioni in videoconferenza o in modalità mista, nel rispetto della legge, dello Statuto e dei criteri di trasparenza e tracciabilità, identificabilità con certezza dei partecipanti, sicurezza e protezione dei dati personali, nonché adeguata pubblicità delle sedute e regolare svolgimento delle stesse: criteri richiamati nell'art.73 del D.L. n.18/2020 succitato, come condizioni per il ricorso alle modalità non in presenza, che si ritiene valgano anche al di là del periodo emergenziale. A tal fine si ritiene necessaria l'adozione di un apposito regolamento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 TUEL succitato (che tenga conto anche delle peculiarità dei diversi organi degli Enti locali), in quanto la possibilità di utilizzare la modalità di riunione in videoconferenza, in assenza di una specifica disciplina regolamentare, che ne preveda e disciplini l'impiego anche in via ordinaria, era consentita e giustificata solo dalla disciplina normativa emergenziale, ora non più in vigore».

Tutto ciò considerato, complici anche gli investimenti già sostenuti durante l'emergenza

riguardano ogni aspetto del funzionamento delle p.a., comprese le sedute degli organi collegiali e, soprattutto, le indicazioni contenute negli articoli 6, 7 e 38 del d.lgs 267/2000 [...] in un sistema nel quale l'utilizzo di piattaforme informatiche capaci di accertare l'identità dei componenti degli organi collegiali in modo sicuro e di gestire le votazioni anche da remoto, è del tutto anacronistico immaginare un divieto alla prosecuzione delle sedute on line anche da remoto».

pandemica in termini di tempo e risorse per introdurre l'utilizzo delle riunioni online, appaiono senz'altro condivisibili gli orientamenti volti a non vanificare gli sforzi fatti dai Comuni, avviando un processo volto a disciplinare l'utilizzo dei nuovi strumenti operativi in maniera stabile e definitiva.

3. Risvolti operativi: riflessioni in merito alla possibile modifica dello statuto per disciplinare le riunioni in videoconferenza.

L'art. 114 della Costituzione, come modificato in seguito alla riforma costituzionale avvenuta con legge n. 3/2001, riconosce come «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione».

Lo statuto è l'atto normativo che detta le linee fondamentali dell'organizzazione dell'ente e all'interno della quale sono fissati dei principi generali che vengono poi declinati nei regolamenti comunali.

L'art. 4 della legge 131/2003²³, c.d. legge La Loggia, individua la potestà statutaria degli enti locali, rientrando nel più ampio concetto di potestà normativa, da intendersi quale potere di dettare norme capaci di innovare l'ordinamento giuridico. Sia la potestà statutaria che la potestà regolamentare dell'ente devono essere considerate come l'espressione più qualificante della condizione istituzionale degli enti locali in sensocoerente con l'assetto pluralistico e democratico dei pubblici poteri nel sistema repubblicano²⁴, in quanto è proprio attraverso questi atti che l'ente locale manifesta la propria specificità culturale, economica e civile.

L'art. 6 TUEL, l'art. 4 della legge 131/2003 e, per la Regione Sicilia, l'art. 4 della L. 142/90, come recepita dalla L. Reg. Sic. n. 48/91, delineano il contenuto dello Statuto, distinguendo un contenuto obbligatorio, di carattere essenziale, ed un contenuto facoltativo, tramite il quale l'ente locale esprime la propria autonomia in maniera più marcata.

²³ «1. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà normativa secondo i principi fissati dalla Costituzione. La potestà normativa consiste nella potestà statutaria e in quella regolamentare.

2. Lo statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare.

3. L'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie.

4. La disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione.

5. Il potere normativo è esercitato anche dalle unioni di Comuni, dalle Comunità montane e isolane.

6. Fino all'adozione dei regolamenti degli enti locali, si applicano le vigenti norme statali e regionali, fermo restando quanto previsto dal presente articolo.»

²⁴ Si vedano sul punto testi di manualistica.

Tra gli elementi che devono inderogabilmente essere disciplinati dallo Statuto vi sono le attribuzioni degli organi dell'ente locale e i principi generali in materia di organizzazione del Comune. All'interno di questa ampia formula, sicuramente rientra la possibilità di disciplinare le modalità con cui gli organi collegiali comunali possono riunirsi e svolgere le proprie attività, anche a distanza.

Tutto ciò premesso, sebbene sia indubbio come all'interno dello Statuto possano trovare spazio specifiche disposizioni volte a normare le riunioni in videoconferenza di Giunta e Consiglio, delle norme statutarie di questo tipo non sembrano in realtà rappresentare parte necessaria dell'iter volto a introdurre lo strumento delle riunioni a distanza nell'ente locale.

Le indicazioni contenute nella Circolare 33/2022 del Ministero dell'Interno non individuano infatti la modifica statutaria come passaggio necessario all'introduzione della nuova disciplina, limitandosi a indicare che i regolamenti introdotti non debbano porsi in contrasto con lo statuto²⁵.

4. Risvolti operativi: il regolamento della Giunta comunale.

Particolari dubbi sono stati sollevati in dottrina rispetto all'approvazione del regolamento della Giunta comunale relativo allo svolgimento delle sedute in videoconferenza e in modalità mista. Da un lato si è ritenuto che la competenza in merito all'approvazione di tale atto spettasse al Consiglio, nel rispetto del principio generale per cui l'approvazione dei regolamenti, ad eccezione del regolamento per l'organizzazione degli uffici e dei servizi, sia materia di competenza consiliare²⁶. Dall'altro, si è ipotizzato che la competenza rispetto all'approvazione di questo specifico regolamento potesse anche essere della Giunta, sulla base di un potere di auto-organizzazione a essa immanente.

A sostegno di quest'ultima interpretazione è intervenuto il parere del 25.03.2022, n. di protocollo 13721, espresso dal Sistema Autonomie Locali e Funzione Pubblica del Friuli Venezia Giulia, già precedentemente richiamato, che sul punto si è così pronunciato: «si ritiene che gli enti locali possano far approvare il regolamento, contenente le sole disposizioni afferenti le modalità di funzionamento delle sedute della Giunta, dall'organo stesso (sulla base del potere di autoregolazione che ciascun organo collegiale possiede) o dal Consiglio (in stretta aderenza al dettato normativo)».

Nei fatti, la strada dell'approvazione del regolamento giuntale direttamente attraverso

²⁵ In caso di contrasto tra Statuto e Regolamento, sulla base del principio di gerarchia delle fonti ed in conformità all'articolo 7 TUEL che disciplina l'adozione dei regolamenti comunali «nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto» (Cfr. sentenza TAR Lombardia, Brescia, n. 2625 del 28 dicembre 2009) prevale la normativa statutaria.

²⁶ Art. 42, co. 2, lett. a) del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

delibera di giunta è stata seguita da un grande numero di enti²⁷, e a parere di chi scrive è certamente preferibile ad una approvazione del Regolamento effettuata da parte del Consiglio.

Laddove l'approvazione avvenisse tramite il Consiglio comunale, la Giunta rischierebbe di vedere la propria autonomia operativa e organizzativa in parte compromessa.

Nella sfortunata eventualità in cui le disposizioni regolamentari risultassero addirittura indigeste per l'organo, compromettendone l'efficienza e rendendo difficoltoso il suo operare, si potrebbe arrivare alla conseguenza di dover poi riconvocare il Consiglio per discutere, votare e deliberare nuove modifiche al regolamento richieste da parte degli assessori o dal sindaco, con tutte le lungaggini temporali che ciò comporterebbe.

Sebbene quindi la strada dell'approvazione del regolamento giuntale da parte del Consiglio si presenti come percorribile e certamente aderente al dettato normativo, attraverso la deliberazione dello stesso direttamente da parte della Giunta comunale si può evitare qualunque possibile complicazione non necessaria, lasciando la massima libertà in termini operativi alla stessa.

I contenuti delle norme introdotte nel Regolamento dovranno in ogni caso essere volti ad assicurare la massima efficienza e flessibilità organizzativa all'organo, ripercorrendo i principi già espressi per quanto attiene alle riunioni in videoconferenza del Consiglio, tenendo tuttavia naturalmente conto delle particolarità della Giunta, del minor formalismo che le riunioni della stessa richiedono e dell'assenza del pubblico.

5. Possibili evoluzioni: *focus* sulla tecnologia *blockchain*.

È auspicabile che nel prossimo futuro gli enti locali proseguano sulla via dell'innovazione e compiano un ulteriore step in ottica digitalizzazione, avvalendosi della tecnologia *blockchain* per dare maggiore certezza dell'archiviazione di tutti i contenuti delle sedute online di Consiglio e Giunta, nonché dell'originalità dei documenti informatici che vengono approvati e trasmessi durante le stesse.

²⁷ Si richiama, tra gli altri, l'esempio del Comune di Isnello (PA), piccolo centro di 1329 abitanti situato nel Parco delle Madonie, primo in Sicilia a dotarsi di un Regolamento volto a consentire le riunioni della Giunta in videoconferenza (deliberato dalla Giunta stessa, fra l'altro, in epoca antecedente la dichiarazione dello stato di emergenza), sulla scorta del parere n. 6233/2019 della Regione Sicilia. «Come Isnello solo pochi altri Comuni nel resto d'Italia: Arezzo, unico capoluogo, e Lacchiarella, piccolo centro della Lombardia, per quel che ci ha confermato l'Anci nazionale. Si tratta di un'integrazione importante e significativa che permette di razionalizzare i costi – dice Catanzaro – e di utilizzare le nuove tecnologie di comunicazione in funzione delle esigenze amministrative: se un assessore per qualche motivo, che sia di lavoro, di trasferta o altro, non può essere fisicamente presente in seduta di giunta, potrà parteciparvi e votare a distanza, purché abbia avuto visione della documentazione utile». Queste le parole di Marcello Catanzaro, Sindaco di Isnello, pubblicate il 4 febbraio 2020, su www.pippogaliponews.it.

La *blockchain*²⁸ (che può essere definita letteralmente come “catena di blocchi”) è una struttura costituita da un insieme di dati condivisi e “immutabili”; si tratta di un registro digitale le cui voci sono raggruppate in “blocchi”, cronologicamente coordinati, connotato da una integrità che viene garantita dall’uso della crittografia.

Il suo contenuto, una volta definito tramite un processo, non risulta essere più modificabile o cancellabile in alcun modo, a meno di non invalidare l’intera struttura. I più moderni servizi offerti verso gli enti locali dalle aziende operanti nel settore, propongono una soluzione che comprende la fornitura del software per realizzare le riunioni a distanza in abbinamento alla “notarizzazione” su *blockchain*.

Questa consiste in «un procedimento che impiega il registro distribuito di una blockchain esistente per certificare la data di un documento (in questo caso, di un video) e la sua integrità, cioè l’assenza di modifiche apportate nel corso del tempo»²⁹. L’attività di notarizzazione rende il dato non modificabile e quindi maggiormente sicuro e al riparo da tentativi di contraffazione, semplificando notevolmente l’eventuale prova di autenticità dello stesso.

Nel nostro ordinamento sono state recentemente introdotte le prime definizioni normative di *blockchain* e *smart contract* dall’art. 8-ter della legge 11 febbraio n. 12 del 2019 (c.d., D.L. Semplificazioni 2019)³⁰, a testimonianza della sempre maggiore rilevanza che questi strumenti hanno per il mondo giuridico.

Il 3° comma dell’art. 8-ter, in particolare, riconoscendo l’effetto di prova piena e

²⁸ La tecnologia *blockchain* fa parte della più ampia famiglia dei *Distributed Ledger*. Si tratta di sistemi «che si basano su un registro distribuito, che può essere letto e modificato da più nodi di una rete. Non è richiesto che i nodi coinvolti conoscano l’identità reciproca o si fidino l’uno dell’altro perché, per garantire la coerenza tra le varie copie, l’aggiunta di un nuovo blocco è globalmente regolata da un protocollo condiviso. Una volta autorizzata l’aggiunta del nuovo blocco, ogni nodo aggiorna la propria copia privata. La natura stessa della struttura dati garantisce l’assenza di una sua manipolazione futura» (*La Blockchain spiegata in maniera semplice*, da https://blog.osservatori.net/it_it).

Questi strumenti sono i più sicuri al momento disponibili per salvaguardare la tracciabilità e l’autenticità delle informazioni che vengono inviati tra diversi soggetti, rappresentando una evoluzione rispetto ai processi di archiviazione dati fino ad oggi utilizzati dagli enti pubblici.

²⁹ *Videoconferenza e blockchain: l’incontro che rende il dato “autentico”*, pubblicato su www.ictbusiness.it, 2020.

³⁰ «1. si definiscono “tecnologie basate su registri distribuiti” le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. 2. Si definisce “smart contract” un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. 3. La memorizzazione di un documento informatico attraverso l’uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all’articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014. 4. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l’Agenzia per l’Italia digitale individua gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3».

validazione temporale certificata, *ex art. 41* Regolamento eIDAS (acronimo che sta per Electronic IDentification Authentication and Signature, ossia il Regolamento UE sull'identità digitale), ai documenti informatici salvati su *blockchain*³¹, apre le porte a un largo utilizzo di queste tecnologie nel prossimo futuro, sia da parte sia dei privati che delle pubbliche amministrazioni.

L'utilizzo di un sistema di videoconferenza agganciato a un servizio di notarizzazione su *blockchain*³² da parte degli organi collegiali comunali comporterebbe notevoli vantaggi per diversi soggetti.

In primo luogo, per i partecipanti alla riunione, i quali avrebbero la certezza che niented di quanto discusso, trasmesso e realizzato durante la seduta potrebbe mai essere alterato; in secondo luogo, per i cittadini, che potrebbero risalire a qualunque evento accaduto durante le assemblee online aperte al pubblico semplicemente consultando la *blockchain (open source*, quindi accessibile a tutti) e le informazioni sulla stessa registrate; in terzo luogo, per il Segretario comunale, che vedrebbe i propri compiti di verbalizzazione notevolmente semplificati.

Infatti, è bene precisare che qualsiasi sia la tecnologia di cui le amministrazioni si avvalgono per supportare le sedute online degli organi collegiali, permane in capo al Segretario il compito di procedere alla stesura del verbale della riunione, che rimane necessaria. Ciò è stato recentemente ribadito dal parere del Ministero dell'Interno del 3 marzo 2021, per cui: «la verbalizzazione delle riunioni degli organi collegiali, in quanto attività propria del segretario

³¹ Il Regolamento eIDAS, Regolamento UE n° 910/2014 sull'identità digitale, si pone l'obiettivo di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri, agevolando le interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni e incrementando la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici e delle transazioni di e-business e commercio elettronico nell'Unione Europea.

L'art. 41 del Regolamento, rubricato “*effetti giuridici della validazione temporale elettronica*” così recita:

«1. Alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata.

2. Una validazione temporale elettronica qualificata gode della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate.

3. Una validazione temporale elettronica rilasciata in uno Stato membro è riconosciuta quale validazione temporale elettronica qualificata in tutti gli Stati membri».

³² Tra i servizi maggiormente all'avanguardia in materia spicca quello derivante dall'accordo tra Natlive, startup con sedi in Italia, Stati Uniti e Inghilterra, e BlockchainItalia.io. Il risultato di questa partnership è costituito da una piattaforma che consente di “notarizzare” direttamente su Algorand, cioè sulla blockchain pubblica sviluppata da Silvio Micali, professore del MIT di Boston. Avvantaggiandosi delle caratteristiche di eccellenza in termini di scalabilità, sicurezza e velocità della blockchain di Algorand, i costi e le tempistiche di notarizzazione dei file si riducono al minimo. Citando le dichiarazioni di Fabio Porcellini, Ceo di Natlive, la partnership tra le due aziende «permetterà di realizzare la prima piattaforma video multiservizi al mondo in grado di abilitare automaticamente la notarizzazione su blockchain pubblica e la custodia in cloud delle registrazioni video dei meeting e delle riunioni, dei verbali e ogni documento riferito, dotandoli di marcatura temporale, prova di esistenza e immutabilità e certificato di paternità». Tale sistema, se utilizzato da parte degli enti locali per supportare le riunioni in videoconferenza dei propri organi, renderebbe l'attività di verbalizzazione del Segretario comunale molto più rapida, sicura e semplice.

Cfr. A. DE CANDIA, *La notarizzazione dei video è su Algorand*, 2022.

comunale, dovrebbe essere resa in forma scritta al fine di segnalare anche fatti e circostanze che non emergano dalla registrazione vocale»³³.

6. Considerazioni conclusive.

La spinta verso una pubblica amministrazione capace di utilizzare gli strumenti digitali moderni, avviata dall'art.73 del D.L. Cura Italia, non può ammettere, nella futura fase post-emergenziale, alcun passo indietro.

La semplificazione e l'efficienza degli enti locali, e in un orizzonte più ampio anche il complessivo buon andamento raccolto nell'art. 97 co. 2 della Costituzione e dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non possono che passare attraverso il digitale e la crescente informatizzazione degli enti pubblici, che devono essere in grado di sfruttare al meglio le nuove tecnologie messe a disposizione dal mercato in ogni procedimento dove esse possono trovare applicazione³⁴. Questo dato rappresenta una realtà alla quale sottrarsi

³³ A seguire un estratto particolarmente interessante del parere citato, volto ad analizzare il rapporto tra registrazione audio-video della seduta consiliare e la verbalizzazione della seduta: «si osserva che il consiglio comunale nell'esercizio della propria autonomia funzionale ed organizzativa di cui al richiamato art. 38, comma 3, T.U.O.E.L., ha la possibilità anche di regolamentare la registrazione del dibattito e delle votazioni con mezzi audiovisivi, sia da parte degli uffici di supporto all'attività di verbalizzazione del segretario comunale, che da parte dei consiglieri, nonché dagli organi di informazione e dei cittadini che assistono alla sedute pubbliche. La registrazione può essere utilizzata come brogliaccio – a disposizione del segretario “che cura la verbalizzazione” ai sensi dell'articolo 97, comma 4, del decreto legislativo n. 267/00 – non ancora tradotto in atti, che secondo il T.A.R. Veneto (sent. n.60 del 2002) ed il T.A.R. Lombardia-Milano (sent. n. 1914 del 2009) non assurge alla qualificazione di documento amministrativo. Nel senso della piena accessibilità della registrazione audio, si è invece pronunciato il T.A.R. Lombardia – Milano, con la decisione n. 1914/2009. Peraltro, proprio lo svolgimento delle sedute da remoto consentite nell'attuale fase pandemica dalla legge, ha favorito la possibilità di registrazione integrale degli interventi ad uso anche del segretario verbalizzante. Nonostante la legislazione (art. 300 del T.U. del 1915) che prevedeva la lettura, approvazione e sottoscrizione dei verbali sia stata abrogata, è consuetudine di tutti gli organi collegiali operare in tal senso, in quanto il verbale, in definitiva, non attiene al procedimento deliberativo che si esaurisce e si perfeziona con la proclamazione del risultato della votazione, ma assolve ad una funzione di mera certificazione dell'attività dell'organo deliberante (T.A.R. Lazio, I, 10 ottobre 1991, n.1703). Con la sentenza n.1311 del 14.07.2009 il T.A.R. Sicilia – Sez. di Catania – ha precisato che il verbale della seduta costituisce l'elemento essenziale dell'esternazione e della documentazione delle determinazioni amministrative degli organi collegiali, nonché la condizione necessaria perché le determinazioni stesse acquistino valore di espressione di potestà amministrative. Pertanto, considerato che la verbalizzazione è attività propria del segretario comunale, il quale, oltre al mero riporto degli interventi dei singoli consiglieri e degli altri partecipanti alla seduta, può segnalare fatti e circostanze avvenuti che non emergano dalla registrazione vocale, si ritiene che la forma scritta sia preferibile in quanto fornisce certezza in ordine alla modalità della deliberazione maturata in sede di riunioni degli organi collegiali».

³⁴ D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto ue e tecnologie ict)*, in www.air.unimi.it, 2021, per cui: «A partire dagli anni Novanta ha iniziato peraltro ad affermarsi una lettura orientata dei principi di imparzialità e buon andamento, strettamente connessa alla più generale esigenza di rimodernare la “macchina amministrativa”, anche allo scopo di operare una adeguata riorganizzazione dell'apparato amministrativo. Anche in questa prospettiva appare evidente il ruolo fondamentale che possono svolgere, oggi, le ICT (acronimo di Information and Communications Technology, dall'inglese tecnologie dell'informazione e della comunicazione). Sia, dunque, nell'ottica della previsione di cui all'art. 97 della nostra Costituzione, che nell'ottica di quel diritto ad una buona amministrazione enunciato all'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, appare perciò evidente il ruolo cruciale delle ICT. Si tratta di un ruolo che esse in parte già svolgono, ma che sempre di più saranno chiamate a svolgere negli anni a venire».

è, oggi, impossibile.

Le riunioni online e in modalità mista degli organi collegiali comunali non rappresentano altro che uno dei nuovi strumenti di cui la pubblica amministrazione necessita al fine di operare in maniera ottimale.

Queste contemperano esigenze sia di carattere pubblicistico (disciplinare il funzionamento delle attività istituzionali e assicurarne l'operatività anche laddove la riunione in presenza di consiglieri assessori risulti troppo complessa o impossibile da realizzare) che privatistico (quali la tutela della salute e della vita dei membri dei collegi, ma anche il maggior risparmio di denaro e di tempo spesi per partecipare alle riunioni, nonché il minor sacrificio della loro vita familiare e lavorativa); il loro utilizzo peraltro non pregiudica in alcun modo il funzionamento degli organi dell'ente o delle esigenze dei cittadini, essendo per il Comune solo un valore aggiunto.

La crisi pandemica iniziata a fine 2019, per molti aspetti non ancora conclusa nonostante l'ormai sopraggiunta scadenza dello stato di emergenza, ha comportato la presa di coscienza di come l'implementazione delle nuove tecnologie nei processi amministrativi non possa essere più rinviata.

In attesa che il legislatore emani apposite previsioni volte a disciplinare in maniera chiara la possibilità per gli enti di proseguire nell'impiego delle riunioni a distanza di Consiglio e Giunta, è dunque necessario preservare i risultati ottenuti dalla digitalizzazione e costruire sugli stessi in una prospettiva di costante progresso, verso una pubblica amministrazione innovativa e il più efficiente possibile.

queste istituzioni

Focus.

**Amministrare con gli algoritmi.
L'intelligenza artificiale nell'esercizio
delle funzioni pubbliche**

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Il 13 ottobre 2022 si è svolto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino il convegno annuale della Rivista, dal titolo *Amministrare con gli algoritmi. L'intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni pubbliche*. La scelta del tema è stata dettata dall'esigenza di avviare una riflessione interdisciplinare su alcune delle molteplici questioni che l'utilizzo dei diversi sistemi di intelligenza artificiale nei processi decisionali della Pubblica Amministrazione pone con sempre maggiore frequenza. La giornata di dialogo è stata pertanto organizzata in collaborazione con il Centro di Eccellenza Jean Monnet dell'Ateneo torinese *Artificial Intelligence for European Integration* (AI4EI), creato e animato da una comunità di studiose e studiosi che indaga, secondo più prospettive, le potenzialità e i rischi della rivoluzione digitale sulle società contemporanee.

All'introduzione di Rosa di Meo volta a illustrare i principali strumenti di intelligenza artificiale cui si ricorre più frequentemente nell'ambito dell'attività amministrativa, è seguita la relazione di apertura di Roberto Cavallo Perin sulle sfide che la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale pone alle tradizionali categorie giuridiche che regolano lo svolgimento e la realizzazione delle funzioni pubbliche e sull'impatto che le decisioni automatizzate hanno sul principio di legalità e su quelli di trasparenza, efficienza e razionalità dell'azione amministrativa. L'analisi è stata seguita dalla riflessione di Mario di Carlo incentrata sulle condizioni generali di contratto per l'acquisto di sistemi algoritmici utilizzati nei diversi ambiti della Pubblica Amministrazione. Alla pur fondamentale analisi delle specificità di ogni settore si è prediletta la riflessione su un settore in particolare: quello sanitario, in quanto ritenuto emblematico di come l'innovazione digitale abbia portato con sé consistenti vantaggi per la collettività ma, allo stesso tempo, abbia incontrato resistenze motivate da dilemmi etici risolvibili e timori talvolta infondati che vanno determinando un ingiustificato sottoutilizzo tecnologico, costoso in termini sia sociali, sia economici. È questa la tesi di fondo, sostenuta con un ricco apparato di dati, del recente volume *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario* (Mimesis, 2022) di Ugo Pagallo, il cui intervento ha inaugurato la sessione pomeridiana.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Torino.

Il presente Focus ospita alcune delle relazioni svolte durante il Convegno, nonché altri scritti stimolati dalle stesse e dai diversi interventi che hanno animato la tavola rotonda pomeridiana, durante la quale ci si è confrontati su alcune delle criticità che l'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario ha fatto emergere in Italia in tempi recenti e si sono sollevati interrogativi di più ampio respiro sull'impatto delle nuove tecnologie sulla garanzia delle libertà fondamentali, sulla tenuta di alcuni principi costituzionali e, conseguentemente, sul compito che dovranno svolgere, con una certa urgenza, legislatori e autorità pubbliche per creare le condizioni necessarie per non sprecare i vantaggi della rivoluzione digitale ed aumentare la fiducia pubblica nei confronti dell'intelligenza artificiale. Sull'impiego di questa ai fini dell'adempimento da parte della Repubblica del dovere di tutelare la salute degli individui *ex art. 32 Cost.* si è incentrata la riflessione di Marco Orofino. Lo studioso, soffermandosi sulla questione della responsabilità (sempre presente nei dibattiti sugli aspetti problematici dello sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale) declinata sia come responsabilità della struttura sanitaria, sia del medico, avverte dell'esigenza di una certa cautela nei confronti dell'utilizzo di strumenti e software di intelligenza artificiale, nell'assenza di un quadro normativo certo che possa scongiurare i pericoli di lesione di alcuni principi fondanti ogni ordinamento democratico tra cui, *in primis*, l'efficace tutela dei diritti. Una visione ottimistica dell'applicazione dell'intelligenza artificiale nella amministrazione pubblica e alcuni *caveat* sulla necessità di una disciplina giuridica sono stati il filo conduttore della giornata convegnistica e lo sono anche degli scritti che seguono, in cui si esplorano le questioni aperte dell'"amministrare con gli algoritmi" ancora nel settore sanitario e in altri ambiti della vita quotidiana. Così, Paola Aurucci si sofferma sulla questione relativa alla protezione e circolazione dei dati personali nella ricerca medica italiana, riflettendo sulla eccessiva frammentazione normativa attuale esui tentativi del legislatore europeo di giungere a un soddisfacente bilanciamento tra esigenze individuali di privacy ed esigenze collettive al progresso della ricerca scientifica quale presupposto di un effettivo diritto alla salute.

Tra i settori della pubblica amministrazione in cui più recente e certamente più controverso è l'impiego di sistemi computazionali, v'è quello della giustizia, su cui riflette Marta Fasan concentrandosi sul suo utilizzo a fini predittivi, ragionando delle luci e delle ombre dell'utilizzo di tecnologie soprattutto di *machine learning* sia a supporto all'attività giudiziaria, sia in sostituzione dell'azione umana, nello svolgimento di determinate procedure e fasi del giudizio. La studiosa riflette sulle recenti proposte di disciplina dell'intelligenza artificiale che interesseranno a breve anche l'ambito giudiziario, quali il c.d. *AI Act*, e sulla loro capacità di ridurre i noti rischi di discriminazione e di parzialità per lo più riconducibili legato alla scarsa trasparenza algoritmica e all'eccessivo affidamento sulla presunta neutralità tecnologica.

Più lontano dal tema specifico della digitalizzazione e dell'utilizzo di decisioni automatizzate da parte della Pubblica Amministrazione è il saggio di Ludovica Paseri che indaga sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella ricerca scientifica esplorando il recente approccio alla "scienza aperta", accolto dalle istituzioni statali e sovranazionali con lo scopo di beneficiare il più possibile dell'utilizzo delle nuove tecnologie e ridurre al massimo gli effetti discriminatori prodotti da algoritmi che veicolano pregiudizi e stereotipi a causa dei dati con cui sono costruiti e alimentati.

La prospettiva che ha costituito il denominatore comune della riflessione del Convegno è stata ben lontano da una concezione dell'intelligenza artificiale come potenziale nemico da cui guardarsi: ben presenti i rischi in termini di tenuta democratica e di garanzia del dettato costituzionale connessi al suo utilizzo, su cui l'indagine teorica non potrà cessare, le/gli esperte/i dell'accademia, dell'avvocatura, della magistratura e della dirigenza pubblica hanno, infatti, prediletto una visione ottimistica della tecnologia, mettendo in luce come il suo impiego possa e debba essere potenziato dalle istituzioni e dai legislatori (statale ed europeo) cui spetta l'arduo compito di giungere a una regolamentazione idonea a diminuire la diffidenza nei confronti della robotica e, più in generale, della sostituzione parziale dell'azione umana con quella di una mente sintetica al fine di sfruttare al meglio le potenzialità dell'innovazione tecnologica nella produzione di beni e servizi pubblici.

I saggi qui ospitati paiono restituire perfettamente tale prospettiva.

queste istituzioni

**La questione del sotto utilizzo
dell'intelligenza artificiale
in campo sanitario: spunti di rilievo
costituzionale**

Marco Orofino

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

La questione del sotto utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo sanitario: spunti di rilievo costituzionale

di Marco Orofino*

Sommario

1. Premessa. – 2. La questione del “sotto-utilizzo” alla prova della responsabilità medica. – 2.1. La questione della responsabilità della struttura per l'utilizzo dell'IA – 2.2. La questione della responsabilità dell'operatore medico che utilizzo strumenti di IA – 3. La questione del sotto utilizzo, il necessario approccio universalistico e i rischi di tenuta dei sistemi costituzionali fondati sul principio di eguaglianza. – 3.1. I principi cardine di universalità, equità e solidarietà del Sistema sanitario nazionale alla prova dell'IA – 3.2. Medicina personalizzata e principio di eguaglianza. – 4. La piramide del rischio come modello per l'utilizzo dell'IA in ambito sanitario. – 5. Osservazioni conclusive.

Sintesi

La riflessione ha come punto di avvio la questione del cd. “sotto-utilizzo” dell'IA in campo sanitario.

Due fattori sono oggetto di specifica attenzione. Il primo è quella della responsabilità per l'uso di strumenti e software di Intelligenza artificiale. L'analisi parte dalla normativa oggi in vigore in tema di responsabilità della Struttura e dell'operatore sanitario ed individua alcuni nodi problematici. Il secondo fattore è quello dell'impatto dell'IA su alcuni caposaldi del nostro sistema costituzionale. L'attenzione è qui dedicata alla tensione, da un lato, tra la tendenza all'accentramento che l'IA sembra comportare e il nostro sistema sanitario regionale e, da un altro lato, tra il principio di eguaglianza e una medicina che potrà essere sempre più personalizzata. Il lavoro prosegue con una sintetica analisi delle norme contenute nella Proposta di Regolamento sull'IA in corso di esame a livello europeo.

Abstract

The starting point of the reflection is the question of the so-called "under-use" of AI in the health sector.

Two factors are the object of specific attention. The first is that of liability for the use of artificial intelligence tools and software. The analysis starts from the rules on the liability of the healthcare facility and the healthcare professional. Then identify some problematic nodes.

The second factor is that of the impact of AI on some cornerstones of our constitutional system. Attention is dedicated to the tension between the tendency towards centralization that AI seems to entail and our regional health system and to the pressure between the principle of equality and a medicine that will be more and more tailored. The work continues with a brief analysis of the Proposal for a Regulation on AI adopted by the European Commission.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale. Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici. Università degli Studi di Milano.

Parole chiave

Intelligenza artificiale – Responsabilità – Principio di eguaglianza – Approccio *risk based*.

1. Premessa.

Questo breve scritto riprende, riordinando le idee, l'intervento tenuto nell'ambito della Tavola rotonda del Convegno annuale della Rivista Queste Istituzioni, tenutosi a Torino il 13 ottobre 2022.

La Tavola rotonda è stata introdotta da una relazione di Ugo Pagallo intitolata "Intelligenza artificiale e salute". Il tema della relazione è stato quello dei rischi connessi con il sotto utilizzo – come dice l'Autore – dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario¹.

La tesi sostenuta (ed ampiamente documentata) dall'A. è che diverse tecniche di intelligenza artificiale sarebbero oggi già ampiamente disponibili. Il loro immediato utilizzo porterebbe significativi vantaggi in ambito sanitario sia nella prevenzione, intesa come insieme di attività, azioni ed interventi attuati con il fine prioritario di promuovere e conservare lo stato di salute, sia nella diagnosi della patologia e sia, infine, nella cura, consentendo una terapia sempre più mirata e rispondente alle esigenze dei singoli pazienti. Questi vantaggi, sempre secondo l'A., non sarebbero disponibili solo per il ricco mondo occidentale, ma pure in aree che fanno i conti con una scarsità estrema di risorse finanziarie. Il che potrebbe confutare il pregiudizio per cui l'IA sia destinata ad essere utilizzata solo nei Paesi economicamente più forti.

Il mancato utilizzo di quanto già oggi disponibile oppure il suo "sotto utilizzo" dipenderebbe allora da fattori diversi che investono dilemmi di natura etica, interessi economici, questioni giuridiche e persino pregiudizi sociali. L'analisi, con cui ci si confronta, non viaggia solo su un crinale teorico poiché Pagallo stima che i costi opportunità legati al sottoutilizzo tecnologico in ambito sanitario possano incidere in paesi come l'Italia fino al 2% del prodotto interno lordo.

Queste questioni finirebbero con incidere, sempre secondo l'A. con il diritto di cui all'art. 32 Cost. che, come noto, richiede alla Repubblica di tutelare la salute delle persone. Il "sotto utilizzo" di strumenti idonei a rendere le prestazioni sanitarie migliori e meno costose rappresenterebbe, secondo il ragionamento svolto, una mancata attuazione del dettato costituzionale.

¹ Cfr. U. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Mimesis, Milano, 2022.

Come si può intuire si tratta di un tema che ha implicazioni notevoli di carattere etico e giuridico e che, quindi, interessa da vicino studiosi di discipline diverse tra i quali certamente i cultori del diritto costituzionale

2. La questione del “sotto-utilizzo” alla prova della responsabilità medica.

La prima questione con cui ci si intende confrontare, nell’ambito dei fattori giuridici che conducono oggi al sotto-utilizzo dell’IA in ambito sanitario è quella della responsabilità per i danni eventualmente cagionati al paziente².

Il dilemma della responsabilità è certamente uno dei più problematici nello sviluppo dell’IA. La questione di fondo è se le responsabilità per alcune decisioni, prese o ispirate da un *software* intelligente, debbano attribuirsi allo sviluppatore, al venditore, all’utente.

Il tema può essere trattato secondo due punti di vista: quello della responsabilità della struttura e quello della responsabilità del medico³.

2.1. La questione della responsabilità della struttura per l’utilizzo dell’IA.

Per quanto riguarda il tema della responsabilità della struttura, il punto di avvio della riflessione non può che essere l’art. 7, comma 1, della Legge n. 24/2017, cd. Legge Gelli-Bianco.

La norma prevede, infatti, che «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose»⁴. Questa previsione definisce un modello improntato ad una responsabilità contrattuale unitaria posta in capo alla struttura e non al singolo operatore⁵. La struttura risponde

² Sul tema delle implicazioni dell’impiego di sistemi di Intelligenza Artificiale in ambito sanitario, cfr. M. SAVINI NICCI, G. VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale – Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020, 601 e ss. V. anche U. RUFFOLO, *L’Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e “potenziamento”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2021.

³ Se la regola è quindi quella della responsabilità contrattuale, residua uno spazio per una responsabilità di tipo extra-contrattuale in alcuni casi specifici. In proposito possono teoricamente realizzarsi ipotesi di responsabilità da cosa in custodia ex art. 2051 c.c. per malfunzionamento delle strumentazioni e dei macchinari che costituiscono l’apparato di cui la struttura si avvale. Molto stretta è invece la strada della responsabilità ex art. 2050 c.c. della struttura sanitaria. In proposito la giurisprudenza ha affermato come la “ordinaria” attività diagnostica e terapeutica non possa qualificarsi come “attività pericolosa”. Un’unica eccezione che è stata ammessa è quella delle prestazioni di medicina trasfusionale implicanti l’impiego di sostanze ematiche o loro derivati. Cfr. F.G. MURONE, *Responsabilità medica e intelligenza artificiale nel diritto unionale e italiano*, in *Iusitineri*, febbraio 2021.

⁴ Cfr. sul tema A. AMIDEI, *Le responsabilità, per fatto proprio e degli ausiliari, della struttura sanitaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 2021.

⁵ Questo principio, ex comma 2 dell’art. 7 della Legge Gelli-Bianco si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché’ attraverso la telemedicina.

contrattualmente per il danno al paziente sia nel caso in cui esso sia dovuto a mancanze o inefficienze strutturali che impediscano la corretta esecuzione della prestazione sia nel caso in cui il danno sia conseguenza di “condotte dolose o colpose” messe in atto dal professionista del quale la struttura stessa si avvale⁶.

La costruzione contrattuale con la responsabilità in capo alla struttura è pensata al fine di proteggere l'operatore sanitario e, al tempo stesso, tutelare il paziente che si ritenga danneggiato.

Come noto, la distinzione classica tra responsabilità contrattuale e responsabilità extra contrattuale riguarda l'onere probatorio e i termini di prescrizione. In riferimento all'onere probatorio nella responsabilità da inadempimento si richiede che il creditore provi il titolo e la causalità giuridica (*quantum debeat*), ma non la causalità materiale che, di norma, si presume una volta provato il titolo⁷. La responsabilità extra contrattuale, invece, richiede che si provi anche il fatto dell'inadempimento. Per ciò che riguarda i termini di prescrizione, essi sono stabiliti in 5 anni per la responsabilità extra contrattuale e in 10 anni per quella contrattuale.

Questa classica distinzione sembrerebbe definire la responsabilità contrattuale come un regime particolarmente adatto per l'utilizzo di strumenti o *software* intelligenti perché escludendo la necessità di provare il fatto dell'inadempimento eviterebbe di doversi provare che il fatto sia stato effettivamente causato da un software di intelligenza artificiale. Una prova che sarebbe assai complessa da fornire proprio per il funzionamento di tali software.

In realtà la Corte di Cassazione ha, nel tempo, specificato che con riferimento al *facere* professionale la causalità materiale debba essere comunque provata dal creditore⁸. Questo perché la prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia, che nessuna terapia e nessun contratto possono garantire, ma il rispetto della *legis artis* nella cura dell'interesse del paziente. Questo pur riconoscendo che l'interesse primario del paziente consiste nel risultato favorevole per la propria salute, non nel mero impiego della diligenza professionale.

Questo consolidato indirizzo giurisprudenziale proprio per la particolarità degli strumenti o dei *software* di intelligenza artificiale rischia di tradursi in un onere sproporzionato in capo al creditore che potrebbe trovarsi a dover ricostruire la *ratio decidendi* di un algoritmo⁹.

⁶ Questo ai sensi dell'art. 1228 c.c., in ragione del rapporto tra preponente ed ausiliario. La norma in questione prevede che «salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

⁷ Ai sensi dell'art. 1218 «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

⁸ M. GUZZARDI, *Il nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medica alla luce delle sentenze San Martino 2019: onere probatorio e distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione*, in *De Iustitia*, 3, 2020, 88 ss.

⁹ In questo senso, si pone in contrasto con il principio generale della vicinanza della prova che impone che l'onere probatorio spetti al soggetto posto in posizione di maggiore prossimità con la fonte della prova. Un principio

La questione della prova rimessa al creditore nei termini qui specificati rappresenta uno degli ostacoli maggiori all'utilizzo degli strumenti e dei software di intelligenza artificiale.

Si possono in proposito operare alcuni esempi tra loro diversi. Si pensi ad esempio al caso in cui il danno che viene cagionato al paziente sia causato da un difetto "intrinseco" dello strumento o del *software*, magari dovuto ad un difetto nella fase dello sviluppo o della implementazione. Come il creditore può provare che il prodotto sia difettoso e dimostrare il nesso di causalità tra difetto e danno.

Oppure si pensi al caso in cui il danno viene cagionato da un *software* o da uno strumento intelligente, il quale, invece, non presenta alcun difetto di produzione ed il malfunzionamento è causato dal mancato addestramento del *software* da parte degli addetti.

Si pensi, infine, al caso più probabile del medico che, fornito dalla struttura di strumenti predittivi, diagnostici o di cura, ne faccia utilizzo appunto per elaborare una diagnosi o impostare una terapia. Egli può riporre un legittimo affidamento nel funzionamento del software o ha, invece, un dovere cautelare di "critica e revisione" del pensiero artificiale?¹⁰

La soluzione della questione è dirimente sia dal punto di vista legale sia dal punto del possibile utilizzo dell'IA.

Se prevale l'ipotesi, diciamo più favorevole alla struttura questo comporterà una riduzione dei danni eventualmente risarcibili. Il che chiaramente non potrà ritenersi un incentivo per il paziente ad accettare la soluzione proposta e finirà con lo scaricare sul medesimo una scelta assai complessa per sé e, nelle ipotesi più gravi, per i propri familiari. Per converso, la prevalenza dell'ipotesi per cui il medico ha un dovere cautelare di "critica e revisione" del pensiero artificiale avrebbe effetti ancora peggiori. In primo luogo, perché il medico potrebbe non avere le competenze per risalire a ritroso nel ragionamento algoritmico; in secondo luogo, perché ciò rallenterebbe enormemente tutto il processo finendo con il rendere l'utilizzo del *software* inutile se non addirittura dannoso.

2.2. La questione della responsabilità dell'operatore medico che utilizza strumenti di IA.

Per quanto riguarda la responsabilità del medico, la legge Gelli ha, come noto, previsto *ex art. 7*, comma 3, che l'esercente la professione sanitaria risponda del proprio operato *ex art. 2043* salvo il caso in cui abbia agito nell'ambito di un'obbligazione contrattuale assunta direttamente con il paziente e che il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tenga conto sia della condotta dell'esercente la professione sanitaria con riferimento alle raccomandazioni previste

generale che ha il suo fondamento nei doveri di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni e, da un punto di vista processuale, anche nel principio costituzionale del giusto processo.

¹⁰ F.G. MURONE, *Responsabilità medica e intelligenza artificiale nel diritto unionale e italiano*, in *Ius in itinere*, 4 ottobre 2021.

dalle linee guida pubblicate, elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute e sia della configurabilità della responsabilità per colpa ai sensi dell'articolo 590-*sexies* del codice penale¹¹. Inoltre, la medesima legge *ex art. 9* prevede che la struttura condannata possa rivalersi sull'operatore professionale solo nei casi di colpa grave o dolo.

L'obiettivo dichiarato delle due norme è evidentemente restringere la responsabilità dell'operatore professionale al fine di tutelarne la dignità professionale ed evitare il ricorso alla cd. "medicina difensiva". Con tale espressione si fa riferimento a tutte quelle prestazioni sanitarie erogate dai medici per prevenire il rischio di denunce legali da parte di pazienti (o loro parenti). Vi rientrano tutte le attività cliniche che i medici effettuano per timore di contenziosi in ambito giudiziario al di là delle cure standard suggerite dalle proprie competenze professionali. Può trattarsi di prestazioni aggiuntive che tendono a generare un incremento artificiale delle spese sanitarie oppure di diniego di cure o prestazioni ad alto rischio.

È evidente che la disponibilità di strumenti e *software* di intelligenza artificiale può rischiare di intaccare un equilibrio così difficilmente raggiunto e così ancora precario. Questo soprattutto se l'utilizzo avviene senza che tali strumenti siano adeguatamente inclusi nelle *leges artis* e di qui nelle linee guida e nei protocolli che, se opportunamente seguiti, garantiscono gli operatori sanitari da responsabilità penali e civili.

La *legis artis* però non dovrà limitarsi ad includere le tecniche ed i *software* di IA nelle linee guida e nei protocolli di cura bensì dovrà anche sciogliere il nodo evidente tra il legittimo affidamento del medico e il dovere di revisione e critica dell'indicazione suggerita da un sistema di intelligenza artificiale. Se del caso attraverso la previsioni di controlli obbligatori. Quest'attività necessita evidentemente di tempo perché richiede un progressivo aggiornamento tanto delle linee guida e delle buone pratiche quanto un'adeguata formazione degli operatori sanitari alle nuove tecnologie.¹²

Senza questi necessari passaggi – che richiedono inevitabilmente il tempo necessario alla comunità scientifica per validare l'utilizzo dell'IA – la questione del sotto utilizzo non potrà essere risolta. Perché se lo fosse senza chiarire prima i regimi di responsabilità ciò andrebbe a scapito dei diritti delle persone – e del diritto alla salute innanzitutto – e della tutela della dignità professionale degli operatori sanitari.

¹¹ V. in proposito, M. SAVINI NICCI, A. AMIDEI, *La responsabilità civile del medico "strutturato"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2021, 468 ss.

¹² La questione è più ampia di quella legata all'irrompere di una nuova tecnologia che richiede di essere conosciuta. L'irrompere dell'IA ha un impatto sul criterio-guida epistemologico della professione sanitaria ossia sulla cd. *Evidence Based Medicine*. Questo perché l'IA potrebbe mostrare ciò che non è per nulla evidente. V. in proposito, D. MARINO, *Big data e AI per una sanità efficiente: la svolta digitale che serve*, in *Agendadigitale.eu*, 20 aprile 2021.

3. La questione del sotto utilizzo, il necessario approccio universalistico e i rischi di tenuta dei sistemi costituzionali fondati sul principio di eguaglianza.

L'Oms nel documento intitolato *Ethics and governance of artificial intelligence for health* ha specificato come nell'utilizzo dell'IA sia necessario garantire inclusione ed equità¹³. Questo principio richiede che l'intelligenza artificiale per la salute sia progettata in modo da incoraggiarne l'uso e l'accesso più equo possibile, indipendentemente da età, sesso, genere, reddito, razza, etnia, orientamento sessuale, abilità o altre caratteristiche tutelate dalle norme sui diritti umani. Esso si rivolge, in prima battuta, ai progettisti ed agli sviluppatori. In seconda battuta, però, vincola anche i pubblici poteri che adottano strumenti e *software* di intelligenza artificiale chiedendo loro di verificare che non incorporino *bias* discriminatori e di garantirne l'accesso universalistico¹⁴.

Questo principio si lega con due temi di grande rilevanza per il diritto costituzionale.

Il primo, più tradizionale, è quello di come incorporare l'utilizzo di strumenti e *software* di intelligenza artificiale nel sistema sanitario nazionale garantendo, su tutto il territorio nazionale, un livello uniforme di accesso alle prestazioni sanitarie che si giovano delle nuove tecnologie.

Il secondo, più innovativo, è quello della tenuta propria del principio di eguaglianza in un contesto in cui la medicina sarà sempre più un ambito disegnato su misura per il paziente e in cui la differenziazione sarà la regola.

3.1. I principi cardine di universalità, equità e solidarietà del Sistema sanitario nazionale alla prova dell'IA.

Universalità, equità e solidarietà sono i tre principi cardine del sistema sanitario nazionale definito nella Legge n. 833 del 23 dicembre 1978, al fine di dare piena attuazione alle norme costituzionali in materia di salute ed eguaglianza sostanziale¹⁵.

¹³ I sei principi elaborati dall'OMS da osservare per garantire che l'intelligenza artificiale operi nell'interesse pubblico in tutti i Paesi sono: a) proteggere l'autonomia umana; b) promuovere il benessere e la sicurezza delle persone e l'interesse pubblico; c) garantire trasparenza, chiarezza e comprensibilità; d) promuovere la responsabilità e l'*accountability* in chi ne fa uso; e) promuovere un'intelligenza artificiale reattiva e sostenibile; f) garantire inclusione ed equità.

¹⁴ V. in proposito l'interessante analisi, volta a mettere in luce alcuni casi in cui effettivamente gli algoritmi incorporavano bias, di M. CAIELLI, *Il diritto antidiscriminatorio alla prova degli algoritmi*, in M. DURANTE, U. PAGALLO, *Politica dei dati*, Mimesis, Milano, 2022, 221 ss.

¹⁵ Il fatto che la legge n. 833 del 1978 non qualificasse espressamente le prestazioni sanitarie come uniformi non incide sulla pretesa universalistica a cui il modello invece fin dall'origine aspirava. Cfr. E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, p. 1103. La legge mirava proprio al recupero di «un'equità delle prestazioni erogate dalle strutture che superasse le precedenti diseguaglianze del sistema mutualistico». R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 32.

La svolta regionalistica impressa dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e poi, a livello costituzionale, dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 non ha mutato gli obiettivi di fondo del SSN anche se chiaramente ha richiesto un'opera profonda di ridefinizione degli strumenti per raggiungerli¹⁶.

In quest'ottica, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi sanitari rappresentano la leva con cui lo Stato garantisce il vincolo unitario a fronte della differenziazione organizzativa dei servizi sanitari regionali. Un'uniformità forse non assoluta quanto nell'essenzialità¹⁷, cui però corrispondono prestazioni essenziali che «possono essere richieste alla pubblica amministrazione, indipendentemente dalle specifiche “cittadinanze” regionali o locali»¹⁸.

I livelli essenziali di assistenza sono oggi fissati dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2017, adottato a seguito dell'intesa raggiunta in Conferenza Stato-regioni del 7 settembre 2016, recante la definizione e l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 1, comma 553, della legge 28 dicembre 2015, n. 208¹⁹.

Sono dunque trascorsi cinque anni e l'emergenza COVID ha mostrato alcune lacune nel modello organizzativo del sistema sanitario nazionale, soprattutto in riferimento alla sanità territoriale.

Nei processi di assistenza, a livello territoriale, l'IA può rappresentare un fattore che facilita l'accesso e la personalizzazione delle cure. Non a caso il PNRR prevede importanti interventi per adeguare l'infrastruttura di rete ed uno specifico “Progetto Pilota di Intelligenza Artificiale” per la creazione di una piattaforma informativa per l'erogazione di servizi digitali mirati a supportare i medici e i loro assistiti nel contesto dell'erogazione delle cure primarie e

¹⁶ Come osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 10, l'articolazione territoriale del potere produce anche una differenziazione delle scelte in materia di entrata e di spesa, ma questo non comporta di per sé la contraddizione del principio di eguaglianza, né la negazione dei valori universalistici che nell'eguaglianza sono insiti. Sull'impatto della svolta regionalistica occorre aggiungere che tale cambiamento impatta su un sistema in cui l'unitarietà delle decisioni e la uniformità della struttura organizzativa non aveva prodotto virtuosismi quanto piuttosto distorsioni, privilegi ed ingiustizie. Così A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I Servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005, p. 600

¹⁷ Così M. DI FOLCO, *La partecipazione delle autonomie alla determinazione dei livelli essenziali in sanità. Profili sostanziali e procedurali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, 93, nota 30.

¹⁸ Cfr. C. TUBERTINI, *I livelli essenziali di assistenza*, in G. CERRINA FERONI, M. LIVI BACCI, A. PETRETTO (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017, 89

¹⁹ Il decreto in questione ha aggiornato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001 che aveva fissato per la prima volta i livelli di assistenza. La normativa primaria (art. 6, co. 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347, conv. con modif. in l. 16 novembre 2001, n. 405) prevede che l'individuazione dei LEA avvenga attraverso un d.p.c.m., previa Intesa in sede di Conferenza Unificata. Come è stato osservato il dpcm è “mero recettore dei contenuti di un precedente accordo tra le parti dell'intesa” (R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, op. cit., 83).

dell'assistenza all'interno delle case di cura. Questo progetto, come altri che mirano alla trasformazione digitale della PA, mostra chiaramente che transizione digitale e IA richiedono anche un ripensamento del regionalismo italiano e del decentramento amministrativo²⁰.

Questo ripensamento non può essere inteso come scusa per un accentramento delle competenze, ma certamente richiede di riconsiderare alcune cose tra cui forse anche ciò che si ritiene essenziale e quindi garantito a livello nazionale²¹.

La questione non di facile risposta che si pone è la seguente. Il SSN può tollerare una differenziazione regionale nell'adozione di strumenti e software di intelligenza artificiale?

Una prima risposta è che questo è probabilmente possibile fin tanto che l'utilizzo non diventi una questione percepita come essenziale e quindi, in quanto tale, da uniformarsi a livello nazionale.

Infatti, se l'essenzialità di una prestazione dipende sempre da una scelta politica che il decisore nazionale compie, deve però riconoscersi che tale scelta non è smarcata né dalla percezione che il cittadino ha riguardo alla doverosità di quella prestazione né dalle *legis artis* che governano l'applicazione della scienza medica.

Per cui è possibile immaginare una progressiva adozione di strumenti e *software* di IA a livello regionale e, successivamente, una loro incorporazione in procedure ritenute essenziali e per questo definite con carattere di doverosità a livello nazionale. Una procedura che andrà di pari passo con l'incorporazione delle pratiche di intelligenza artificiale nelle Linee Guida e nei Protocolli medici.

Una seconda risposta riguarda invece la ristrutturazione dell'infrastruttura di rete che occorre raggiungere. Qui lo spazio per la differenziazione è in riduzione perché è innegabile come le sfide poste dall'interoperabilità e, soprattutto, dalla sicurezza richiedono un approccio unitario.

3.2. Medicina personalizzata e principio di eguaglianza.

Il profilo più sfidante per un costituzionalista che occorre indagare in vista della rivoluzione che l'IA promette in campo sanitario, è quello della tenuta propria del principio di eguaglianza in un contesto in cui la medicina sarà sempre più un ambito disegnato su misura per il paziente ed in cui la differenziazione sarà la regola piuttosto che l'eccezione.

²⁰ V. in proposito già pre-COVID, D-U. GALETTA, J.G. CORVOLAN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, in *Federalismi*, 3, 2019. Con riferimento anche al PNRR v. R. CAVALLO PERIN, *L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'IA*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici*, Giappichelli, Torino, 2021, 9 ss.

²¹ V. in proposito B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, cit., 451 ss. con specifico riferimento all'importanza di mantenere un approccio di tipo regionalistico 459 ss.

Come noto, il principio di eguaglianza accolto nelle costituzioni del secondo dopo guerra e, specificamente, nell'art. 3 della nostra Carta, non si limita ad enunciare il principio liberale della legge uguale per tutti, ma al contrario impone anche formalmente che siano trattate in modo eguale situazioni eguali ed in modo diverso situazioni diverse. In questo senso, richiede al Legislatore un'opera di differenziazione che tenga conto delle caratteristiche proprie di ciascuna persona. La differenziazione non è solo possibile ma pure necessaria.

Il che naturalmente si presterebbe perfettamente in teoria ad offrire una garanzia costituzionale alla cd. "medicina personalizzata".

La questione è però più complessa perché se è vero che l'eguaglianza costituzionale richiede una differenziazione, questa è sempre avvenuta per categorie generali ed astratte. Tanto che si è sempre detto che il principio di eguaglianza come corollario non tollerasse leggi (e regole) *ad personam*. La differenziazione è stata dunque intesa e percepita come eccezione volta a proteggere determinate situazioni meritevoli di tutela²².

Il paradigma con cui dovremo confrontarci in futuro è diverso se non addirittura opposto. La diversità potrebbe diventare la regola e l'uniformità l'eccezione ed è chiaro che una così profonda diversificazione non potrà fondare su fattispecie generali meritevoli di tutela quanto piuttosto sull'originalità e irripetibilità di ciascuna esperienza umana.

Un tale cambiamento di paradigma non è esente da rischi: per la difficoltà di tradurlo normativamente senza intaccare la certezza del diritto ed il principio di legalità e per la tenuta stessa di sistemi nazionali che hanno fatto dell'eguaglianza (talvolta più proclamata che realizzata) il collante della comunità nazionale.

Da un punto di vista normativo è chiaro che le fonti di *hard law* (le leggi, ma pure i regolamenti) sono per la loro stessa natura inidonee a disciplinare puntualmente una così profonda differenziazione che sarà originata da molteplici criteri d'analisi della singola persona; criteri di natura diversa (non necessariamente fondati solo su dati scientifici ma anche comportamentali) e tra l'altro in continuo mutamento. Per cui le norme legislative e regolamentari dovranno necessariamente autorizzare e offrire copertura a linee guida, protocolli e scelte nell'offerta di prestazioni e servizi sempre più tarate sul singolo individuo che poi spetterà al medico (come peraltro già oggi è) individuare. Un'attività, quella del medico, che diverrà in ogni caso ancora più delicata e come tale da proteggere al fine di garantirne il sereno espletamento. E qui, evidentemente, si torna al tema del regime delle responsabilità.

Da un punto di vista più strettamente connesso alla tenuta delle comunità nazionale, la transizione da un modello in cui l'eguaglianza è "percepita" come la regola ad uno in cui

²² V. su queste questioni e più in generale sull'impatto dell'IA sul principio di eguaglianza, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fascicolo Speciale, maggio 2019, p. 101 ss.

l'eguaglianza è "percepita" come l'eccezione dovrà accompagnarsi ad una faticosa attività di comunicazione pubblica ed istituzionale circa il funzionamento della cd. Medicina personalizzata, dei benefici individuali e collettivi che il suo utilizzo può produrre e financo dei rischi statistici che comporta²³.

Questa attività dovrà essere necessariamente completata dall'adozione di misure idonee a fortificare l'*affidavit* dei cittadini in termini di trasparenza e giustificazione delle scelte effettuate, di garanzia della qualità dei dati utilizzati e della sicurezza delle procedure di intelligenza artificiale adottate.

Tali misure sono in generale necessarie per lo sviluppo della società digitale nel suo complesso, ma appaiono decisive per l'adozione dell'IA in settori che, come quello sanitario, hanno un impatto immediato sui diritti e sulle libertà dei cittadini.

4. La piramide del rischio come modello per l'utilizzo dell'IA in ambito sanitario.

La strada maestra per l'incorporazione degli strumenti e dei *software* di intelligenza artificiale in ambito medico non può essere quella dell'intervento legislativo orizzontale che stabilisce requisiti obbligatori per tutti i sistemi di IA data la loro estrema varietà ed eterogeneità.

Il modello preferibile è quello della piramide del rischio che distingue il quadro giuridico a seconda dei rischi per le persone. Un modello che l'UE ha già ampiamente sperimentato: dapprima nelle normative sui dispositivi medici²⁴, poi nel Regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali e che ora fa proprio in tutte le proposte inerenti il cd. Pacchetto digitale, tra cui la Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale²⁵.

La Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 fissa regole armonizzate per lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi di IA nell'Unione seguendo un approccio proporzionato basato sul rischio²⁶.

²³ È vero che la "percezione" soggettiva dei singoli individui è un bene costituzionale residuale rispetto ad altri beni costituzionali oggettivizzati come osserva in altro contesto M. DOGLIANI (in *Il volto costituzionale della sicurezza*, in *Astrid Rassegna*, 22, 2010, p. 9); tuttavia non può dubitarsi che la differenziazione nelle cure sia un approccio in grado di disorientare l'opinione pubblica, come già verificatosi proprio durante l'emergenza COVID con riferimento alle terapie monoclonali.

²⁴ V. su tale normativa F.G. PIZZETTI, *Il TTIP e i dispositivi medici: profili di biodiritto*, in P. BILANCIA (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, CEDAM, Milano, 2015, 27 ss.

²⁵ V. G. DE GREGORIO, P. DUNN, O. POLLICINO, *Approccio basato sul rischio: come è applicato nelle normative UE sul digitale*, in *Agendadigitale.eu*, 15 settembre 2012.

²⁶ Su tale proposta v. F. PIZZETTI, *La proposta di regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 tra Mercato unico e competizione digitale globale*, in *Diritto di Internet*, 2021, 591-599; G. DE GREGORIO, F. PAOLUCCI, O. POLLICINO, *L'intelligenza artificiale made in Ue è davvero umano-centrica? I conflitti della proposta in Agendadigitale.eu*, 22 luglio 2021. Con riferimento all'impatto della proposta sulle amministrazioni pubbliche, C. COLAPIETRO, *La Proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?* in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2022, 1 ss.; Cfr. A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione*

Il punto di avvio è la proposta di un'unica definizione di IA che definisca così l'ambito di applicazione materiale della normativa. Ai sensi dell'art. 3, pt. 1 per IA nella Proposta di Regolamento si intende per IA «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».

L'approccio basato sul rischio, distingue tra gli strumenti che comportano: i) un rischio inaccettabile; ii) un rischio alto; iii) un rischio basso o minimo.

Il titolo II della Proposta contiene l'elenco delle pratiche di IA vietate. Nell'elenco delle pratiche vietate vi sono tutti i sistemi di IA il cui uso è considerato inaccettabile in quanto contrario ai valori dell'Unione, ad esempio perché idonei a violare o degradare i diritti fondamentali delle persone.

Si tratta di pratiche che potenzialmente possono condurre alla manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, allo sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi, quali i minori o le persone con disabilità, per distorcere il loro comportamento in maniera tale da provocare loro o a un'altra persona un danno psicologico o fisico. La proposta vieta, inoltre, sia l'attribuzione di un punteggio sociale basato sull'IA per finalità generali da parte di autorità pubbliche sia il ricorso a sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, fatta salva l'applicazione di talune eccezioni limitate.

Il titolo III della Proposta definisce le regole specifiche per i sistemi di IA ad alto rischio. Con tale definizione si intende che tali sistemi creano un rischio alto per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche. Tali sistemi di IA sono legittimi subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della loro conformità ex ante. Per definire l'alto rischio si valuta sia la funzione svolta dal sistema di IA, sia le finalità e le modalità specifiche di utilizzo di tale sistema.

In proposito, l'Allegato III alla Proposta di Regolamento individua alcune finalità potenzialmente ad alto rischio. Per il tema qui in trattazione vengono certamente in rilievo i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, nonché i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per inviare servizi di

dell'intelligenza artificiale, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1, 2021, p. 51. Per i profili connessi alla protezione dei dati è sempre di grande attualità la proposta di ricostruzione di F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018 e qui, tra i saggi, anche M. BASSINI, O. POLLICINO, L. LIGUORI, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, 333 ss.

emergenza di primo soccorso o per stabilire priorità in merito all'invio di tali servizi, compresi vigili del fuoco e assistenza medica.

Il Capo II del Titolo III definisce i requisiti giuridici per i sistemi di IA ad alto rischio in relazione a dati e *governance* dei dati, documentazione e conservazione delle registrazioni, trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti, sorveglianza umana, robustezza, accuratezza e sicurezza. Si tratta in questo caso di requisiti minimi che riferiti al trattamento dei dati personali costituiscono già lo stato dell'arte per i titolari.

Le norme proposte prevedono che soluzioni tecniche per conformarsi a tali requisiti possono essere implementate attraverso specifiche norme, altre specifiche tecniche o essere sviluppate in conformità alle conoscenze ingegneristiche o scientifiche generali, a discrezione del fornitore del sistema di IA. Il principio è che i fornitori di sistemi di IA possono scegliere il modo in cui soddisfare i requisiti che li riguardano, ma si assumono la responsabilità delle loro scelte.

Per quanto riguarda le pratiche di IA non ad alto rischio, la Proposta di Regolamento punta ad incentivare un quadro normativo favorevole per la creazione di codici di condotta. Questo allo scopo di incoraggiare i fornitori di sistemi di IA ad applicare volontariamente i requisiti obbligatori previsti per i sistemi di IA ad alto rischio. Nel disegno europeo i fornitori di sistemi di IA non ad alto rischio possono creare e attuare i codici di condotta autonomamente. Da un punto di vista sostanziale, i codici possono altresì comprendere impegni volontari relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale, all'accessibilità da parte delle persone con disabilità, alla partecipazione dei portatori di interessi alla progettazione e allo sviluppo dei sistemi di IA, nonché alla diversità dei gruppi che si occupano dello sviluppo.

Le regole così proposte attraverso l'autoregolazione dovranno essere applicate per mezzo di un sistema di governance a livello di Stati membri. Questo sistema, a livello di Stati potrà giovare delle strutture già esistenti mentre a livello europeo si prevede l'istituzione di un comitato europeo per l'intelligenza artificiale che garantisca un meccanismo di cooperazione a livello sovranazionale²⁷.

Il ricorso a un quadro basato sul rischio e sull'auto regolazione è certamente un'opzione migliore rispetto a una regolamentazione di natura generale applicabile a tutti i sistemi di IA. Questo sia perché consente una risposta più rapida sia perché i tipi di rischi e minacce possono essere calcolati con maggior precisione.

²⁷ Sulla questione della compatibilità del sistema di Autorità indipendenti esistente rispetto alle sfide poste dall'Intelligenza artificiale v. le considerazioni di G. DE MINICO, *Independent Authorities and AI: an Unreliable Marriage*, in Astrid Rassegna, 10, 2022.

5. Brevissime osservazioni conclusive.

Quanto detto nei paragrafi precedenti non rappresenta certo un tentativo di confutare i rischi che il sotto utilizzo dell'IA può comportare già oggi e sempre più comporterà domani anche da un punto di vista costituzionale.

Tuttavia, vi sono almeno due passaggi ineludibili per uno studioso del diritto costituzionale.

Il primo è quello della responsabilità. L'efficace tutela dei diritti è, infatti, essa stessa un diritto costituzionale fondamentale quale che sia il punto di osservazione prescelto: del paziente, del medico, della struttura. Per cui non si può partire senza poter immaginare un approdo sicuro.

Il secondo è quello della tenuta del nostro sistema costituzionale ossia di come continuare ad assicurare, in un futuro che sarà sempre più dominato dall'IA, effettività alle condizioni essenziali della nostre democrazie²⁸. Ai sensi della nostra Costituzione, l'eguaglianza e la ripartizione territoriale del potere (e il decentramento) sono certamente elementi essenziali della nostra forma di Stato.

I due temi che qui sono stati appena accennati meritano ovviamente tutt'altra attenzione.

Questo intervento ha solo lo scopo di segnalare, laddove ve ne fosse bisogno, come sia necessario procedere con speditezza, ma pure con attenzione e consapevolezza della mole di lavoro che attende i giuristi e non solo. Un lavoro infatti, che non investe solo il piano della regolazione, e su cui l'Unione europea sta lavorando con assoluto impegno, ma pure quello della diffusione della conoscenza. Con la consapevolezza che solo un quadro di regole certe e la conoscenza da parte dei cittadini delle opportunità e dei rischi legati alle tecniche e ai software di IA, possa predisporre i cittadini medesimi a favorirne ed ad accettarne l'utilizzo.

²⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 63.

queste istituzioni

**Protezione e libera circolazione
dei dati personali nel contesto
della ricerca medica in Italia.
Risposte istituzionali ad un necessario
nuovo bilanciamento**

Paola Aurucci

**Numero 4/2022
31 dicembre 2022**

Protezione e libera circolazione dei dati personali nel contesto della ricerca medica in Italia. Risposte istituzionali ad un necessario nuovo bilanciamento

di Paola Aurucci*

Sommario

1. Introduzione – 2. Data Governance Act e Consenso “broad”. L’interpretazione restrittiva da parte del Comitato per la protezione dei dati del *Considerando* 33 del GDPR – 3. La disciplina nazionale «consenso-centrica» – 4. Conclusioni.

Sintesi

Lo sviluppo e la diffusione delle ICT digitali hanno avuto un forte impatto sulle modalità con cui viene svolta oggi la ricerca scientifica, in particolare medica, e sugli obiettivi della stessa. Sia per il progresso della ricerca fondamentale e traslazionale nei vari settori biomedici, che per la progettazione di politiche efficienti ed efficaci di organizzazione e gestione dei servizi sanitari, così come per lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, è diventato fondamentale il trattamento primario e secondario di dati personali. Quest’ultimo è suscettibile di incidere negativamente sui diritti alla privacy e in particolare alla protezione dei dati personali – sia a livello individuale che di specifici gruppi di soggetti (*group privacy*). Il legislatore europeo ha cercato di trovare un nuovo equilibrio tra esigenze individuali di tutela dei dati personali e istanze fondamentali di matrice generale, come, appunto, il progresso della ricerca scientifica, prodromico alla salvaguardia della salute generale. Questo sforzo è stato spesso ostacolato dagli Stati membri che hanno sfruttato il margine di discrezionalità a loro concesso dal reg. UE n. 679/2016 (meglio noto come “GDPR”) senza considerare che tra gli obbiettivi del Regolamento c’è anche quello di garantire la libera circolazione di dati all’interno dell’UE per il buon funzionamento del mercato unico digitale. La frammentazione normativa esistente e l’interpretazione restrittiva attuata dal Comitato per la protezione dei dati del GDPR rischiano di incidere negativamente sul raggiungimento degli obiettivi della nuova *Strategia europea dei dati*.

Abstract

The use of digital ICTs has had a strong impact on the ways in which scientific research is conducted today, especially medical research, and on its objectives. Both for the progress of fundamental and translational research in the various biomedical sectors, and for the development of efficient and effective policies for the organization and management of health services, as well as for the training, validation, and testing of Artificial Intelligence systems, primary and secondary use of personal data have become fundamental. The latter is likely to

* Assegnista di ricerca presso l’Università degli Studi di Torino.

negatively affect the rights to privacy and, in particular, the protection of personal data – both at the individual level and of specific groups of individuals (group privacy). The European legislator has tried to find a new balance between individual needs for the protection of personal data and fundamental requests of a general matrix, such as the progress of scientific research, prodromal to the protection of general health. This effort has often been hampered by Member States which have exploited the margin of discretion granted to them by the reg. EU no. 679/2016 (better known as “GDPR”) without considering that among the objectives of the Regulation there is also that of guaranteeing the free movement of data within the EU for the proper functioning of the digital single market. The existing regulatory fragmentation and the restrictive interpretation carried out the Data Protection Committee of the GDPR risk negatively affecting the achievement of the objectives of the new *European Strategy for Data*.

Parole chiave

Protezione dei dati – Condivisione dei dati – Ricerca medica – Consenso – Data Altruism.

1. Introduzione.

Lo sviluppo dell’innovazione tecnologica che caratterizza il millennio in corso, con particolare riferimento alla diffusione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione digitali (di seguito “ICT digitali”) e dei sistemi di Intelligenza Artificiale (di seguito “IA”), ha avuto un forte impatto sulle modalità con cui viene svolta oggi la ricerca scientifica¹ e sugli obiettivi della stessa². Un settore particolarmente interessato da questa evoluzione è quello della scienza medica, come si evince dalla crescente attenzione che le istituzioni e le autorità europee rivolgono ai temi della digitalizzazione della ricerca clinica, dell’accesso ai dati sanitari e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico³. Le principali attività di indagine che rientrano nell’alveo della ricerca medica, in particolare “post-genomica”⁴ richiedono, infatti, in misura

¹ Cfr. C. CASONATO, M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze*, in *Rivista di BioDiritto*, I, 2019, p. 435.

² Cfr. S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell’era dei Big Data*, Sesto San Giovanni-Milano, 2018, p. 31.

³ Cfr. I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali*, in *Europa e diritto privato.*, II, 2021, p. 302.

⁴ Il completamento della mappatura del genoma umano, avvenuto nel 2003 grazie al progetto *Human Genome Project*, ha dimostrato quanto le varianti genetiche siano implicate nell’insorgenza di molte malattie comuni a patogenesi complessa e nella diversa risposta ai farmaci. Tra il genotipo e il fenotipo però si interpongono numerosi prodotti – che identificano diverse espressioni funzionali dei geni – che si modificano significativamente durante la vita. Questi mutamenti dipendono dall’«esposoma individuale», cioè dagli stili di vita e dall’ambiente nel quale viviamo. La comunità scientifica ha così abbandonato la vecchia concezione del determinismo genetico, a favore di una visione “post-genomica” e “olistica” del corpo umano. Per sviluppare questo approccio post-genomico è necessaria la raccolta e l’integrazione di una grande mole di dati (non solo clinici ma anche informativi su clima, stili di vita ecc.) e campioni biologici di soggetti sani e malati, così come il ricorso a indagini “omiche” e nuovi strumenti matematici e computazionali. L’obiettivo è quello di oggettivare la rete di interazioni che porta all’insorgenza delle malattie, così da sviluppare strategie di prevenzione e cura efficaci e personalizzate. F.S. COLLINS, *Shattuck lecture – medical and societal consequences of the Human Genome Project*, in *The New England Journal of Medicine*, 1999, CCCXLI, p. 28–37; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA E COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Riflessioni bioetiche sulla medicina di precisione e sviluppi diagnostico-terapeutici*, 2020, p. 6-7.

crescente la raccolta, il trattamento, la condivisione, la conservazione e il trasferimento di campioni biologici e dati che spesso si configurano come personali⁵. Le attività di ricerca che investono questi dati possono essere classificate con riferimento a due principali tipologie di utilizzo: l'uso primario dei dati, che consiste nell'impiego di dati raccolti direttamente dal soggetto partecipante allo studio allo scopo di raggiungere le finalità scientifiche proprie di un dato progetto di ricerca dello stesso; e l'uso secondario dei dati, che prevede invece il riutilizzo di dati per scopi scientifici, inizialmente raccolti per altre finalità⁶. Per il progresso della ricerca medica di base e traslazionale, che mira cioè alla trasformazione dei risultati ottenuti dalla ricerca di base in applicazioni cliniche, così come per la progettazione di politiche sanitarie più efficienti/efficaci e ai fini dell'addestramento, della convalida e della prova dei sistemi di IA⁷ è proprio l'uso secondario di dati personali ad essere diventato sempre più centrale per ricercatori e progettisti. La dimensione multicentrica assunta dalla ricerca richiede anche lo scambio e la condivisione di tali dati "secondari" tra più titolari⁸ e talora il loro trasferimento al di fuori dell'Unione Europea.

Queste attività di ricerca sono suscettibili di incidere sui diritti alla *privacy* e in particolare alla protezione dei dati personali – sia a livello individuale che di specifici gruppi di soggetti (*group privacy*)⁹ – mettendo a dura prova l'efficacia degli strumenti giuridici tradizionalmente posti a tutela dei partecipanti alla ricerca biomedica, riguardo alle informazioni sensibili che li riguardano¹⁰, come il binomio «consenso o anonimizzazione»¹¹. A livello più generale, invece, hanno indebolito la capacità della disciplina giuridica delle scienze della vita di garantire un

⁵ Di conseguenza, ricercatori, centri di ricerca e università sono spesso obbligati ad avere una certa dimestichezza con la disciplina relativa alla protezione dei dati, nella misura in cui sono proprio questi dati a fungere da "carburante" della ricerca. Si veda M. CIANCIMINO, *Circolazione secondaria di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche - Nota a Cass. 7 ottobre 2021 n. 27325*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2022, p. 49; P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Napoli, 2020, p. 69.

⁶ Sulla distinzione tra utilizzo primario e secondario di dati personali per scopi di ricerca si veda COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee-guida 03/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19*, 21 aprile 2020, p. 5.

⁷ Cfr. M. BAK, V.I. MADAI, M.C. FRITZSCHE, M.T. MAYRHOFER, S. MCLENNAN, *You Can't Have AI Both Ways: Balancing Health Data Privacy and Access Fairly*, in *Frontiers in Genetics*, XIII, 2022, p. 2. Per un approfondimento sui rischi del sottoutilizzo dell'IA nell'ambito sanitario, legati a stretto giro con le problematiche dell'uso secondario di dati, si veda U. PAGALLO, M. DURANTE, *The Good, the Bad, and the Invisible with Its Opportunity Costs: Introduction to the 'J' Special Issue on "the Impact of Artificial Intelligence on Law"*, V, in *Multi. Sci. Journal*, V, 2022, p. 139–149.

⁸ Per un approfondimento sugli schemi tipici di circolazione dei dati tra più titolari nel contesto della ricerca si veda M. CIANCIMINO, *op. cit.*, p. 43-45.

⁹ Per un approfondimento sui rischi di discriminazione e stigmatizzazione per gruppi di persone anche con l'utilizzo di dati anonimi si veda B.D. MITTELSTADT, L. FLORIDI, L., *The ethics of Big Data: current and foreseeable Issues in Biomedical Contexts*, in *Science and Engineering Ethics*, 2016, p. 318.

¹⁰ Cfr. E. VAYENA, A. BLASIMME, *Health research with Big Data: time for Systemic Oversight*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, XLVI, 2018, p. 121 ss.

¹¹ Per un approfondimento si veda M. MOSTERT, A. BREDENOORD, M. BIESAART, J. VAN DELDEN., *Big Data in medical research and EU data protection law: challenges to the consent or anonymise approach*, in *European Journal of Human Genetic*, XXIV, 2016, p. 956–960.

adeguato bilanciamento fra l'esigenza di attuare attività di ricerca volte a perseguire reali obiettivi di promozione e miglioramento della salute collettiva e la tutela degli interessi dei diversi attori coinvolti nello svolgimento delle stesse. Un primo passo verso un parziale riassetto di tale squilibrio è stato fatto dalla Commissione Europea che ha elaborato (e sta tuttora elaborando) norme specifiche volte a proteggere i diritti e le libertà fondamentali degli individui e al contempo ad agevolare la libera circolazione, raccolta e trattamento dei dati, che sono i presupposti per la ricerca scientifica contemporanea e multicentrica. Il nucleo del pacchetto di riforma è caratterizzato dal Regolamento UE n. 2016/679 (il c.d. GDPR) che espressamente vuole facilitare l'attività di ricerca prevedendo per il trattamento dei dati finalizzato a scopi scientifici uno «speciale regime derogatorio»¹², la così detta «*research exemption*»¹³. Questo regime si caratterizza per una serie di deroghe e attenuazioni rispetto al regime ordinario che riguardano sia i principi generali del trattamento – come quello di limitazione della finalità e di conservazione – sia l'esercizio dei diritti sanciti a favore dell'interessato. Tali deviazioni dalla disciplina comune non sono automatiche ma subordinate al rispetto dei criteri fissati dall'art. 89, par. 1, che parla dell'applicazione di «garanzie adeguate» per i diritti e le libertà dell'interessato, sempre nel rispetto del Regolamento¹⁴. Sia relativamente alle condizioni per trattamento dei dati sanitari che ai limiti all'esercizio dei diritti dei partecipanti alla ricerca, il GDPR lascia poi un ampio margine di manovra al legislatore nazionale¹⁵ che assume un ruolo importante nel determinare il reale punto di bilanciamento tra gli interessi dei titolari del trattamento, quelli dei soggetti fonte dei dati sensibili e della società in generale. Come evidenziato recentemente dalla Commissione Europea¹⁶ questo margine di discrezionalità lasciato al legislatore nazionale¹⁷, ha dato luogo ad una regolamentazione frammentata, in certi stati (come l'Italia) estremamente restrittiva, di

¹² COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Documento di risposta alla richiesta della Commissione Europea di chiarimenti sull'applicazione coerente del GDPR, con focus sulla ricerca sanitaria* adottato il 2 febbraio 2021, par. 1, nota 4, p. 3.

¹³ Per un approfondimento sulle varie deroghe e attenuazioni previste dal GDPR per il trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica si veda C. STAUNTON, S. SLOKENBERGA, D. MASCALZONI, *The GDPR and the research exemption: considerations on the necessary safeguards for research biobanks*, in *European journal of human genetics*, XXVII, 2019, p. 1161 ss.; G. CHASSANG, *The impact of the EU general data protection regulation in the context of scientific research*, in *Ecancer medical science*, XI, 2017, p. 3.

¹⁴ I confini semantici dell'assunto «garanzie adeguate» hanno dato adito a notevoli dubbi interpretativi, limitando di fatto la portata applicativa delle deroghe, specie per quanto riguarda il trattamento di categorie particolari di dati personali. Sul punto si veda C. STAUNTON, S. SLOKENBERGA, A. PARZIALE, D. MASCALZONI, *Appropriate safeguards and article 89 of the GDPR: considerations for biobank, databank and genetic research*, in *Frontiers in Genetics*, XIII, 2022, 4-5; I. RAPISARDA, op. cit., 313.; M. CIANCIMINO, op. cit., p. 66.

¹⁵ Si vedano gli artt. 9, par. 2, lett. j), 9, par. 4 e 89, par. 2 del GDPR.

¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Valutazione delle norme degli Stati membri dell'UE sui dati sanitari alla luce dell'RGPD*, 2021, 1 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari*, 3 maggio 2022, COM(2022)197 final, 1.

¹⁷ Per un approfondimento si veda U. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Sesto San Giovanni - Milano 2022, p. 35.

difficile interpretazione e applicazione – che nei fatti ostacola l'utilizzo secondario di dati sanitari per finalità di ricerca¹⁸ e lo sviluppo della ricerca internazionale collaborativa¹⁹ – poco compatibile con lo spirito della Strategia europea per i dati²⁰. Uno degli obiettivi principali di quest'ultima è quello di agevolare l'accesso, il riutilizzo e la condivisione di dati sanitari attraverso l'istituzione di spazi comuni di dati, al fine di migliorare l'assistenza medica, ma anche la ricerca clinica, l'innovazione, la definizione delle politiche sanitarie. Nel solco della Strategia europea per i dati, è di particolare rilievo la recente approvazione del Regolamento relativo alla governance europea dei dati²¹ (di seguito “Data Governance Act”) che introduce il concetto di «altruismo dei dati»²², inteso come la messa a disposizione volontaria e senza compenso, attraverso il consenso, di dati personali per finalità di interesse generale, tra cui «l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche europee, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, o delle politiche pubbliche»²³ ma anche «l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale»²⁴. Il meccanismo di condivisione dei dati per finalità altruistiche introdotto da questo Regolamento poggia su una complessa infrastruttura che ha come assi portanti le cosiddette «organizzazioni per l'altruismo dei dati» che sono soggette a specifiche procedure di registrazione e obblighi di trasparenza²⁵, così da rafforzare la fiducia di singoli e imprese e, conseguentemente, promuovere l'altruismo dei dati. Come riconosciuto dallo stesso Regolamento, l'obiettivo di agevolare l'utilizzo dei dati personali per scopi di interesse generale deve essere conseguito nel pieno rispetto del GDPR. In particolare, il Data Governance Act non crea una nuova base giuridica per il trattamento dei dati personali, né modifica dei requisiti in materia di trasparenza stabiliti dal GDPR. Di conseguenza, le organizzazioni per l'altruismo, sia che siano titolari o responsabili

¹⁸ La Commissione europea ha anche evidenziato come la pandemia di COVID-19 abbia messo in luce l'importanza dell'accesso tempestivo ai dati sanitari, non solo per la preparazione e la risposta alle minacce sanitarie e per finalità di cura (utilizzo primario), ma anche per «la ricerca, l'innovazione, la sicurezza dei pazienti, finalità normative, la definizione delle politiche, finalità statistiche o la medicina personalizzata» (utilizzo secondario). Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari*, p. 1.

¹⁹ Cfr. M. SHABANI, *Will the European Health Data Space change data sharing rules?*, in *Science*, CCCLXXV, 2022, 1357.

²⁰ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una strategia europea per i dati*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final.

²¹ Regolamento (Ue) n. 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati) in Gu-Ue n. L 152/1 del 3 giugno 2022, p. 1 ss.

²² Art. 2, par. 16 del Data Governance Act.

²³ *Considerando* 45 del Data Governance Act.

²⁴ Art. 2, par. 16 del Data Governance Act.

²⁵ Cfr. G. COMANDÉ, G. SCHNEIDER, *It's time: Leveraging the GDPR to shift the balance towards research-friendly EU data spaces*, in *Common Market Law Review*, III, 2022, p. 765.

del trattamento, dovranno basare il trattamento di dati sanitari su una base giuridica/condizione di liceità prevista dal GDPR agli artt. 6 e 9, nonché rispettare gli obblighi di trasparenza previsti agli artt. 13 e 14 dello stesso. Il ricorso a un consenso specifico mal si concilia con la prospettiva di trattare dati personali per finalità «non ben definite al momento della raccolta» di ricerca scientifica di interesse generale²⁶. Motivo per cui, sebbene sia chiaro che gli obbiettivi del legislatore europeo siano quello di armonizzare le regole sull'accesso, il riuso e la condivisione dei dati, è importante procedere un'analisi della situazione presente, in particolare dell'interpretazione restrittiva sinora perpetuata del GDPR – in particolare del *considerando* 33 che sembra introdurre una certa flessibilità al grado di specificazione e granularità del consenso al trattamento dei dati per finalità scientifiche – perpetuata dal Comitato europeo per la protezione dei dati (si seguito “Comitato”) e dal Garante europeo per la Protezione dei dati personali, così come dell'assetto normativo nazionale attuale. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, nel contesto italiano la regolamentazione dell'utilizzo primario e secondario di dati personali per finalità di ricerca biomedica frammentata è di non facile interpretazione, poco compatibile con la normativa europea e caratterizzata da un irrigidimento delle condizioni di legittimità del trattamento, addirittura rispetto alla situazione previgente disciplinata dalla direttiva 95/46/CE. Questa situazione va a inficiare negativamente sul lavoro degli operatori della ricerca clinica – senza un reale incremento del livello di tutela degli interessati – che, soprattutto per quanto concerne gli studi di natura osservazionale retrospettiva, devono fare fronte a costose incombenze burocratiche e tempistiche del tutto incompatibili con la celerità necessaria per l'avvio della maggior parte dei progetti di ricerca²⁷.

2. Data Governance Act e Consenso “broad”. L'interpretazione restrittiva da parte del Comitato per la protezione dei dati del *Considerando* 33 del GDPR.

Il GDPR offre una parziale mitigazione al grado di specificazione della finalità di ricerca che si vuole raggiungere con il trattamento dei dati personali che, ai sensi del principio di trasparenza, devono essere precisate prima che i dati vengano usati. Al *considerando* 33, il legislatore europeo, infatti, riconosce, che in «molti casi» non sia possibile stabilire, al momento della raccolta, tutte le future finalità di ricerca per cui essi verranno trattati. In tali casi, viene quindi introdotta una mitigazione riferita al grado di granularità del consenso, che permette agli interessati di prestare quest'ultimo non (solo) per una finalità di ricerca determinata, ma anche, in senso più lato, a taluni settori di ricerca, a condizione che siano rispettati i principi etici

²⁶ E. GEFENAS, J. LEKSTUTIENE, V. LUKASEVICIENE, M. HARTLEV, M. MOURBY, K.Ó. CATHAOIR, *Controversies between regulations of research ethics and protection of personal data: informed consent at a cross-road*. Medical, Health Care and Philosophy, XXV, 2022, p. 26.

²⁷ M. MAGGI, L. RECUPERO, *Privacy e ricerca scientifica e sanitaria*, Lomazzo-Como, 2021, p. 13.

prestabiliti per quell'ambito di studio. A seguito dell'entrata in vigore del GDPR, la dottrina maggioritaria ha sostenuto che tale *considerando* sia volto ad introdurre il «consenso ampio» come possibile condizione di legittimità per la raccolta e il trattamento di dati sensibili a scopi di ricerca scientifica²⁸. Nel rispondere alle domande della Commissione europea in merito all'applicazione coerente del Regolamento nel contesto della ricerca biomedica, il Comitato ha evidenziato che l'espressione «consenso ampio» non è presente né nel *considerando* 33, né nel GDPR in sé. Tuttavia, il *considerando* in questione sembrerebbe permettere, in determinate circostanze, la possibilità di attenuare il requisito della specificità del consenso²⁹ quando usato come base giuridica/condizione di liceità per il trattamento dei dati.

Nelle precedenti Linee guida sul consenso, però, il Comitato aveva già chiarito che il *considerando* 33 non permetta al titolare del trattamento di aggirare «il principio chiave della specificazione della finalità»³⁰ e che i dati personali possono essere trattati nell'ambito della ricerca, sulla base del consenso, soltanto se hanno «una finalità ben descritta»³¹. Piuttosto, tale *considerando* permette che le finalità del trattamento «nell'ambito di un progetto di ricerca scientifica»³² determinato, possa essere descritta a livello più generale – ma sempre circoscritti ad uno specifico ambito scientifico – solo quando non sia possibile specificarla appieno al momento della raccolta dei dati. Aggiunge poi, che questa possibilità dovrebbe essere scrutinata con particolare rigore e sottoposta a un elevato livello di controllo, nell'ipotesi di trattamenti di categorie speciali di dati³³, come appunto i dati sanitari e genetici. In questi casi residuali, il Comitato suggerisce come strumento per «garantire il rispetto dell'essenza dei requisiti del consenso», quali granularità e specificità, la dazione dello stesso in via «progressiva», cioè prestato per più fasi specifiche e successive della ricerca. Questo modello di «consenso a fasi progressive» prevede che a mano a mano che lo studio va avanti o, nel caso in cui il progetto di ricerca preveda la creazione di un database da cui attingere per specifici nuovi studi, che si intenda partire con un nuovo studio riutilizzando dati esistenti, si dovrà ricontattare il soggetto per ottenere il consenso per la fase successiva del progetto, ovviamente prima dell'inizio della fase corrispondente. Tale consenso deve essere accompagnato dal rispetto di riconosciuti *standard* etici, richiamati direttamente dal *considerando* 33, che implicano, almeno a livello

²⁸ Per un approfondimento si veda L. STEVENS, *The proposed Data Protection Regulation and its potential impact on social sciences research in the UK*, in *European Data Protection Law Review*, I, 2015, I, 100 ss; D. HALLINAN, *Broad consent under the GDPR: an optimistic perspective on a bright future*, in *Life Sciences, Society and Policy*, XVI, 2020, p. 10.

²⁹ Art. 4, par. 11 del GDPR.

³⁰ COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, 2020, par. 7.2, nota 157, p. 34.

³¹ *Ibidem*, par. 7.2, nota 155, p. 33. Purtroppo, il Comitato non fornisce indicazione o esempi di cosa si debba intendere per «finalità ben descritta».

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, nota 156, p. 34.

italiano, l'esistenza di un progetto di ricerca redatto conformemente agli standard metodologici del pertinente settore disciplinare (art. 3 delle Regole deontologiche per la ricerca) e che abbia ottenuto l'approvazione del competente Comitato etico, oltre che da misure volte ad assicurare l'applicazione dei principi di trasparenza, anonimizzazione (che rimane l'opzione da preferire laddove fosse possibile ottenere i medesimi risultati rispetto alla ricerca condotta con dati personali), minimizzazione e sicurezza dei dati³⁴.

La soluzione fornita dal Comitato di un «consenso a fasi successive», non è particolarmente originale e potrebbe forse essere sfruttata in caso di studi osservazionali prospettico-esplorativi (di breve durata), ma è sicuramente poco funzionale per le biobanche di ricerca, che raccolgono innumerevoli campioni biologici, per varie patologie e nel contesto di svariati progetti di ricerca, molti dei quali non sono disponibili al momento della raccolta, ma che si susseguono nel corso degli anni. Il costante contatto degli interessati durante lo svolgimento di un progetto di ricerca è un'opzione difficilmente percorribile anche quando quest'ultimo si protragga per svariati anni. È il caso, ad esempio, degli studi osservazionali prospettico-retrospettivi che prevedono la creazione di registri e banche dati finalizzati a studiare la popolazione affetta da una determinata patologia, attraverso analisi presenti e studi futuri. In tal caso, i soggetti interessati potrebbero risultare nel tempo deceduti, diventare irreperibile o non essere più in grado di prestare di volta in volta un consenso specifico, senza parlare dei problemi, sia etici che amministrativi, connessi con il ricontatto. È doveroso però menzionare che proprio in merito a uno studio che prevede la creazione di una banca dati «sulla quale costruire analisi e studi futuri volti a migliorare le conoscenze e la pratica clinica nel settore delle patologie del distretto toracico» (denominata “DB Torax”), l'Autorità Garante italiana abbia abbracciato la soluzione proposta dal Comitato. Di conseguenza, non è sufficiente che il titolare (nello specifico l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Verona) abbia individuato nove “macro” ambiti di indagine su cui verteranno gli studi futuri nell'informativa per la raccolta e conservazione dei dati nel *database*, per cui si era anche preoccupata di acquisire un secondo consenso, ma il titolare sarà obbligato a richiedere il consenso specifico dell'interessato per ogni effettivo utilizzo di dati personali nell'ambito dei nuovi singoli progetti di ricerca condotti con dati ivi salvati. Progetti le cui finalità dovranno essere riconducibili ai nove ambiti di indagine succitati. In poche parole, il l'Autorità Garante prevede l'obbligo per il titolare di acquisire ulteriori e specifici consensi presso i pazienti censiti nel DB Torax in relazione a ciascuno degli studi futuri (condotti su un nuovo progetto di ricerca) che intenderà realizzare

³⁴ *Ibidem*, note 158-160, p. 34.

«per giungere, in via progressiva ad ottenere un presupposto giuridico idoneo al trattamento dei dati per scopi di ricerca scientifica»³⁵.

Tornando all'interpretazione del Comitato del *considerando* 33, quest'ultimo sembrerebbe però anche permettere agli interessati di prestare un unico consenso in termini più generali purché il titolare durante l'avanzamento del progetto o in caso di nuovi progetti che sfruttano dati precedentemente salvati in un database, fornisca periodicamente informazioni sullo sviluppo della finalità, così da garantire che nel corso del tempo il consenso si faccia sempre più specifico. In tal modo, l'interessato avrà quanto meno una conoscenza di base dello stato di avanzamento che gli consente di valutare se esercitare o meno il diritto di revoca del consenso ai sensi dell'art. 7, par. 3 o comunque far valere le sue istanze di controllo partecipativo nel trattamento. Specifiche misure volte a garantire l'esercizio di tale revoca o altri diritti dovrebbero essere implementate.

Con questo suggerimento, il Comitato riconosce nuovamente la possibilità di ricorrere a modalità più dinamiche per informare gli interessati. Un ausilio reale a tal proposito potrebbe arrivare dall'impiego di nuovi strumenti informatici quali la *blockchain*, in modo da consentire all'interessato di partecipare operativamente alla gestione dei propri dati. Il suggerimento del Comitato poi, potrebbe rivelarsi importante anche quando il trattamento si fonda su una base di legittimità diversa. Sia l'art. 6 del Regolamento che il 9 offrono una lunga lista di basi giuridiche/condizioni di liceità diverse dal consenso, che permettono il trattamento di dati per finalità di ricerca scientifica pur permanendo in capo all'interessato l'obbligo di rispettare il principio di trasparenza.

In particolare, il GDPR a completamento di un articolato quadro normativo volto a facilitare le attività di ricerca scientifica contemporanea (sebbene, cogliendone solo marginalmente le caratteristiche peculiari), ha introdotto, all'art. 9, par. 2, lett. j), una condizione di liceità espressamente dedicata al trattamento dei c.d. dati sensibili quando questo è “necessario” per svolgere la ricerca scientifica³⁶. Viene però richiesto che tale deroga al divieto generale di trattare i dati sensibili³⁷ sia ripresa e sviluppata da una disposizione del diritto

³⁵ In linea con la disciplina prevista dal Codice della Privacy, che verrà esaminata nel dettaglio nel par. § 4.1, il Provvedimento del Garante prevede anche di attivare l'*iter* della consultazione preventiva dell'autorità di controllo stessa nei casi in cui gli interessati risultino deceduti o non contattabili (previa dimostrazione dell'impossibilità di *follow-up*). Si veda Garante per la protezione dei dati personali, *Parere ai sensi dell'art. 110 del Codice e dell'art. 36 del Regolamento*, n. 238 del 30 giugno 2022 [doc. web n. 9791886].

³⁶ La scelta di costituire il presupposto di liceità della ricerca scientifica su una base dedicata, lasciando al consenso un ruolo marginale, è conseguente all'aumento di complessità del trattamento di dati in questo specifico ambito, che si appoggia sempre di più di processi di indagine basati su algoritmi. J. DEMOTES-MAYNARD, C. CORNU, A. GUÉRIN e i partecipanti del 34° Giens Round Table “Clinical research”, *How the new European data protection regulation affects clinical research and recommendations?*, in *Thérapie*, LXXIV, 2019, p. 35.

³⁷ Nel GDPR rientrano tra i dati sensibili «i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o

dell'Unione o nazionale che sia «proporzionat[a] alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

3. La disciplina nazionale «consenso-centrica»:

In Italia, il 19 settembre 2018 è entrato in vigore il d.lgs. n. 101/2018 che non abroga, come da intento iniziale, il vecchio Codice della privacy (D. Lgs. n. 196/2003, di seguito “Codice”), ma lo riforma notevolmente al fine di «adeguarlo» al Regolamento.

Il trattamento di dati sensibili per finalità di ricerca biomedica risulta disciplinato da una molteplicità di norme (presenti nel Codice e di settore) oltre che a provvedimenti e Regole deontologiche del Garante assai poco agevoli da coordinare tra di loro, di difficile interpretazione e non del tutto compatibili con il Regolamento. L'attuale stato dell'arte nel contesto nazionale presenta il rischio di vanificare l'obbiettivo di equilibrare il rapporto tra il diritto alla tutela dei dati personali e altri interessi generali, come quello allo sviluppo della ricerca scientifica, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sviluppatasi sulla Direttiva del 95³⁸.

La stratificazione normativa, infatti, si traduce in mancanza di chiarezza che va a discapito del buon funzionamento di un regime di tutela dei dati personali non più di tipo autorizzatorio ma di tipo decentrato di eccezione legale³⁹. Quest'ultima si basa sul principio di «responsabilizzazione» del titolare del trattamento, il quale dovrà garantire – a seguito di una valutazione autonoma – la conformità dei trattamenti che ricadono sotto il suo controllo con le disposizioni europee e nazionali.

Al fine di avere il più chiaro possibile, quantomeno lo schema di questo intricato “dedalo” normativo nazionale, conviene partire dal Codice della Privacy novellato, che all'art. 2-*septies* stabilisce che il trattamento dei dati relativi alla salute, biometrici e genetici è consentito se si è in presenza di almeno una delle condizioni di liceità previste dal Regolamento all'art. 9, par. 2 e se avviene in conformità alle «misure di garanzia» disposte – a cadenza biennale – dal Garante per ciascuna delle tre categorie di dati succitate e in relazione a specifiche finalità di trattamento (tra cui, si spera, anche quella di ricerca scientifica). Il medesimo articolo, al comma 5, chiarisce che queste misure di garanzia possono individuare ulteriori condizioni sulla base delle quali il trattamento di tali dati è consentito. Il legislatore nazionale, quindi, per sua stessa ammissione,

all'orientamento sessuale della persona». Il GDPR prevede, all'art. 9, par. 1, un divieto generale di trattare questi dati, salvo poi precisare – al secondo paragrafo dell'articolo – una serie di eccezioni a tale divieto.

³⁸ Si veda *ex multis* la sentenza del 9 novembre 2010 in cause riunite C-92/09 e C-93-09, *Volker und Markus Schecke*, par. 52.

³⁹ M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, 2017, p. 167.

si avvale del potere concesso agli Stati membri di mantenere o introdurre condizioni e limiti al trattamento dei dati clinici⁴⁰. In particolare, sempre al comma 5, il legislatore nazionale precisa che il Garante può determinare le misure di sicurezza (ad esempio, tecniche di cifratura e pseudonimizzazione), le modalità di minimizzazione del trattamento, i requisiti per l'accesso selettivo ai dati e per l'informazione degli interessati e ulteriori precauzioni per tutelarne i diritti. Per il trattamento dei dati genetici ad alto livello di rischio, il consenso dell'interessato può essere richiesto come misura di garanzia (quindi non inteso come base giuridica del trattamento) o possono essere necessarie altre cautele specifiche.

Il Garante non ha mai adottato i provvedimenti recanti tali misure di garanzia. Nel frattempo, in linea con il primo comma dell'art. 21 del d.lgs. n. 101/2018, il Garante ha individuato le prescrizioni contenute nelle Autorizzazioni generali (tra cui, ai fini del presente scritto, rilevano l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici n. 8/2016 e l'Autorizzazione generale al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica n. 9/2016), adottate prima dell'applicazione del Regolamento e ritenute compatibili con quest'ultimo. Tali prescrizioni sono contenute nel Provvedimento del Garante n. 497 del 13 dicembre 2018⁴¹ e avranno efficacia fino all'adozione delle misure di garanzia di cui all'art. 2-*septies* del Codice.

Questa operazione di adeguamento delle Autorizzazioni generali mal si concilia con il regime decentrato di tutela introdotto dal Regolamento, in cui l'autonoma valutazione del titolare circa la conformità dei trattamenti sotto al suo controllo, va a sostituire l'autorizzazione al trattamento da parte dell'Autorità Garante. Tali Autorizzazioni rinnovate vanno quindi considerate come "Prescrizioni di garanzia" ovvero ulteriori requisiti/misure previsti dal diritto nazionale necessari a garantire un'adeguata tutela dei dati relativi alla salute e genetici.

In conclusione, si può affermare che il ricercatore che voglia utilizzare dati genetici, biometrici o relativi alla salute per finalità di ricerca clinica (sperimentale e osservazionale), debba fare riferimento: i) all'art. 9 del Regolamento, ii) agli artt. 110 e 110-*bis* del Codice, iii) al Provvedimento del Garante recante le prescrizioni per il trattamento di dati genetici e per finalità di ricerca, iv) alle Regole deontologiche; v) alle disposizioni di settore (si pensi, ad esempio, al CTR), vi) alle Linee guida sulle sperimentazioni cliniche del 2008, e infine, vi) agli standard etici riconosciuti in disposizioni e orientamenti internazionali in materia.

⁴⁰ Art. 9, par. 4 del GDPR.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 101/2018, il Provvedimento, è stato sottoposto ad una consultazione pubblica della durata di 60 giorni a partire dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale d'avviso pubblico di avvio della stessa, che ha avuto luogo l'11 gennaio 2019. All'esito di tale consultazione, il Garante ha adottato la versione finale del Provvedimento, contenente prescrizioni delle autorizzazioni generali considerate compatibili con il Regolamento.

Particolarmente importante è l'art. 110 del Codice della Privacy, che pone il consenso come base prioritaria del trattamento per finalità di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica. Il d.lgs. n. 101/2018 conserva in gran parte invariata tale disposizione a come era nel vecchio corpo normativo. Nel succitato articolo si legge, infatti, che la necessità del consenso viene meno quando la ricerca «è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea in conformità all'articolo 9, par. 2, lettera j)»⁴². L'articolo 110 prevede poi che per procedere con tale attività di ricerca il titolare debba preliminarmente condurre una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (la c.d. Data Protection Impact Assessment – “DPIA”) ai sensi dell'art. 35⁴³, che dovrà essere resa pubblica nei casi previsti dall'art. 36 del Regolamento.

Il legislatore italiano si limita quindi a “inoculare” nel vecchio tessuto normativo il richiamo all'art. 9, par. 2, lett. j) creando non pochi problemi interpretativi. Un aiuto ci arriva dal vecchio Codice della Privacy che sempre all'art. 110 faceva rientrare in tale ipotesi gli studi previsti da disposizione di legge oppure che rientrino in un programma di ricerca biomedica o sanitaria previsto ai sensi dell'articolo 12-*bis* del decreto legislativo del 30 dicembre 1992, n. 502. Il Codice qui fa riferimento alla ricerca sanitaria pubblica, finanziata dal Ministero della Salute, che, ai sensi del primo comma del succitato art. 12-*bis*, risponde al fabbisogno conoscitivo e operativo del SSN. È il “Piano sanitario nazionale” che definisce gli obiettivi e i settori principali della ricerca del Sistema, tenendo conto di quanto previsto dal Programma nazionale della ricerca sanitaria (di seguito “PNRS”). Quest'ultimo viene elaborato dal Ministero della salute, sentita la Commissione nazionale per la ricerca sanitaria, e viene poi adottato dal Ministero stesso d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. Tale programma, di validità triennale, si articola nelle attività di ricerca corrente e di ricerca finalizzata.

Il legislatore italiano, poi, esercitando il potere discrezionale conferito agli Stati membri dall'art. 9, par. 4, prevede che queste ricerche – così come quelle che rientrino nel mandato e nei compiti conferiti a un organismo pubblico o privato dal diritto nazionale o europeo – possono essere condotte (senza consenso) a condizione che sia redatta e resa pubblica una DPIA ai sensi degli artt. 35 e 36 del Regolamento. Infine, il richiamo del Codice della Privacy all'art. 9, par. 2, lett. j) implica che questa DPIA debba indicare sia le garanzie di cui all'art. 89 par. 1, che le “ulteriori” misure appropriate e idonee per tutelare i diritti e le libertà della corte degli

⁴² Si rende nota la somiglianza con l'art. 110 del “vecchio” codice, che prevedeva che il consenso non fosse necessario per il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute, finalizzato a scopi di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico [...] quando la ricerca è prevista da un'espressa disposizione di legge che prevede specificamente il trattamento».

⁴³ Il legislatore italiano non impone che si proceda alla valutazione di impatto quando il titolare scelga il consenso per legittimare il trattamento di dati sensibili a fini di ricerca, visto che una base giuridica che presenta maggiori criticità rispetto a quella fornita dall'art. 9 par. 2 lett. j).

interessati coinvolti nel progetto di ricerca specifico e che verranno predisposte dal titolare relativamente ai loro dati sensibili. In attesa (se mai sarà) che il Garante adotti tali misure di garanzia *ex art. 2-septies* del Codice della Privacy, il titolare dovrà fare riferimento a quelle contenute nelle Prescrizioni per i dati genetici, nelle Prescrizioni per la ricerca scientifica e specifiche misure previste dalle Regole deontologiche per la ricerca in ambito medico, che verranno analizzate nel dettaglio più avanti.

L'ultima parte del primo comma dell'art. 110 del Codice della Privacy – sempre perpetuando lo schema nazionale antecedente alla riforma europea – stabilisce che il consenso non è necessario quando «a causa di particolari ragioni informare gli interessati risulti impossibile, implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità di ricerca». Il Garante ha dettagliatamente prefigurato le circostanze in cui sussistono tali particolari ragioni che permettono di sfruttare questa deroga, al par. 5.3 delle Prescrizioni per la ricerca scientifica. In particolare, esse si riferiscono all'esistenza di «motivi etici», «motivi di impossibilità organizzativa» e «motivi di salute».

Relativamente alla consultazione preliminare del Garante al fine di ottenere parere favorevole in ordine al trattamento dei dati personali effettuato senza informativa (e relativo consenso), il legislatore sembra prevedere una procedura speciale⁴⁴ che risulta essere oltremodo gravosa, sia per i ricercatori che per l'Autorità stessa, in quanto il numero dei progetti di ricerca che potrebbero imporre al titolare il ricorso a tale istituto è talmente elevato da riuscire ad ingolfare le attività dell'organo di controllo.

4. Conclusioni.

Come visto nei primi due paragrafi, oggi più che mai la ricerca clinica punta sull'integrazione di dati, sia clinici che prodotti dai singoli come effetto collaterale dell'utilizzo di dispositivi e applicazioni nella quotidianità, strumenti che hanno permesso la pervasiva digitalizzazione di condizioni ambientali, stili di vita, comportamenti sociali e interazioni. Spesso però le finalità scientifiche per cui verranno usati i dati non sono neanche ipoteticamente prevedibili prima dell'analisi dei dati attraverso modelli computazionali avanzati, in grado di identificare correlazioni – non immediatamente visibili dai ricercatori – basandosi su processi di apprendimento automatico.

Alle novità connesse al *modus operandi* rinnovato della ricerca biomedica contemporanea, spiegato nel secondo paragrafo, così come alle nuove, e spesso non *a priori* consapevoli capacità

⁴⁴ In linea con il principio di *accountability* e con quanto previsto all'art. 36, spetta al titolare del trattamento valutare se, nonostante le misure previste nella DPIA, un rischio elevato per i diritti e le libertà dei soggetti interessati permanga e di conseguenza sia necessario consultare l'Autorità di controllo nazionale.

di segmentazione e classificazione offerte dai così detti *analytics*, si affianca l'entrata nell'ecosistema della ricerca *data intensive* di nuovi protagonisti, come le *big tech* che raccolgono per finalità commerciali dati molto utili per la ricerca e aziende del settore privato che possiedono l'*expertise* di dominio nel campo dell'intelligenza artificiale. I fattori sopraelencati, da un lato, rendono inadeguati gli strumenti giuridici tradizionalmente posti a tutela degli interessi dei pazienti/cittadini partecipanti alla ricerca, come l'approccio «consenso o anonimizzazione» per l'utilizzo secondario di dati personali per scopi di ricerca. Dall'altro, possono generare rischi per i partecipanti agli studi (e non) che vanno oltre a quelli più ampiamente dibattuti in dottrina, come la violazione della riservatezza, dell'integrità e della disponibilità dei dati, trainando profili di pregiudizio, quali la violazione del principio di non discriminazione e stigmatizzazione, che travalicano la dimensione individuale.

I potenziali e molteplici rischi per la dignità, l'autonomia, i diritti e le libertà fondamentali della persona, nonché di danno sociale significativo scaturenti dal ricorso senza precedenti – nel contesto della ricerca biomedica – alla digitalizzazione delle funzioni biologiche e a sistemi computazionali avanzati, hanno portato il legislatore europeo a intervenire per rinnovare la disciplina giuridica della tutela dei dati personali con il GDPR che abbraccia un approccio co-regolativo, incentrato sul rischio e un modello di responsabilità più maturo rispetto al passato, connesso all'autonoma mitigazione dello stesso da parte dei titolari.

Purtroppo, il GDPR, pur garantendo un regime di particolare favore al trattamento di dati personali e particolari effettuato per finalità di ricerca scientifica, coglie solo marginalmente il radicale mutamento epistemico e metodologico che caratterizza la ricerca biomedica contemporanea.

Inoltre, come evidenziato nell'ultimo paragrafo, la missione del legislatore europeo di trovare un nuovo equilibrio tra esigenze individuali di tutela della riservatezza dei dati e istanze fondamentali di matrice generale quali il progresso della ricerca scientifica è messa a dura prova dal legislatore italiano che non sembra aver colto lo spirito emancipatorio del Regolamento, così come il suo intento di garantire che il trattamento avvenga in modo sicuro piuttosto che impedirlo con vincoli e adempimenti burocratici *ex ante*. Il risultato è una disciplina frammentata a livello europeo e spesso eccessivamente restrittiva e consenso-centrica che rischia di essere in aperto conflitto con lo spirito del Data Governance Act che propone modello europeo di consenso all'altruismo dei dati per finalità scientifiche di interesse generale.

Il *Data Governance Act* permetterà la creazione di un ambiente di condivisione più strutturato e *sharing-friendly*. Allo stesso tempo, è destinato ad incidere sull'armonizzazione della disciplina di accesso, trattamento e condivisione dei dati. In particolare, i requisiti di registrazione, consultazione e notifica previsti dall'*Act* e la previsione di sistemi di controllo comitati di accesso e comitati etici previsti dalla Proposta di Regolamento dello spazio europeo

dei dati, potrebbero contribuire alla definizione e standardizzazione delle garanzie adeguate previste dall'art. 89 par. 1 del GDPR e permettere un riutilizzo dei dati per finalità di ricerca medica che sia in linea con principi etici riconosciuti e volto alla realizzazione di reali obiettivi di promozione e miglioramento della salute collettiva.

queste istituzioni

**L'intelligenza artificiale
nel settore della giustizia.
Prime riflessioni alla luce
della proposta di Regolamento (UE)
in materia di AI**

Marta Fasan

**Numero 4/2022
31 dicembre 2022**

L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia.

Prime riflessioni alla luce della proposta

di Regolamento (UE) in materia di AI

di Marta Fasan*

Sommario

1. Il mondo dell'intelligenza artificiale. Nuove sfide per il diritto costituzionale. – 2. L'AI nel settore della giustizia. Tra promesse e ostacoli all'esercizio della funzione giurisdizionale. – 3. Regolare le nuove tecnologie. La strada per un'intelligenza artificiale costituzionalmente sostenibile nel settore della giustizia. – 3.1. Regolare le nuove tecnologie. L'approccio europeo all'intelligenza artificiale nella proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. – 3.2. Regolare le nuove tecnologie. L'uso dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia nella proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. – 4. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia alla luce della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Una risposta costituzionalmente sostenibile?

Sintesi

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e la sua applicazione in numerosi contesti della quotidianità umana rappresentano una delle sfide più importanti per i giuristi contemporanei. Il presente contributo si pone l'obiettivo di realizzare una prima riflessione in merito alla disciplina dell'AI nel settore della giustizia. A tal fine, l'analisi prenderà le mosse dall'esame della recente proposta di Regolamento (UE) in materia di AI, con particolare riferimento alle disposizioni che regoleranno l'uso di questa tecnologia anche all'interno del settore della giustizia, nel tentativo di comprendere quale sarà l'impatto della proposta di Regolamento (UE) sugli aspetti più critici dovuti all'applicazione dell'AI in questo ambito.

Abstract

The development of Artificial Intelligence and its application in many areas of human life represent one of the most important challenges for contemporary legal scholars. This paper aims at carrying out a first reflection on the regulation of AI within the justice sector. To this end, the analysis will start from the study of the recent proposal for an EU Regulation on AI and of the rules that will regulate the use of this technology also within the judiciary, trying to

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento. Il presente lavoro è un prodotto sviluppato nell'ambito del progetto UNI4JUSTICE: Universitas per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo, monitorato dal Ministero della Giustizia, promosso dall'Agenzia per la Coesione Territoriale, nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia. Le opinioni espresse dall'autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa.

understand the impact of the proposed EU Regulation on the critical issues due to the application of AI in this field.

Parole chiave

Intelligenza artificiale – Giustizia – Giustizia predittiva – Diritto costituzionale – Diritto UE.

1. Il mondo dell'intelligenza artificiale. Nuove sfide per il diritto costituzionale.

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence*, AI) e la sua sempre più significativa applicazione in numerosi e differenti ambiti della vita umana costituiscono una delle sfide più importanti per i giuristi contemporanei. Le funzioni e le potenzialità espresse da questa tecnologia¹, in termini di elaborazione di previsioni, raccomandazioni e decisioni², dimostrano come l'AI sia in grado di rivoluzionare molte azioni da sempre appannaggio dei soli esseri umani³, andando, di conseguenza, ad incidere anche sulle strutture giuridiche che regolano lo svolgimento e la realizzazione di molte funzioni e attività⁴. In particolare, la capacità di

¹ Nello specifico, le capacità ad oggi dimostrate dall'AI e che, come vedremo, rendono questa tecnologia particolarmente efficiente ed efficace nella realizzazione di diverse azioni e funzioni sono dovute principalmente a tre fattori tra loro strettamente collegati. In primo luogo, gli avanzamenti in termini di potenza e di velocità di calcolo costituiscono elementi essenziali per il funzionamento dei sistemi di AI, dal momento che consentono ai software su cui la stessa è costruita di elaborare e processare in tempi sempre più rapidi tutte le informazioni necessarie a raggiungere l'obiettivo prefissato. In secondo luogo, un altro fattore fondamentale per lo sviluppo e per l'efficace operatività dell'AI è costituito dalle tecniche di *machine e deep learning*, le quali permettono ai sistemi intelligenti di apprendere nuove informazioni e capacità interagendo con l'ambiente circostante, partendo da dati non strutturati e non classificati e migliorando la propria performance sulla base dell'esperienza realizzata, in un modo che, quindi, si avvicina sempre di più ai modelli di apprendimento utilizzati dalle persone umane. Infine, il terzo elemento cruciale per un funzionamento efficace e completo dei contemporanei modelli di AI è rappresentato dall'enorme quantità di dati ad oggi disponibili. La crescente ed esponenziale produzione di dati da parte degli esseri umani grazie alle continue interazioni digitali consente di avere facile accesso ad un'immensa mole di informazioni, riferite agli ambiti più disparati, che costituiscono uno degli aspetti più importante per permettere all'AI di raggiungere risultati ottimali in ogni differente contesto di impiego. Per un ulteriore approfondimento sui fattori indicati si veda L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 22 ss.; K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Bologna, 2021, 15 ss.; S. RUSSELL, *Human Compatible. Artificial Intelligence and the problem of control*, New York, 2019, 32 ss. Per una definizione maggiormente dettagliata delle tecniche di *machine learning* e di *deep learning* cfr. T.M. MITCHELL, *Machine learning*, Boston, 1997, 2; I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, Cambridge (MA), 2016, 8.

² Queste alcune tra le specifiche capacità attribuite all'AI dall'art. 3, n. 1, della Proposta di Regolamento (UE) in materia di intelligenza artificiale, il quale definisce un sistema di AI come: «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». Per alcune considerazioni sulla portata di questa definizione si rimanda alle riflessioni svolte all'interno del paragrafo 3.1 del presente contributo.

³ In S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 401 ss., l'autore illustra come l'influenza dei sistemi artificiali sulle azioni, scelte e decisioni operate dalle persone costituisce un aspetto sempre più presente sia nella dimensione quotidiana della vita delle persone, sia nelle dinamiche sociali che contraddistinguono uno Stato costituzionale di diritto. La varietà di funzioni, tipicamente umane, ad oggi realizzabili anche da sistemi di AI è descritta anche in G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 65; Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Firenze-Milano, 2018, 375 ss.

⁴ L'impatto dell'evoluzione tecnologica, e quindi anche dell'intelligenza artificiale, sulla dimensione giuridica è evidenziato in V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968, 17 e ss.; N. WIENER, *The Human use of*

questa tecnologia di realizzare modelli predittivi in grado di supportare o, in alcuni casi, sostituire l'attività decisionale umana pone di fronte alla necessità di interrogarsi sulla reale ed effettiva tenuta delle categorie giuridiche tradizionali di fronte alle novità e ai mutamenti paradigmatici prospettati dai sistemi intelligenti, con l'intento di comprendere quali possano essere gli strumenti giuridici più efficaci nell'assicurare un quadro normativo in cui l'uso dell'AI si tale da garantire la tutela dei diritti e delle libertà delle persone⁵.

La crescente consapevolezza in merito alla necessità di avviare un'attenta riflessione su questi aspetti ha spinto legislatori, *policymakers* e, in generale, soggetti regolatori ad adottare piani strategici, politiche e interventi normativi volti a delineare l'insieme di regole destinate a disciplinare, dal punto di vista giuridico, l'uso dell'AI sia in termini generali, sia in riferimento a specifici settori⁶. In questo contesto, un ruolo di particolare rilievo è assunto dalle istituzioni dell'Unione europea, le quali, negli ultimi anni, si sono impegnate in un ampio processo di regolamentazione del mondo tecnologico e digitale, ponendo particolare attenzione agli ambiti in cui i fenomeni di digitalizzazione e di innovazione tecnologica sembrano destinati ad avere maggior successo e impatto. E tra questi rientra senza alcun dubbio lo sviluppo dell'AI e la sua applicazione all'interno del settore della giustizia, dove le tecnologie intelligenti presentano una

Human Beings. Cybernetics and society, Londra, 1989, 110 e ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 111 e ss.; R. BROWNSWORD, *Law 3.0*, Abingdon-New York, 2020, 28 e ss. In questi ultimi due contributi gli autori sottolineano come l'AI presenti una caratteristica innovativa e rivoluzionaria rispetto ad altre tecnologie: la capacità di offrire soluzioni efficaci a problemi di natura normativa e regolamentare. In tal senso, l'AI può influenzare e modificare le strutture giuridiche esistenti andando essa stessa a creare norme che possano regolare il comportamento delle persone.

⁵ In questa prospettiva, il diritto costituzionale e i suoi strumenti assumono rilevanza fondamentale nel fornire possibili soluzioni normative all'uso dell'AI nell'ottica di tutelare i diritti fondamentali delle persone. Infatti, l'AI e la necessità di regolarne l'applicazione richiama la funzione e vocazione tradizionale del costituzionalismo contemporaneo: la limitazione dei poteri, di cui le tecnologie intelligenti sono espressione, al fine di proteggere i diritti fondamentali. Questo aspetto è evidenziato in O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H-W. MICKLITZ ET AL. (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 5 e ss.; C. CASONATO, *L'intelligenza artificiale e il diritto comparato ed europeo*, in *DPCE online*, 1, 2022, 170 e ss.; C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto tra diritto e nuove tecnologie*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno monografico 3, 2021, 7 e ss.; A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di Stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 727; M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.

⁶ Tra le diverse iniziative normative, di *hard* e *soft law*, adottate in materia di AI pare opportuno ricordare la *Directive on Automated Decision-Making* canadese, la nuova versione della *Loi de Bioéthique* francese (in cui viene inserito espresso riferimento all'uso dell'AI nella dimensione della relazione medico-paziente), la *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* dell'OCSE, la *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment* adottata dal Consiglio d'Europa, il report *Technology rules? The advent of new in technologies in the justice system* elaborato dal Justice and Home Affairs Committee della House of Lords Britannica e la *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (con cui il legislatore francese ha introdotto specifiche disposizioni in riferimento all'uso delle tecnologie intelligenti per la profilazione dei giudici e delle loro decisioni). Per quanto concerne il ruolo normativo dell'Unione europea in questo settore, esso verrà approfondito nel corso dei prossimi paragrafi.

significativa potenzialità nel prospettare possibili rimedi alle criticità che contraddistinguono questo specifico ambito.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di realizzare una prima riflessione in merito alle prospettive di disciplina dell'AI all'interno del settore della giustizia. A tal fine, l'analisi prenderà le mosse dallo studio della recente proposta di Regolamento (UE) in materia di AI (comunemente definito *AI Act*) e delle norme che andranno a disciplinare l'uso di questa tecnologia anche all'interno dell'ambito giudiziario, con l'intento di provare a comprendere l'impatto della proposta normativa UE sulle criticità riconducibili all'applicazione dell'AI in questo settore e la sua sostenibilità rispetto alle garanzie e ai principi costituzionali che, all'interno dell'ordinamento italiano, presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale.

2. L'AI nel settore della giustizia. Tra promesse e ostacoli all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Per poter analizzare la portata normativa della regolamentazione prospettata a livello europeo e svolgere le relative riflessioni sulle possibili conseguenze di questo intervento normativo è necessario svolgere alcune considerazioni preliminari sul contesto qui in esame, e cioè l'uso dell'AI all'interno della dimensione giudiziaria.

Il settore della giustizia costituisce uno degli ambiti che più lentamente, e di conseguenza anche più recentemente, si è aperto alle potenzialità prospettate dall'AI. Se, infatti, in altri contesti le tecnologie intelligenti stanno abbandonando la dimensione fantascientifica per diventare strumenti concreti dell'attività umana⁷, il sistema giudiziario per molto tempo ha rappresentato una zona franca dal mondo tecnologico e digitale, avulsa dai dirompenti effetti portati dalla rivoluzione descritta⁸. Tuttavia, negli ultimi tempi è emersa con evidenza la necessità di avvalersi degli strumenti tecnologici e digitali anche all'interno di questo contesto per far fronte alle numerose criticità che ancora affliggono l'esercizio della funzione giurisdizionale⁹, portando così il settore della giustizia ad aprirsi ad un processo di

⁷ Pensiamo, ad esempio, all'ambito medico dove l'AI sta diventando un elemento sempre più presente sia nel contesto della ricerca, sia in quello della pratica clinica. Per approfondire questo tema e le specifiche conseguenze giuridiche legate alla diffusione dei sistemi di AI all'interno della medicina contemporanea cfr. D. SCHÖNBERGER, *Artificial Intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 27, 2019, 179 e ss.; E.J. TOPOL, *Deep Medicine. How Artificial Intelligence can make healthcare human again*, New York, 2019; A. LINKEVICIUTE ET AL., *The regulatory impact of a harmonized artificial intelligence regulation proposal on the clinical research landscape in the European Union*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 509-524.

⁸ Per dare conto di tale fenomeno, in A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables*, Bruxelles, 2019, 2, l'autore descrive il settore della giustizia come una cittadella fortificata ancora inespugnata dall'avvento del mondo digitale, dimostrando l'elevato livello di resistenza e diffidenza mostrato da questa dimensione verso le novità offerte dal progresso tecnologico.

⁹ È opportuno evidenziare come il processo di digitalizzazione del settore della giustizia abbia ricevuto una spinta rilevante anche in ragione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid-19, in quanto la necessità

digitalizzazione delle procedure e dei servizi offerti¹⁰ e all'introduzione di nuove tecnologie come l'AI¹¹.

Nello specifico, l'AI entra nella dimensione giudiziaria prevalentemente come strumento per realizzare e implementare la c.d. *predictive justice*, un nuovo modello di giustizia costruito sulla possibilità di usare questa tecnologia per avere, sulla base dell'analisi della giurisprudenza precedente, modelli predittivi in grado di indicare il probabile esito di una specifica tipologia di controversia¹². Nella prospettiva di realizzare una nuova giustizia predittiva, che si sostanzia sia nel contesto della decisione giudiziaria sia in quello dell'accesso alla giustizia¹³, l'uso dell'AI può avere diversi effetti, tali da incidere in modo differenziato sull'esercizio della funzione giurisdizionale sul ruolo del giudice anche in base al livello di autonomia mostrato dal sistema

di limitare il più possibile la circolazione delle persone ha reso necessaria un'accelerazione sullo svolgimento dei processi in via telematica, anche in assenza di una riforma normativa in tal senso. Questo aspetto è analizzato in A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, Milano, 2021, 101 ss. In generale, sull'importanza di implementare la dimensione digitale nel settore della giustizia cfr. *Piano d'azione 2019-2023 in materia di giustizia elettronica europea*, 13 marzo 2019, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02)&from=EN). Inoltre, è opportuno sottolineare come la digitalizzazione della giustizia rappresenti uno degli obiettivi perseguito dallo Stato italiano nella realizzazione del PNRR.

¹⁰ In riferimento all'ordinamento italiano, la riforma normativa realizzata con l'introduzione del processo telematico ha rappresentato, e continua ad esserlo, un passo fondamentale verso la digitalizzazione e tecnologizzazione del settore della giustizia. Dopo l'implementazione del processo civile telematico (PCT, 2015), del processo amministrativo telematico (PAT, 2017) e di quello tributario (PTT, 2019), l'ultimo tassello del procedimento di trasformazione digitale in questo settore è rappresentato dall'introduzione del processo penale telematico, come prospettato dalla recente riforma "Cartabia". In questo modo, l'ordinamento italiano andrebbe a completare la digitalizzazione della dimensione processuale, anche nel settore che presenta maggiori profili critici nel suo processo di tecnologizzazione. Su questi temi si veda A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, 87 e ss.; V. AMENDOLAGINE, *Il processo civile telematico a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 2020, 211-216; G. DI PAOLO, *"Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, 87-108. In riferimento all'analisi della digitalizzazione della giustizia in prospettiva comparata cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 100 e ss.

¹¹ Per quanto concerne l'introduzione dell'AI all'interno del settore della giustizia, è opportuno evidenziare che tale fenomeno risulta essere ancora allo stato embrionale, soprattutto all'interno del continente europeo. Tuttavia, le esperienze registrate negli ordinamenti nordamericani (in particolare Canada e USA) e le minime applicazioni verificatesi in Europa dimostrano l'importanza che in futuro questa tecnologia assumerà, con impatto crescente, all'interno della dimensione giudiziaria. Su questi profili A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 90.

¹² Così definita in A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, 219 e ss. Nello specifico, gli autori evidenziano come l'obiettivo principale della giustizia predittiva sia rendere la dimensione giudiziaria più prevedibile e maggiormente scientifica, limitando gli elementi di arbitrarietà che potrebbero influenzare l'esercizio del potere giudiziario.

¹³ La duplice dimensione in cui trova concretizzazione il nuovo modello di giustizia predittiva è dimostrata da alcuni esempi concreti. Basti pensare ad applicazioni come COMPAS, e in generale gli strumenti di *risk assessment*, o *Supralegem.fr* e come entrambe nell'elaborare previsioni sulla probabilità che la controversia esaminata abbia un determinato esito contribuiscano ad implementare la giustizia predittiva, nel primo caso, nella decisione del giudice e, nel secondo caso, nel migliorare l'accesso alla giustizia delle persone. Per quanto riguarda un'analisi delle tecnologie menzionate e le loro peculiarità cfr. S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, 156 ss.; Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès. Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruxelles, 2020, 96 e ss.

intelligente. Questa tecnologia può, infatti, aver una funzione di mero supporto all'attività giudiziaria, fornendo specifiche informazioni e indicazioni agli operatori umani; oppure può sostituire le persone nello svolgimento di determinate procedure e fasi del giudizio, fino ad arrivare a modificare radicalmente il modo in cui il giudice esercita la propria funzione¹⁴.

Tralasciando l'ipotesi in cui l'AI possa sostituire integralmente il giudice umano creando la futuristica immagine di un giudice robot, gli effetti descritti possono incidere significativamente sulle infrastrutture giuridiche che presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale, anche laddove i sistemi intelligenti vengano impiegati solo come strumento di supporto all'attività del giudice¹⁵. In questo contesto, appare dunque necessario riflettere sulla compatibilità di questa tecnologia con le categorie giuridiche e costituzionali funzionali a garantire l'effettività del settore giudiziario, alla luce dei benefici e dei rischi che possono ricondursi all'impiego dei sistemi di AI¹⁶.

L'opportunità tecnologica e politica di introdurre l'AI all'interno del settore della giustizia trova una principale spiegazione nei numerosi benefici che, anche dal punto di vista giuridico, possono derivare dalla diffusione di questa tecnologia nel contesto dell'esercizio della funzione giurisdizionale. In particolare, l'uso dei sistemi di AI all'interno di questo settore può incidere positivamente su aspetti come la durata dei processi, l'efficacia delle decisioni giudiziarie e la standardizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, in un'epoca in cui la diversità nelle

¹⁴ Questa la tassonomia elaborata in T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, Cheltenham-Northampton, 2021, e ripresa in S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2022, 300 ss. Più precisamente, gli autori individuano tre tipologie di effetti riconducibili a tre diverse funzioni in cui si trova ad operare l'AI: 1) *supportive technology*; 2) *replacement technology*; e 3) *disruptive technology*. Per quanto riguarda la categoria delle *disruptive technologies* gli autori ritengono che al suo interno vadano collocati i sistemi di AI che, non solo sostituiscono il giudice umano in alcune prestazioni, ma sono tali da modificare radicalmente il modo in cui il giudice esercita la propria funzione, aprendo alla nascita di nuovi paradigmi all'interno della dimensione giudiziaria.

¹⁵ Infatti, è opportuno sottolineare che le tecnologie di AI, proprio per le loro specifiche caratteristiche, sono in grado di indirizzare in modo incisivo le decisioni e le azioni umani anche laddove siano impiegate solo come strumento di supporto e non sostitutivo dell'azione umana. Per questa capacità, l'AI è considerata una tecnologia in grado di realizzare forme di *hypernudging*, "catturando" la decisione umana. Su questo aspetto cfr. K. YEUNG, "Hypernudge": *Big Data as a mode of regulation by design*, in *Information, Communication & Society*, n. 1, 2017, 118 e ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 55-57.

¹⁶ Sulla necessità di valutare la compatibilità delle tecnologie di AI con l'assetto giuridico e costituzionale che caratterizza l'esercizio del potere giudiziario si veda anche S. PENASA, *op. cit.*, 299 e ss. Per un'analisi più approfondita dei benefici e dei rischi che, dal punto di vista giuridico, sono riconducibili all'uso di questa tecnologia si consenta un rinvio a 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 *La Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno monografico 3, 2021, 325-339. Prima di procedere all'analisi degli aspetti menzionati, è opportuno svolgere una premessa metodologica. La presente analisi e valutazione sarà svolta alla luce dei principi che presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale, tralasciando invece gli effetti di questa sulla dimensione strettamente processuale. Tuttavia, considerato il significativo impatto prodotto dai sistemi intelligenti anche sui profili processuali, soprattutto in ambito penale, per l'analisi di alcuni di questi aspetti si rimanda a G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Napoli, 2022.

decisioni dei giudici viene percepita dalla società come un elemento patologico nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Innanzitutto, l'AI, grazie alle sue capacità di analisi e correlazione dei dati e di creazione di modelli predittivi, può costituire un elemento fondamentale nel ridurre la durata del giudizio, contribuendo a porre rimedio a uno dei problemi che maggiormente affligge la società contemporanea in termini di esercizio del diritto fondamentale ad avere un processo di durata ragionevole¹⁷. In secondo luogo, l'intervento dell'AI, sia in funzione di supporto che parzialmente sostitutiva, può contribuire a ridurre il margine di errore all'interno delle decisioni giudiziarie, eliminando i pregiudizi di natura umana e rendendo le azioni dei giudici più efficaci¹⁸. Oltre a ciò, le funzioni espresse dall'AI in termini di creazione di criteri uniformi nella previsione di comportamenti, azioni e scenari futuri assumono un ruolo cruciale nell'assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, garantendo un maggior livello di uniformità nelle decisioni giudiziarie, una più stringente tutela del principio della certezza del diritto e una più forte tutela del principio di eguaglianza davanti alla legge¹⁹.

Alla luce dei benefici prospettati, non paiono quindi esserci dubbi circa la compatibilità delle tecnologie di AI con le categorie e, soprattutto, i principi costituzionali posti a tutela dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Anzi, da una certa prospettiva l'esame degli effetti positivi riconducibili all'impiego dell'AI evidenzia come questi sistemi, se correttamente applicati, possano diventare lo strumento ideale per realizzare una più effettiva e concreta implementazione dei principi di indipendenza e imparzialità del giudice e del diritto alla tutela giurisdizionale anche laddove, attualmente, gli strumenti giuridici tradizionali non sembrano essere sufficienti ad affrontare le criticità esistenti nel sistema.

¹⁷ Questi aspetti sono analizzati in R. M. RE, A. SOLOW-NIEDERMAN, *Developing Artificially Intelligent Justice*, in *Stanford Technology Law Review*, 2, 2019, 255-256; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 3, 2020, pp. 4-5; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 65-68. In questo ultimo contributo, l'autore si pone però in senso critico verso la maggior rapidità del processo che verrebbe garantita dall'uso dell'AI. Egli, infatti, sostiene che tale aspetto potrà essere tenuto in considerazione per valutare l'opportunità di utilizzare questo tipo di tecnologia solo quando la prestazione umana e quella artificiale arriveranno a equivalersi anche dal punto di vista qualitativo.

¹⁸ La maggior efficienza garantita dall'AI nella prospettiva qui esaminata è evidenziata anche in C.R. SUNSTEIN, *Algorithms, Correcting Biases*, in *Social Research: An International Quarterly*, 2, 2019, 499-511; A. GARAPON, J. LESSÈGUE, *op. cit.*, 132-133. In questo ultimo contributo, gli autori ribadiscono come la "scannerizzazione" effettuata dalle tecnologie di AI sia uno strumento fondamentale nel garantire una concreta implementazione del principio costituzionale di imparzialità del giudice, dal momento che questo, sapendo di essere esaminato da strumenti di AI, sarebbe portato a porre maggiore attenzione nelle decisioni giudiziarie adottate. Su questo profilo, si veda anche J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1, 2018, 237 e ss. Nello studio realizzato, gli autori evidenziano come, negli USA, l'uso dell'AI nelle decisioni c.d. di *jail or bail* «(...) could reduce crime by no less than 14.4% and up to 24.7%; or without any increase in crime, the algorithmic rule could reduce jail rates by no less than 18.5% and up to 41.9%».

¹⁹ I benefici qui descritti che possono derivare da una maggiore standardizzazione e uniformità delle decisioni giudiziarie sono analizzati in M. LUCIANI, *op. cit.*, 875-876; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, 128; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 417; A. GARAPON, J. LESSÈGUE, *op. cit.*, 255-256.

Tuttavia, il ricorso all'AI nel settore della giustizia non può considerarsi una panacea per tutti i problemi riscontrabili in questo ambito. Tale tecnologia, infatti, porta con sé una serie di rischi che devono essere necessariamente considerati nell'ottica di valutare la compatibilità giuridica e costituzionale di questi sistemi.

Nello specifico, l'uso dell'AI nella dimensione giudiziaria presenta un insieme di aspetti negativi che, anche se generalmente attribuibili alle caratteristiche e all'attuale funzionamento di questa tecnologia, risultano particolarmente problematici per le conseguenze prodotte sull'esercizio della funzione giurisdizionale. In primo luogo, le criticità legate alla quantità e alla qualità dei dati utilizzati dall'AI possono avere conseguenze problematiche sull'adozione della decisione giudiziaria. La mancanza di rappresentatività o la presenza di *bias*, in termini sia di pregiudizi che di interessi terzi alla dimensione processuale, nelle informazioni analizzate ed elaborate dai sistemi intelligenti potrebbero portare a decisioni discriminatorie o parziali, andando a minare la concreta applicazione dei principi di eguaglianza e di imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁰. In secondo luogo, la complessità tecnologica che caratterizza l'AI, unita ad una generale mancanza di educazione digitale in capo a giudici e operatori giudiziari, può dare origine a forme di *digital* o *technological divide* tali da impedire ai soggetti interessati di utilizzare in modo appropriato le funzionalità dei sistemi intelligenti. In particolare, la mancanza di conoscenza e formazione circa l'uso dell'AI potrebbe impedire alle persone di cogliere la presenza di malfunzionamenti o di criticità in seno allo strumento tecnologico, rendendo di fatto impossibile discostarsi dai risultati prodotti dall'AI anche qualora siano utilizzati come mero supporto all'attività del giudice²¹. Infine, le note problematiche

²⁰ Per alcune considerazioni sui rischi di discriminazione e di parzialità riconducibili ai sistemi di AI si veda T. SOURDIN, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, 4, 2018, 1128-1129; L. VAGNI, *The role of human judge in judicial decisions. Preliminary remarks on legal interpretation in the age of artificial intelligence*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'Intelligenza Artificiale*, Milano, 2020, 189 e ss.; M. EBERS, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. EBERS, S. NAVAS (a cura di), *Algorithms and Law*, Cambridge, 2020, 76 e ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3376 e ss. Esempi concreti di come l'impiego dell'AI nella dimensione giudiziaria possa portare a decisioni discriminatorie sono forniti dal caso COMPAS, denunciato dall'associazione ProPublica, e dalla sentenza canadese *Ewert v. Canada*, in cui emergono le discriminazioni perpetrate verso minoranze etniche quali la comunità afroamericana e le comunità indigene. Su questi due casi cfr. J. ANGWIN ET AL., *Machine bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016, in <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; T. SCASSA, *Administrative Law and Governance of Automated Decision-Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision-Making*, in *University of British Columbia Law Review*, 1, 2021, 251-298; S. PENASA, *op. cit.*, 297-310.; G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 381-403. Interessante sul punto anche la posizione espressa in M. LUCIANI, *op. cit.*, 81-84, in cui l'autore evidenzia come l'aspetto più problematico delle discriminazioni algoritmiche sia legato alla loro invisibilità, in quanto l'eccessivo affidamento sulla presunta neutralità tecnologica dell'AI rendere di difficile individuazione le discriminazioni realizzate.

²¹ Queste problematicità sono sottolineate in T. SOURDIN, *Judges, Technology and Artificial Intelligence. The Artificial Judge*, cit., 180-186; L. GÉRARD, D. MOUGENOT, *Justice robotisée et droits fondamentaux*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée?*, Bruxelles, 2019, 41 e ss. In particolare, i problemi legati alla mancanza di educazione digitale risultano ancora più

riconducibili al fenomeno della *black-box*, che di fatto impediscono la conoscenza e la comprensione dei passaggi logici seguiti dall'AI nell'elaborazione di previsioni e decisioni, possono incidere negativamente su numerose garanzie costituzionali preposte all'esercizio della funzione giurisdizionale²². Da un lato, l'oscurità decisionale che caratterizza i modelli più avanzati di AI può trasformarsi in un vizio motivazionale alle sentenze adottate anche solo con il supporto di questa tecnologia andando a ledere il principio del giusto processo e rendendo di fatto inefficace il principale meccanismo di legittimazione democratica dell'attività svolta dal giudice²³. Dall'altro lato, il fenomeno della *black-box* può porre problematiche rilevanti anche in riferimento alla tutela del principio dell'indipendenza del giudice, dal momento che l'incapacità di comprendere il ragionamento seguito dall'AI impedirebbe di sapere se interessi esterni abbiano influenzato il processo decisionale posto a supporto dell'attività del giudice²⁴. E tutto ciò andando, poi, in concreto a minare l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto in capo alle persone.

3. Regolare le nuove tecnologie. La strada per un'intelligenza artificiale costituzionalmente sostenibile nel settore della giustizia

I rischi descritti in relazione all'uso dell'AI nell'esercizio della funzione giurisdizionale sembrano quindi smentire le riflessioni svolte circa la compatibilità giuridica di questa tecnologia con le categorie e i principi costituzionale che proteggono i diritti fondamentali delle persone nel contesto dell'esercizio del potere giudiziario. In realtà, però, la presenza delle criticità analizzate, che indubbiamente possono comportare un detrimento delle garanzie, dei diritti e delle libertà tutelati nella dimensione analizzata, non vanifica totalmente i benefici che l'AI è in grado di portare in termini di potenziamento della funzione giurisdizionale. Per quanto siano gravi i rischi prospettati dall'impiego dell'AI, anche come semplice supporto all'attività giudiziaria,

significativi se si considera la tendenza della decisione umana ad essere “catturata” dalla decisione artificiale. Infatti, in assenza di strumenti che consentano al giudice di comprendere il funzionamento del sistema utilizzato, c'è da chiedersi se questi sarebbe effettivamente in grado di discostarsi dalla decisione o dal suggerimento dell'AI qualora ce ne fosse bisogno.

²² In generale sulle conseguenze del fenomeno della *black-box* cfr. A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 105 e ss.

²³ I problemi posti in termini di garantire un'adeguata motivazione della sentenza sono evidenziati in C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3379 e ss.; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 559-560. In A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 113 e ss., l'autore evidenzia come il problema della *black-box* in riferimento alla motivazione della decisione giudiziaria non sia in realtà così significativo, dal momento che di *black-box* si potrebbe parlare anche in riferimento alle decisioni effettuate normalmente dal giudice umano. Sul ruolo della motivazione giudiziaria come fonte di legittimazione democratica dell'operato del giudice si veda F. DONATI, *op. cit.*, 427 e ss.; M. LUCIANI, *op. cit.*, 90.

²⁴ In questo senso cfr. M. MESSIAEN, *La justice prédictive: le point de vue des acteurs de terrain*, in J. HUBIN, H. JACQUEMIN, B. MICHEAUX (a cura di), Bruxelles, 2019, 123; A. GARAPON, J. LÈSSEGUE, *op. cit.*, 86-87; A. VAN DEN BRANDEN, *op. cit.*, 40-42; F. DONATI, *op. cit.*, 429 e ss.

sarebbe altrettanto pericoloso non riconoscere le potenzialità espresse da questa tecnologia nel promuovere e difendere le posizioni giuridiche coinvolte in questa dimensione.

Nell'impossibilità, quindi, di negare sia la presenza di benefici che di rischi nell'applicazione dell'AI nel settore della giustizia, occorre capire quale sia la strada da intraprendere per garantire un uso di questa tecnologia concretamente ed effettivamente compatibile con le categorie e gli strumenti costituzionali che qui vengono in rilievo, al netto dei rischi e delle criticità evidenziate e confrontando la dimensione giuridica tradizionale con le novità di un modo nuovo non più arginabile nel suo impatto²⁵. E questo anche nell'ottica di comprendere se le criticità giuridiche riscontrate abbiano natura contestuale, e dunque possano essere superate dall'avanzamento giuridico e tecnologico, o se invece siano ontologiche, strutturate nell'essenza stessa dell'AI e del suo funzionamento²⁶.

Da questa prospettiva, appare dunque fondamentale procedere nell'analisi degli interventi normativi proposti in materia di AI, con il fine di comprendere se le soluzioni e gli strumenti giuridici adottati siano adatti a rispondere alle sfide prospettate da questa tecnologia e a risolvere le criticità emerse, nella prospettiva costituzionale, dall'uso dei sistemi intelligenti all'interno del settore giudiziario.

3.1 Regolare le nuove tecnologie. L'approccio europeo all'intelligenza artificiale nella proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

Nell'analisi delle esperienze normative che negli ultimi anni si sono sviluppate per disciplinare l'uso dell'AI, in generale e anche in riferimento al settore della giustizia, la dimensione europea appare particolarmente significativa in considerazione dell'impatto che gli interventi regolatori dell'UE potranno avere sull'ordinamento costituzionale italiano.

L'Unione europea ha assunto un ruolo centrale nel contesto della contemporanea rivoluzione tecnologica e digitale, proponendosi di guidare gli Stati membri e i cittadini europei di fronte alle sfide poste da questa epoca di mutamenti e di transizioni²⁷. In tal senso, nel febbraio 2020 le istituzioni UE hanno presentato la strategia digitale europea che prevede una

²⁵ La necessità di valutare questi aspetti è sottolineata in S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2021, 146 ss. In riferimento al ruolo dei principi costituzionali nel disciplinare l'uso dei sistemi di AI e sulla necessità di interpretarli alla luce delle sfide poste da questa tecnologia si consenta un rinvio a M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, 1, 2022, 181-199

²⁶ Questa duplice dimensione e natura nelle criticità riscontrabili nell'applicazione dell'AI al settore della giustizia è analizzata anche in S. PENASA, *op. cit.*, 301; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3371.

²⁷ Questi obiettivi sono chiaramente espressi in EUROPEAN COUNCIL, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *A digital future for Europe*, 8 dicembre 2020 (ultimo aggiornamento), in <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/a-digital-future-for-europe/>.

serie di azioni, normative e non²⁸, volte al raggiungimento di una completa trasformazione digitale europea, adeguata alle esigenze dell'economia e della società e attraverso cui l'Unione possa rafforzare la propria sovranità digitale anche nel contesto di un mercato sempre più globale²⁹. Perseguendo questo obiettivo, l'UE ha dato inizio ad una corposa riforma del proprio apparato normativo, intervenendo in tutti i settori considerati strategici per la concretizzazione della auspicata trasformazione digitale e tra cui rientra, senza alcun dubbio, anche lo sviluppo dell'AI³⁰.

Dopo una prima fase indirizzata principalmente a identificare gli elementi e i principi normativi imprescindibili per una futura regolamentazione europea delle tecnologie intelligenti³¹, nell'aprile 2021 la Commissione europea ha presentato la proposta di Regolamento (UE) in materia di AI³², la quale, per la prima volta nel quadro giuridico UE, affronta gli aspetti più problematici legati all'uso di questa tecnologia e attribuisce all'UE un ruolo guida nella regolamentazione dei sistemi intelligenti³³. La proposta di Regolamento si pone lo scopo

²⁸ Oltre alla programmazione di interventi normativi, le istituzioni UE hanno stanziato numerosi finanziamenti per realizzare e completare il processo di digitalizzazione in seno all'UE. Nello specifico sono stati destinati 250 miliardi di euro per rafforzare il processo di digitalizzazione nel contesto del piano NexGenerationEU, 43 miliardi di euro per supportare lo sviluppo di tecnologie innovative nel contesto europeo e 13,5 miliardi di euro nel settore ricerca e innovazione per biennio 2023-2024. Sul punto, si veda EUROPEAN COMMISSION, *A Europe fit for the digital age. Empowering people with a new generation of technologies*, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en.

²⁹ Per un approfondimento sui contenuti e gli obiettivi previsti nel contesto della strategia UE per la trasformazione digitale cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Shaping Europe's digital future*, Lussemburgo, 2020, in https://commission.europa.eu/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en.

³⁰ Oltre alla proposta di Regolamento (UE) in materia di AI che si andrà ad analizzare, la strategia digitale UE comprende anche altri importanti normativi, tra cui: il Digital Service Act, il Digital Market Act, la proposta di Data Act, la proposta di Regolamento (UE) per la creazione di uno spazio europeo per i dati sanitari, e la proposta per l'adozione di un Dichiarazione sui diritti e principi digitali dell'UE.

³¹ Degne di menzione sono, infatti, le Linee guida per un'AI affidabile, elaborate dal High-Level Expert Group on Artificial Intelligence istituito presso la Commissione (il testo delle linee guida è disponibile al seguente link <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>) e il Libro bianco sull'intelligenza artificiale, elaborato dalla Commissione stessa (il testo del libro bianco è disponibile al seguente link https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_de). Questi due documenti appaiono particolarmente rilevanti in quanto hanno posto le basi per la realizzazione della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI, indicando gli aspetti cruciali per la realizzazione di una *trustworthy AI*. Tra le azioni intraprese dall'UE in materia di AI è opportuno segnalare anche la recente proposta di direttiva sulla responsabilità civile in materia di AI, elaborata dalla Commissione europea (il testo della proposta è disponibile al seguente link https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence_en).

³² Il testo della proposta di Regolamento (UE) è disponibile al seguente link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Ulteriori informazioni sulla proposta di AI Act e sui relative sviluppi sono disponibili al seguente link <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Si veda, inoltre, EUROPEAN COMMISSION, *Regulatory framework proposal on artificial intelligence*, 7 giugno 2022, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>.

³³ Sul punto cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence*, 21 aprile 2021, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>. Per quanto concerne il potenziale ruolo dell'UE nel definire gli standard di disciplina dell'AI anche a livello globale, come espressione del c.d. *Brussels effect*, si veda A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

principale di stabilire e fissare un insieme di regole armonizzate che consentano lo sviluppo, la produzione e l'immissione in commercio delle tecnologie di AI all'interno del mercato unico europeo³⁴, perseguendo tre specifici obiettivi: assicurare la commercializzazione di sistemi di AI sicuri e che rispettino la normativa in materia di diritti fondamentali e i valori dell'UE; garantire un adeguato livello di certezza nella disciplina giuridica di questa tecnologia, così da incentivare e facilitare gli investimenti e l'innovazione nel settore dell'AI; migliorare la *governance* e l'applicazione della normativa vigente nei contesti di impiego dell'AI; e agevolare la realizzazione di un mercato unico per i sistemi di AI, eliminando le barriere che ne potrebbero limitare la circolazione all'interno dell'UE³⁵.

La tipologia di obiettivi perseguiti colloca questa proposta di intervento normativo nel contesto del New Legislative Framework, il nuovo approccio alla commercializzazione UE che si propone di garantire la produzione e la circolazione di prodotti sicuri e il ricorso a meccanismi di controllo e monitoraggio del mercato interno³⁶. L'adozione di tale impostazione regolatoria all'interno della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI emerge, oltre che dall'evidenza di considerare l'AI nella sua dimensione di prodotto commercializzabile, da due meccanismi specifici.

Il primo consiste nell'adozione di un approccio normativo basato sul rischio, secondo il quale il proposto AI Act prevede un numero maggiore di oneri e regole più stringenti a seconda del livello di rischio prospettato dall'uso dell'AI. Nello specifico, la proposta di Regolamento stabilisce una classificazione delle tecnologie di AI basata su quattro categorie di rischio. All'interno della prima rientrano tutti i sistemi intelligenti che l'AI Act si propone di vietare, considerandone il livello di rischio inaccettabile, in quanto possono causare danni significativi alle persone attraverso la manipolazione delle azioni umane e lo sfruttamento delle debolezze di

³⁴ A questo proposito si veda V.L. RAPOSO, *Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 30, 2022, 88 e ss. In particolare, questo tipo di azione e di intervento normativo si colloca nel contesto nella creazione di mercato unico digitale UE, che rappresenta una delle priorità politiche della Commissione. Questo tipo di creazione richiede, dunque, l'abolizione delle barriere giuridiche non necessarie al fine di potenziare la dimensione UE anche in questo importante settore di mercato. Maggiori informazioni a riguardo sono disponibili al sito <https://eufordigital.eu/discover-eu/eu-digital-single-market/>.

³⁵ Questi gli obiettivi specifici indicati nel punto 1.1 dell'Explanatory memorandum della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Su questo punto si veda M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, 4, 2021, 98. Proprio in ragione degli obiettivi perseguiti la proposta di Regolamento (UE) trova la sua base giuridica nell'art. 114 TFUE.

³⁶ Per quanto concerne l'approccio del New Legislative Framework cfr. EUROPEAN COMMISSION, *New Legislative Framework*, in https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework_en; L. EDWARDS, *The EU AI Act: a summary of its significance and scope*, aprile 2022, 4-6, in <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf>.

specifici gruppi di persone³⁷. La seconda categoria riguarda, invece, tutte le applicazioni di AI considerate ad alto rischio e cioè che, pur presentando problemi anche significativi per la tutela dei diritti delle persone, vengono considerate lecite a condizione che rispettino gli specifici requisiti e regole previste dalla proposta di Regolamento³⁸. All'interno della terza categoria di rischio sono ricomprese, poi, le forme di AI che possono esporre le persone ad un livello di rischio limitato e che può essere evitato adempiendo a specifici requisiti di trasparenza³⁹. Infine, l'ultima categoria concerne tutte le applicazioni di AI classificate come a rischio minimo e per la cui produzione e commercializzazione è solamente consigliata l'adozione da parte dei produttori di regole di condotta per la realizzazione di questa tecnologia⁴⁰.

Il secondo meccanismo che, poi, riconduce la proposta di Regolamento (UE) in materia di AI all'interno del New Legislative Framework, è rappresentato dalla previsione di specifiche procedure di valutazione e di monitoraggio, sia prima che a seguito dell'immissione in commercio, la cui finalità è assicurare la sicurezza dei prodotti di AI⁴¹. In questo caso specifico, la Commissione europea stabilisce in capo ai distributori il dovere di garantire la conformità dei propri sistemi intelligenti ai requisiti previsti dall'AI Act, al fine di ottenere il marchio CE e l'accesso al mercato interno UE⁴². Questa procedura di valutazione di conformità, obbligatoria e

³⁷ I sistemi di AI vietati sono indicati all'art. 5 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI e tra questi rientrano anche le tecnologie finalizzate a realizzare una valutazione o una classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche in base al loro comportamento sociale (sistemi di *social scoring*) e i sistemi di riconoscimento biometrico in tempo reale. Per quanto concerne questi ultimi, il paragrafo 2 chiarisce che questi possono essere considerati leciti alla luce della proposta di Regolamento quando risultino strettamente necessari per i) la ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; iii) il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro.

³⁸ La categoria dei sistemi di AI ad alto rischio è disciplinata dall'art. 6 all'art. 52 della proposta di Regolamento. Nello specifico, il Capo 1 stabilisce i criteri di classificazione dei sistemi di AI come ad alto rischio; il Capo 2 descrive i requisiti che questi sistemi devono rispettare per essere considerati idonei all'immissione in commercio; il Capo 3 disciplina i doveri di fornitori e utenti di sistemi di AI ad alto rischio; il Capo 4 riguarda il ruolo delle autorità di notifica e degli organismi notificati; il Capo 5 stabilisce le regole riguardanti gli standard armonizzati, la valutazione di conformità, le procedure di certificazione e di registrazione.

³⁹ All'interno di questa categoria di sistemi di AI, regolata all'art. 52 della proposta di Regolamento, rientrano, ad esempio, chatbot, sistemi di riconoscimento delle emozioni e di categorizzazione biometrica e forme di AI in grado di generare *deepfake*. Nello specifico, l'art. 52 stabilisce che le persone che si trovino ad interagire con questi specifici sistemi siano informate che i risultati prodotti sono stati generati o manipolati artificialmente. Per quanto riguarda il caso dei *chatbot*, i fornitori devono garantire che tali tecnologie siano progettate e sviluppate in modo che le persone sappiano di interagire con sistemi di AI. Differentemente, per i sistemi di riconoscimento delle emozioni e per quelli che generano *deepfake* i doveri di trasparenza sono posti solo in capo agli utenti. Su questi profili cfr. L. EDWARDS, *op. cit.*, 15-16.

⁴⁰ Le indicazioni e le regole in riferimento a questa ultima categoria di sistemi sono previste al punto 5.2.7 dell'Explanatory memorandum e all'art. 69 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

⁴¹ Cfr. M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *op. cit.*, 102 e ss. È opportuno sottolineare che queste procedure di valutazione di conformità e di vigilanza sono richieste solo per i sistemi di AI classificati come ad alto rischio.

⁴² Così stabilito all'art. 49 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

precedente all'immissione in commercio dell'AI, dovrà, tuttavia, fondarsi su un meccanismo di autocertificazione da parte di fornitori e distributori basato sul rispetto degli standard tecnici armonizzati per l'AI ad alto rischio, i quali, una volta creati, forniranno una presunzione di conformità ai requisiti essenziali previsti dalla proposta di Regolamento (UE)⁴³. Per quanto riguarda, poi, le forme di controllo a seguito dell'immissione in commercio, l'AI Act prevede sia per i fornitori che per gli utenti l'obbligo di monitorare il funzionamento dei sistemi di AI e di segnalare qualsiasi nuovo rischio, grave incidente o malfunzionamento che possa compromettere l'efficacia del prodotto tecnologico, imponendo ai distributori di raccogliere tutte le informazioni su questa tipologia di eventi e di informare le Autorità di vigilanza del mercato competenti⁴⁴.

Oltre alle due caratteristiche evidenziate, la proposta di Regolamento (UE) in materia di AI si contraddistingue per un ulteriore aspetto, che risulta particolarmente significativo nell'ottica di regolare i prodotti del progresso scientifico e tecnologico: l'adozione di un approccio *future-proof*⁴⁵. Infatti, tenendo conto della natura dinamica e in continua evoluzione dell'AI, la Commissione europea prevede alcuni specifici meccanismi volti a rendere la proposta di Regolamento (UE) maggiormente flessibile e adattabile alle concrete esigenze di questa tecnologia. In questa prospettiva, innanzitutto la proposta di AI Act sceglie un approccio pluralistico nel definire cosa sia da considerarsi AI nello scopo del Regolamento, includendo e prendendo in considerazione tutte le tecniche e gli approcci che contribuiscono alla realizzazione di questa specifica tecnologia⁴⁶. In secondo luogo, nell'ottica di garantire una struttura

⁴³ Queste specifiche procedure sono previste dall'art. 40 e seguenti della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Per un'analisi critica in merito a tale meccanismo di presunzione di conformità si veda M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS, *op. cit.*, 104-106; I. VAROŠANEC, *On the path of the future: mapping the notion of transparency in the EU regulatory framework for AI*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 8 aprile 2022, 10 e ss., in <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13600869.2022.2060471?needAccess=true>; L. EDWARDS, *op. cit.*, 20-21. È opportuno sottolineare come la descritta procedura di autocertificazione non possa essere applicata a tutti quei sistemi ad alto rischio che necessitino l'intervento di un organismo notificato per la realizzazione della valutazione di conformità.

⁴⁴ Questi aspetti sono disciplinati dal Titolo VIII della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Inoltre, l'art. 62, paragrafo 2, della proposta di AI Act prevede l'obbligo dell'autorità di vigilanza del mercato di informare le autorità e gli organismi pubblici nazionali nel caso in cui vengano segnalati sistemi di AI prodotti in violazione delle norme UE poste a tutela dei diritti fondamentali, dimostrando così l'importanza della cooperazione degli Stati membri nel garantire il rispetto e l'applicazione della proposta di Regolamento (UE) qui in esame.

⁴⁵ La scelta di avvalersi di questo specifico approccio normativo nel disciplinare l'AI è evidenziata al punto 1.1 dell'Explanatory memorandum della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Per un commento a questo profilo specifico si veda 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, 419 e ss.

⁴⁶ La scelta di adottare una definizione aperta di AI emerge con chiarezza dalla lettura del punto 5.2.1 dell'Explanatory memorandum, del Considerando n. 6, dell'art. 3 n. 1 e dell'Allegato I della Proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. In particolare, dalla lettura combinata delle ultime due disposizioni menzionate, si definisce sistema di intelligenza artificiale un software in grado di realizzare le funzioni elencate ricorrendo a tecniche di *machine learning* (comprese le modalità di apprendimento supervisionato, non supervisionato e di apprendimento per rinforzo) e di *deep learning*, ad approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza (compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva, le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento simbolico e i sistemi esperti), ad approcci statistici, ad

normativa attenta alla natura dinamica dell'AI, la Commissione europea prevede, da un lato, specifiche procedure di modifica del Regolamento che consentano di aggiornare più agevolmente e più rapidamente la lista di sistemi classificati come AI ad alto rischio⁴⁷, e dall'altro l'obbligo di revisionare, ed eventualmente modificare, le disposizioni del Regolamento ogni cinque anni dalla sua effettiva entrata in vigore e implementazione⁴⁸. Infine, il carattere *future-proof* della proposta di AI Act è dimostrato anche dall'introduzione delle sandbox normative, cioè specifici contesti di regolamentazione in cui è possibile sviluppare, verificare, valutare e controllare i sistemi di AI prima della loro immissione in commercio. Si tratta quindi di una forma di sperimentazione normativa, durante la quale è data l'opportunità di valutare i progressi, i benefici e i rischi connessi all'uso dell'AI e la sua possibile conformità alle norme giuridiche in vigore⁴⁹.

L'analisi delle caratteristiche principali della proposta di Regolamento (UE) qui oggetto di esame ci restituisce, quindi, un approccio normativo aperto all'uso e alla diffusione dei sistemi di AI all'interno del mercato unico europeo, e questo soprattutto alla luce dei benefici che questa tecnologia è in grado di fornire alle persone che se ne avvalgono e alla società in generale. Allo stesso tempo, la proposta normativa UE non rinuncia ad essere attenta alle problematiche che

approcci basati sulla stima bayesiana e a tecniche di ricerca e di ottimizzazione. Una definizione, quindi, non limitata ai sistemi che si avvalgono delle tecniche più avanzate di *machine learning* e *deep learning*. Per alcune considerazioni sulla definizione di AI elaborata dalla Commissione europea all'interno di questa proposta di Regolamento (UE) cfr. V.L. RAPOSO, *op. cit.*, 90-91. In particolare, l'autrice riporta come questa definizione sia stata criticata per la sua mancanza di specificità e per l'eccessiva ampiezza di contenuto, in quanto, in questo modo, rientrerebbero all'interno della definizione di AI anche sistemi che comunemente non sono qualificati come intelligenza artificiale (come, ad esempio, nel caso di sistemi il cui funzionamento si basa su semplici processi di automazione e di ragionamento logico). Questo profilo è criticato anche in M. EBERS ET AL., *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and Law Society (RAILS)*, in *Multidisciplinary Scientific Journal*, 4, 2021, 590. A tal proposito, è opportuno osservare che il Consiglio UE, nell'adottare la sua posizione sulla proposta di AI Act, ha proposto di modificare la definizione di AI in modo da renderla applicabile ai soli sistemi progettati per operare con un determinato livello di autonomia utilizzando tecniche di *machine learning* e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza. A questo proposito si veda COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Artificial Intelligence Act: Council calls for promoting safe AI that respects fundamental rights*, 6 dicembre 2022, in <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>. Il testo della *common position* espressa dal Consiglio è disponibile al sito <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/en/pdf>. In generale, sulle questioni maggiormente problematiche legate alla definizione di AI cfr. S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Edimburgo, 2014.

⁴⁷ Questo quanto previsto dall'art. 7 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Una simile disposizione appare, infatti, necessaria al fine di garantire che sia assicurato il rispetto degli specifici requisiti previsti per tutelare la sicurezza, la salute e i diritti delle persone anche di fronte a nuove applicazioni di AI inizialmente non previste dalla proposta di Regolamento.

⁴⁸ In questo senso si veda quanto stabilito dal punto 2.1 delle Misure di gestione e dal punto 5.1 dell'Explanatory memorandum della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

⁴⁹ L'istituto della sandbox normativa è previsto all'art. 53 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. A tal proposito, è opportuno indicare che il Governo spagnolo, in collaborazione con la Commissione europea, ha presentato questa estate il primo programma pilota di sandbox normativa in materia di AI in conformità al modello prospettato dalla presente proposta di Regolamento. Sul punto European Commission, *First regulatory sandbox on Artificial Intelligence presented*, 27 giugno 2022, at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/first-regulatory-sandbox-artificial-intelligence-presented>.

possono emergere in relazione all'impiego di questa tecnologia, prevedendo specifici requisiti e garanzie laddove i rischi per la sicurezza e per i diritti fondamentali delle persone, seppur non inaccettabili, si presentino comunque dotati di un certo livello di significatività. In questo contesto e di fronte alla necessità di valutare se la soluzione normativa proposta a livello europeo rappresenti di per sé una scelta sostenibile dal punto di vista costituzionale, risulta fondamentale andare ad analizzare come si collochi l'uso dell'AI nel settore della giustizia all'interno del panorama normativo prospettato dal legislatore UE.

3.2 Regolare le nuove tecnologie. L'uso dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia nella proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

L'uso dell'AI nella realtà giudiziaria, e in particolare nella dimensione dell'amministrazione della giustizia, viene considerato dalla proposta di Regolamento (UE) in materia di AI come uno degli ambiti in cui questa tecnologia deve classificarsi come un sistema ad alto rischio. Questo, infatti, è quanto emerge dalla lettura del combinato disposto dell'art. 6 e dell'allegato III della proposta di Regolamento⁵⁰, richiedendo, quindi, per la produzione, la distribuzione e l'uso dei sistemi di AI impiegati in questo contesto il rispetto di regole e obblighi più stringenti al fine di ottenere il marchio CE e l'autorizzazione all'immissione in commercio all'interno del mercato unico europeo.

Ma in cosa consistono i requisiti richiesti alla luce della proposta di AI Act per l'impiego di questa tecnologia nel settore della giustizia? In realtà, la proposta di Regolamento, adottando un approccio normativo ascrivibile al New Legislative Framework, non stabilisce regole specifiche per l'uso dell'AI nella dimensione dell'esercizio della funzione giurisdizionale, limitandosi a disciplinare questa tecnologia nella sua accezione di prodotto commerciabile nel territorio UE. Tuttavia, i requisiti previsti, seppur in termini generali, possono offrire un primo e importante spunto di riflessione per valutare quali strumenti, regole e garanzie possano essere funzionali a regolamentare l'applicazione dell'AI all'interno della realtà giudiziaria. E in questa ottica, si proverà a declinare i requisiti previsti dalla proposta di AI Act per i sistemi ad alto rischio all'interno della specifica dimensione qui oggetto di analisi.

I requisiti previsti dalla proposta di Regolamento (UE) in materia di AI per i sistemi classificati come ad alto rischio, e necessari per l'ottenimento della certificazione di conformità, riguardano cinque profili specifici.

⁵⁰ L'art. e l'allegato III 6 della proposta di Regolamento (UE) qui in esame stabiliscono i criteri per classificare un sistema di AI ad alto rischio. In particolare, l'allegato III, punto 8, lett. a), classifica come ad alto rischio i sistemi di AI che abbiano la funzione di assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a fatti concreti.

In primo luogo, i fornitori devono assicurare che il sistema di AI sia provvisto di un sistema di gestione dei rischi, il cui obiettivo principale sia identificare e analizzare i rischi associati a ciascun sistema di AI, valutare quali problemi potrebbero emergere durante l'uso corretto o improprio dello stesso e prevedere tutti gli altri pericoli possibili che potrebbero emergere in fase di vigilanza del mercato. Tal sistema di gestione dei rischi deve concretizzarsi in un processo continuo di analisi e di valutazioni per tutto il ciclo vitale del sistema intelligente, deve essere aggiornato regolarmente e deve anche essere in grado di suggerire l'adozione di specifiche misure volte ad evitare che l'impiego dell'AI possa avere un impatto negativo sui diritti fondamentali delle persone⁵¹. Nella specificità della dimensione giudiziaria, un simile sistema dovrebbe, quindi, essere in grado di segnalare ai suoi utilizzatori la possibilità che l'uso dell'AI possa, ad esempio, portare a decisioni giudiziarie discriminatorie o ad un'errata cristallizzazione degli orientamenti giurisprudenziali⁵², indicando anche eventuali correttivi a queste ipotesi, prima fra tutte l'ipotesi di riconoscere i rischi prospettati e discostarsi dal risultato proposto dal sistema intelligente.

In secondo luogo, la proposta di AI Act prevede specifiche regole in riferimento all'uso e alla *governance* dei dati, affermando criteri specifici per la realizzazione delle scelte progettuali, per la raccolta e la preparazione dei dati, per garantire l'accessibilità, la quantità e l'adeguatezza dei *dataset* impiegati, per l'analisi dei possibili *bias* e per l'identificazione di carenze rilevanti nelle informazioni utilizzate. In particolare, la previsione di simili requisiti risiede nella necessità di assicurare che i dati utilizzati dal sistema di AI durante tutto il suo ciclo vitale siano rilevanti, rappresentativi, privi di errori e pregiudizi, completi e statisticamente appropriati per il contesto e i fini per cui il sistema verrà utilizzato⁵³. Alla luce di tale disposizione, nell'uso dell'AI nel contesto dell'esercizio della funzione giurisdizionale dovrà essere assicurato che la tecnologia fondi il proprio funzionamento su dati che riportino correttamente le norme giuridiche applicabili al caso di specie, che siano rappresentativi di tutti gli orientamenti giurisprudenziali e delle situazioni giuridiche rilevanti per il contesto esaminato e di cui siano identificabili i *bias* che potrebbero dare luogo a decisioni giudiziarie errate, soprattutto nei confronti dei "gruppi minoritari".

In terzo luogo, la Commissione europea fissa un ulteriore requisito fondamentale per la realizzazione di sistemi di AI sicuri e rispettosi dei diritti fondamentali: il dovere di adempiere a specifici obblighi di trasparenza. Il rispetto di questo principio cardine⁵⁴ nella disciplina

⁵¹ Questo quanto stabilito all'art. 9 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

⁵² Tale rischio è evidenziato in A. VAN DEN BRANDEN, *op. cit.*, 104 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3383 e ss.

⁵³ Questi i requisiti previsti in termini di *governance* dei dati dall'art. 10 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

⁵⁴ Tra i molti in dottrina che hanno riconosciuto l'importanza di questo principio si veda E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3361 e ss.

giuridica dell'AI è assicurato stabilendo, in capo a produttori e fornitori, il dovere di progettare e sviluppare i sistemi intelligenti in modo tale che tutte le loro operazioni siano sufficientemente trasparenti, garantendo che gli utenti finali siano in grado di interpretare i risultati dell'AI e di utilizzarla in modo appropriato. A tale scopo, i distributori hanno l'obbligo di fornire le istruzioni per l'uso del sistema, le quali devono includere informazioni chiare, concise, complete, accessibili, rilevanti e comprensibili sull'identità dei fornitori, sulle caratteristiche, sulle capacità e sui limiti al funzionamento dell'AI, sulle modifiche al sistema predeterminate dai distributori, sulle misure di sorveglianza umana e sugli strumenti tecnici previsti per facilitare l'interpretazione dei risultati prodotti, sulla durata presunta del funzionamento dell'AI e su tutte le misure necessarie di manutenzione per garantire il corretto funzionamento delle tecnologie intelligenti⁵⁵. Anche in questo caso, quindi, la previsione di tali requisiti di trasparenza dovrebbe assicurare al giudice che si trovi ad utilizzare l'AI nell'esercizio delle sue funzioni tutte le informazioni necessarie sul funzionamento del sistema, sulle sue capacità e sui relativi limiti nel fornire supporto all'attività giudiziaria, gli strumenti necessari a comprendere e tradurre dal punto di vista giuridico e giudiziario i risultati prodotti dal sistema, in modo tale che il suo impiego risulti appropriato per promuovere le garanzie e i diritti fondamentali tutelati nel settore della giustizia. Inoltre, le garanzie espresse in termini di trasparenza e di interpretabilità dei risultati prodotti potrebbero assumere particolare rilevanza nel contesto della decisione giudiziaria qualora fossero funzionali a garantire il rispetto dell'obbligo di motivazione del provvedimento adottato.

Oltre ai requisiti previsti in termini di trasparenza, la proposta di Regolamento (UE) stabilisce un altro principio fondamentale per evitare che l'uso dell'AI possa dare luogo a rischi per la tutela dei diritti fondamentali delle persone, e cioè il principio della sorveglianza umana. In base alla proposta di AI Act, i produttori e i fornitori devono progettare e realizzare i sistemi di AI in modo tale da garantire che le operazioni e le funzioni svolte siano supervisionabili da una persona fisica, allo scopo di prevenire e minimizzare tutti i rischi che potrebbero verificarsi durante l'applicazione dello strumento tecnologico e al fine di massimizzare i benefici che possono ricavarsi dallo stesso. Per questo motivo, le misure di sorveglianza umana, laddove sia tecnicamente possibile, devono essere identificate e inserite all'interno del sistema artificiale prima della sua concreta applicazione e devono essere tali da permettere agli utenti finali di implementarle correttamente. In questo modo, infatti, sarà più agevole per gli utenti comprendere pienamente le capacità e le limitazioni dell'AI, monitorare adeguatamente le operazioni svolte dal sistema ed essere consapevoli della possibile tendenza ad affidarsi, anche

⁵⁵ Questi i requisiti previsti all'art. 13 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. In particolare, sul tema dei requisiti di trasparenza e le relative criticità alla luce della proposta di Regolamento in oggetto cfr. I. VAROŠANEC, *op. cit.*

sopravvalutandone il contenuto, ai risultati prodotti dal sistema⁵⁶. Inoltre, le misure di sorveglianza umana devono essere tali da rendere l'utente capace di interpretare correttamente i risultati prodotti dall'AI, di decidere di non utilizzare tale tecnologia, o di ignorare, annullare o di discostarsi dall'output del sistema, di intervenire sul funzionamento dell'AI o di interrompere le operazioni svolte dallo stesso⁵⁷. Questi requisiti, che attribuiscono alla persona fisica il ruolo di garante rispetto a numerose criticità che possono verificarsi nel funzionamento dell'AI, nel contesto della funzione giudiziaria possono tradursi in vario modo. Nel contesto descritto, infatti, l'utente, e quindi in questo caso il giudice, dovrà esercitare una forma di controllo sull'operato dell'AI, riconoscendo ad esempio i casi in cui il sistema artificiale stia producendo dei risultati discriminatori o stia basando il proprio ragionamento su elementi terzi rispetto al dato giuridico applicabile al caso concreto, sempre nella consapevolezza di poter essere esposto alla distorsione dell'automazione. In questa prospettiva, il sistema di AI deve essere dotato di strumenti adatti che consentano al giudice di comprendere i rischi prospettati e di decidere diversamente da quanto raccomandato, garantendo quindi allo stesso la possibilità di adempiere all'obbligo di motivazione e di rispettare il principio di indipendenza secondo quanto stabilito dal dettato costituzionale.

Infine, la proposta di AI Act stabilisce che questa tecnologia debba essere realizzata con un adeguato livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza, tali da permanere per tutta la durata del suo ciclo vitale. Questo significa che le metriche di accuratezza dovranno essere rese note nelle istruzioni per l'uso fornite all'utente, che il sistema dovrà garantire un adeguato livello di resilienza rispetto a errori, guasti o incongruenze relative al funzionamento del sistema o all'ambiente di impiego⁵⁸, che siano stabilite adeguate misure di *backup* o *fail-safe* e che i sistemi caratterizzati da apprendimento continuo siano realizzati così da assicurare che l'uso di *feedback loops* sia oggetto di adeguate misure di correzione e supervisione. Inoltre, i sistemi di AI dovranno risultare resilienti anche verso i tentativi di soggetti terzi di modificarne l'uso o le prestazioni⁵⁹. Anche quest'ultimo insieme di regole assume rilevanza all'interno del settore della

⁵⁶ In particolare, l'art. 14, paragrafo 4, lett. b), della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI ribadisce come questo elemento di comprensione sia fondamentale nei casi in cui il sistema di AI abbia l'obiettivo di fornire suggerimenti e raccomandazioni per l'adozione di decisioni da parte di persone fisiche.

⁵⁷ Tutti i requisiti e gli adempimenti stabiliti per realizzare la garanzia della sorveglianza umana sono previsti all'art. 14 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Uno degli aspetti più importanti in questo contesto riguarda la previsione di specifiche misure per evitare il fenomeno della distorsione dell'automazione (detto anche *automation bias*) e per consentire all'utente di interrompere l'uso dell'AI, cercando in questo modo di preservare l'autonomia e l'autodeterminazione delle persone durante l'impiego dell'AI. Per un commento critico a questi aspetti cfr. M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *op. cit.*, 103-104

⁵⁸ A questo proposito, l'art. 15, paragrafo 3, della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI sottolinea come un errore o un'incongruenza potrebbe essere proprio determinata dall'interazione con le persone fisiche o con altri sistemi di AI.

⁵⁹ Tutti questi requisiti sono, per l'appunto, stabiliti e disciplinati all'art. 15 della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI.

giustizia, in quanto si assicura ai giudici l'impiego di sistemi dotati di un adeguato livello di cybersicurezza, capaci di resistere ad errori determinati da fattori umani e ambientali e, soprattutto, dall'azione dolosa di terzi che ne vogliano modificare il funzionamento senza le dovute autorizzazioni, garantendo anche in questo modo una adeguata tutela del principio di eguaglianza e di indipendenza del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

4. L'intelligenza artificiale nel settore della giustizia alla luce della proposta di Regolamento (UE) in materia di AI. Una risposta costituzionalmente sostenibile?

La breve analisi svolta dei requisiti previsti dalla proposta di Regolamento (UE) in materia di AI per i sistemi classificati ad alto rischio, e tra cui rientrano anche le applicazioni nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, consentono di svolgere alcune, seppur iniziali, riflessioni sulla sostenibilità costituzionale delle soluzioni proposte da questo intervento normativo.

È indubbio che l'approvazione e l'entrata in vigore di questo Regolamento rappresenterà un punto di svolta per la disciplina dell'AI all'interno dell'ordinamento UE e degli ordinamenti dei singoli Stati membri, non solo per l'importanza di regolare la produzione e la distribuzione di questa tecnologia ma anche per la possibilità di garantire elementi di uniformità nella disciplina di alcuni aspetti concernenti l'uso dell'AI, in una prospettiva che si propone di porre al centro dei propri obiettivi la salute e la sicurezza delle persone e la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, rimangono dei profili di incertezza e di incompletezza che, se non adeguatamente corretti e integrati, rischiano di minare la completa effettività di questo intervento normativo, soprattutto in un ambito come quello della giustizia, dove le garanzie di matrice costituzionale rivestono un ruolo fondamentale.

In primo luogo, l'analisi svolta nel paragrafo precedente evidenzia come la maggior parte delle regole e dei requisiti stabiliti dalla proposta di AI Act siano principalmente indirizzati ai fornitori di questi sistemi intelligenti, ponendo quindi l'accento su quali interventi debbano essere realizzati, soprattutto in fase di produzione, per garantire un uso dell'AI orientato a tutelare i diritti delle persone. Ora, nonostante questo sia un aspetto di indubbia importanza nell'ottica di regolare le tecnologie intelligenti e risulti coerente rispetto alla base giuridica che legittima l'intervento delle istituzioni UE in questo settore, l'approccio seguito dal legislatore europeo lascia ancora molti margini di incertezza quando si tratti di andare a capire come questi requisiti incideranno in concreto nel settore della giustizia. Infatti, nelle ipotesi svolte sul significato delle regole descritte nel contesto dell'esercizio della funzione giurisdizionale non emerge sempre con evidenza quali potrebbero essere i doveri e il ruolo del giudice, sempre che si ammetta di considerarlo quale utente dell'AI, nell'impiego di questa tecnologia, considerato che nella maggior parte dei casi il rispetto dei requisiti prescritti viene richiesto a produttori e

fornitori. Da questa prospettiva, quindi, anche cercando di realizzare un'interpretazione delle norme esistenti alla luce dei principi e delle categorie che disciplinano l'esercizio della funzione giurisdizionale, permane dell'incertezza su quali azioni vadano intraprese dal singolo giudice, e di conseguenza su quale sia il suo ruolo, per evitare che si verifichino i rischi legati all'uso dell'AI nella dimensione giudiziaria. In secondo luogo, i requisiti previsti per i sistemi di AI lasciano dei margini di incertezza anche per quanto concerne la loro concreta efficacia nel dare risposte a tutte le criticità che derivano dall'uso di questa tecnologia nell'ambito della giustizia. Se, ad esempio, gli adempimenti previsti in termini di individuazione, preparazione, rappresentatività e pulizia dei dati possono svolgere un ruolo fondamentale nel ridurre il rischio di decisioni giudiziarie discriminatorie a causa del supporto dato dall'AI, un discorso simile non è completamente realizzabile in riferimento ad altri rischi che emergono in questo contesto. I requisiti richiesti in termini di trasparenza e sorveglianza umana non sembrano, infatti, sufficienti a evitare che si realizzino le criticità legate al fenomeno della *black-box*, dal momento che dall'analisi di quanto previsto dalla proposta di Regolamento non emerge quelle specifiche regole possano bastare ad assicurare che sia rispettato il dovere del giudice di motivare le sue decisioni, il principio di indipendenza del giudice e il diritto alla tutela giurisdizionale⁶⁰, soprattutto in assenza di una adeguata formazione tecnologica per i giudici che andranno ad utilizzare i sistemi di AI. E in assenza di simili garanzie, si correrebbe il rischio di sostituire una giustizia costituzionalmente garantita con una nuova forma di giustizia tecnologicamente catturata⁶¹.

Alla luce di questi elementi e delle, seppur brevi, considerazioni svolte a riguardo, appare chiaro che la risposta data dalla proposta di Regolamento (UE) in materia di AI alle problematiche descritte sia ancora lontana dal potersi definire pienamente sostenibile dal punto di vista costituzionale. Infatti, se alcune tra le risposte date possono definirsi già in parte sufficienti rispetto alle criticità di natura contestuale, lo stesso non può affermarsi per quelle criticità ontologiche che, se non superate, priverebbero l'esercizio della funzione giurisdizionale della sua natura costituzionale⁶². Da questa prospettiva, risulta, quindi, quanto più auspicabile

⁶⁰ Oltre ai principi e ai diritti qui enunciati, nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano le criticità descritte, se non superate, potrebbero portare anche ad una violazione dell'art. 101 della Costituzione. La certezza che il giudice operi essendo soggetto soltanto alla legge verrebbe meno con l'impiego di sistemi di AI che non garantiscano la sussistenza di questa unica base giuridica nella produzione dei loro risultati. In generale, sull'importanza dell'art. 101 Cost. nel legittimare l'attività giudiziaria si veda, *ex multis*, S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 914 e ss.; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008. Per i profili legati, invece, al rapporto tra art. 101 Cost e uso dell'AI cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 86 e ss.

⁶¹ In questo modo non verrebbe scongiurato il c.d. *effet moutonnier*, e cioè il rischio di *automation bias* menzionato nella proposta di Regolamento (UE) in materia di AI, ipotizzato in A. GARAPON, J. LASSEGUE, *op. cit.*, 239.

⁶² La rilevanza della problematica descritta viene evidenziata anche in S. PENASA, *op. cit.*, 301 e ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3383 e ss.

la realizzazione di interventi normativi, integrati tra il livello UE e il livello nazionale, volti a disciplinare specificatamente l'uso dell'AI nel settore della giustizia, tenendo in considerazione le specifiche peculiarità che contraddistinguono questo ambito dal punto di vista giuridico e integrando opportunamente i valori fondamentali e principi costituzionali che presidiano questo settore⁶³. In questo modo, infatti, sarà possibile avvicinarsi alla realizzazione di un AI per la giustizia che sia effettivamente sostenibile dal punto di vista costituzionale.

⁶³ A questo proposito, è opportuno ricordare come i principi di imparzialità e indipendenza del giudice e la tutela del diritto al giusto processo siano da sempre qualificati come valori fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione europea e dai suoi interventi normativi. A dimostrazione di ciò, si pensi a quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle note sentenze *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas* e *Commissione c. Repubblica di Polonia*. Su questo tema cfr. L. MONTANARI, *La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali*, in *DPCE online*, 1, 2020, 957-966; A. TORRES PÉREZ, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2020, 106-119; M. FERRARA, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law*, in *DPCE online*, 1, 2020, 899-906; S. BARTOLE, *I casi Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 295-312; N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 465-476.

queste istituzioni

Il ruolo delle istituzioni in *design*,
sviluppo e applicazione
dell'IA per il settore
della ricerca scientifica

Ludovica Paseri

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

Il ruolo delle istituzioni in *design*, sviluppo e applicazione dell'IA per il settore della ricerca scientifica

di Ludovica Paseri*

Sommario

1. Introduzione: intelligenza artificiale e interventi istituzionali. – 2. Ricerca scientifica e intelligenza artificiale. – 3. Alla base degli interventi normativi: tra CEDU e Dichiarazione universale. – 4. Il paradigma della scienza aperta. – 5. La scienza aperta contro disuguaglianza e discriminazioni. – 6. Conclusioni.

Sintesi

Il generarsi di forme di discriminazione e disuguaglianza è uno dei maggiori rischi connessi all'operato di sistemi di intelligenza artificiale (IA). Il design, lo sviluppo e l'applicazione di IA nel settore della ricerca scientifica è un tema ancora poco indagato. Questo contributo intende analizzare il ruolo svolto dalle istituzioni nel promuovere l'utilizzo di IA nel settore della ricerca scientifica, alla luce dell'approccio della scienza aperta, in linea con le politiche europee. L'approccio della scienza aperta mira a trarre il massimo vantaggio dalla digitalizzazione promuovendo il più ampio accesso alla ricerca scientifica, in altre parole, ai dati, alle metodologie e ai risultati della scienza. L'obiettivo è quello di comprendere se e in quale misura l'approccio della scienza aperta possa rappresentare un mezzo per minimizzare il generarsi di forme di discriminazione e disuguaglianza, favorendo una buona e consapevole gestione dei dati della ricerca che sono alla base dell'operato dei sistemi di IA, attraverso l'adozione dei cd. principi dei dati FAIR.

Abstract

A major risk arising from the use of Artificial Intelligence (AI) systems is the generation of discriminations and inequalities. An under-researched area is the design, development, and application of AI to the field of scientific research. This contribution aims to investigate the role played by institutions in promoting the use and development of AI in research, in light of the Open Science approach, according to the EU policies. The Open Science approach aims to make the most of digitisation by promoting wide access to scientific research, i.e., data, methodologies and research results. The goal is to analyse whether and to what extent the Open Science approach may represent a means to minimise the discriminations and inequalities risks, by fostering good and informed data management underlying the operation of AI systems, through the adoption of the so-called FAIR Data principles.

Parole chiave

Intelligenza Artificiale – Ricerca Scientifica – Scienza Aperta – Dati FAIR – Discriminazione.

* Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

1. Introduzione: intelligenza artificiale e interventi istituzionali.

Solo pochi anni fa risultava necessario sottolineare le ragioni che potessero spingere ad indagare l'impatto delle nuove tecnologie e del digitale sui vari aspetti della nostra società. Oggi, invece, tale impatto risulta talmente evidente al punto che indagarne le conseguenze rappresenta un dovere per un giurista contemporaneo. La presenza della c.d. intelligenza artificiale (IA) è sempre più pervasiva in molti ambiti delle nostre società. Innanzitutto, occorre primariamente intendersi sul significato che si attribuisce alla ormai sempre più frequentemente evocata espressione "Intelligenza Artificiale", coniata nel 1956 da John McCarthy. Secondo Pagallo e Barfield¹: «L'IA si riferisce a un programma in grado di imitare o ricreare i processi di pensiero dimostrati dal cervello umano. Di solito si tratta di effettuare osservazioni o di ricevere input da utilizzare in una situazione di risoluzione di problemi, nonché della capacità di categorizzare e identificare oggetti diversi e le proprietà associate a tali oggetti.»

Da tale definizione, nello specifico dalla capacità di categorizzazione e di identificazione sulla base dell'associazione di categorie predeterminate, deriva la rappresentazione dei sistemi o programmi di IA in termini di motori sintattici, in contrapposizione ai c.d. motori semantici. Come chiarito da Durante: «[...] le macchine dispongono di risorse (in termini di quantità di memoria, condivisione e disponibilità di dati) e sono programmate in modo tale (in base a modelli computazionali sempre più sofisticati e capaci di apprendere dall'esperienza) da ridurre la rappresentazione della realtà ad una serie di elementi, operazioni, procedimenti e dati processabili in chiave sintattica, così da adattarla al loro modo di funzionamento².»

Quando legislatore e istituzioni, che siano a livello nazionale o europeo, si avvicinano alla materia, devono necessariamente tenere in considerazione questi caratteri dell'IA. Questo è fondamentale proprio per porre in essere un apparato di disposizioni, sia in termini di principi ispiratori che di regole di dettaglio, che siano tese a minimizzare i rischi connessi al loro utilizzo e di massimizzarne i vantaggi.

A questo proposito, occorre, infatti, sottolineare il duplice obiettivo che qualsiasi intervento in materia di intelligenza artificiale deve tenere in considerazione. Da un lato, lo scopo dell'intervento delle istituzioni deve essere mirato a porre in essere un insieme di disposizioni che evitino il formarsi di diseguaglianze e discriminazioni che possono essere generate o perpetuate dall'utilizzo di sistemi di IA. D'altro canto, però, è fondamentale non limitarsi a tenere in considerazione questo aspetto: ridurre l'intervento legislativo a mezzo

¹ «AI refers to a program that is able to mimic or re-create the thought processes demonstrated by the human brain. This usually involves making observations or receiving input for use in a problem-solving situation, and the ability to categorize and identify different objects and the properties associated with those objects» in U. PAGALLO, W. BARFIELD, *Advanced introduction to law and artificial intelligence*, Northampton, MA, 2020, 1.

² M. DURANTE, *Potere computazionale: L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano-Udine, 2019, 164.

attraverso il quale proteggersi da eventuali rischi posti in essere dai sistemi di Intelligenza Artificiale è sintomo di una visione della tecnologia come nemica, che implica unicamente rischi da cui mettersi al riparo; tale interpretazione non è né condivisibile, né comprovata da un punto di vista empirico. Un elemento essenziale che istituzioni e legislatori coinvolti in questo ambito debbono tenere a mente è che i sistemi di IA possono divenire un mezzo attraverso il quale fronteggiare diseguaglianze e discriminazioni preesistenti. In questo modo, il secondo obiettivo che le istituzioni sono chiamate a perseguire è quello di delineare un quadro giuridico di riferimento che non rappresenti un limite, ma che sia capace di promuovere l'utilizzo dell'IA³, in quanto teso alla tutela di principi fondamentali come il principio di eguaglianza, sancito dall'articolo 2 del Trattato dell'Unione Europea (TUE) e dall'articolo 3 della Costituzione Italiana, nonché il principio di non discriminazione, tutelato dall'articolo 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ed ex articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴.

Il presente contributo, nello specifico, intende rivolgere l'attenzione a questo secondo obiettivo, chiedendosi in che modo diseguaglianze e discriminazioni possono essere affrontate attraverso l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale (IA). L'indagine proposta di seguito si focalizzerà sull'ambito della ricerca scientifica: sarà proprio dallo studio della relazione tra Intelligenza Artificiale e ricerca scientifica, dall'utilizzo di sistemi di IA nell'ambito della scienza e dai processi di sviluppo e design di tali sistemi da parte dei ricercatori, che si tenterà di fornire una risposta alla nostra domanda di partenza.

Il contributo procede proponendo un'indagine della relazione tra ricerca scientifica e Intelligenza Artificiale (par. 2). Successivamente, il riferimento andrà al quadro dei diritti umani e fondamentali connessi con la scienza, che debbono necessariamente rappresentare la base di partenza per qualsiasi ulteriore intervento legislativo (par. 3), per poi proseguire offrendo un'interpretazione del “diritto alla scienza” oggi, alla luce della rivoluzione digitale e delle politiche europee in materia di scienza aperta (cd. “*Open Science*”) (par. 4). In seguito, poi, si argomenterà come la scienza aperta possa rappresentare un mezzo per fronteggiare diseguaglianze e discriminazioni, proprio nello sviluppo, nel design e nell'applicazione dell'Intelligenza Artificiale nel settore della ricerca scientifica (par. 5).

³ Sulla dicotomia tra promozione e fiducia, in relazione alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale, si veda: M. DURANTE, L. FLORIDI, *A legal principles-based framework for AI liability regulation*, in J. MÖKANDER, M. ZIOSI, M. (a cura di), *The 2021 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Springer, Cham, 2022, 93-112. Nello specifico, nell'operazione di bilanciamento tra promozione di innovazione e sviluppo tecnologico da un lato, e incoraggiamento della fiducia degli utenti, dall'altro, gli Autori identificano l'approccio della c.d. “*principle-based regulation*”, 94.

⁴ Sulla portata dei principi di eguaglianza e non discriminazione, attraverso una prospettiva di diritto comparato, si veda, lo studio: M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato-Italia*, Bruxelles, 2020, 54-55.

2. Ricerca scientifica e Intelligenza Artificiale.

La pervasività delle tecnologie digitali e dei sistemi di Intelligenza Artificiale è evidente in ogni settore delle nostre vite e in ogni aspetto della nostra società: la ricerca scientifica non si sottrae a questa dinamica. Tuttavia, anche questa affermazione che può apparire, a prima vista, lineare richiede alcune precisazioni: la prima definitoria, la seconda funzionale.

La precisazione definitoria ha ad oggetto la nozione stessa di ricerca scientifica. Senza volersi introdurre nei dibattiti che caratterizzano le indagini di filosofia della scienza e gnoseologia, occorre, però, accordarsi su cosa si intenda per ricerca scientifica. Nel presente contributo con l'espressione ricerca scientifica si intende quel processo che si sviluppa attraverso il metodo scientifico, relativo all'operato della comunità scientifica, ampiamente inteso: vale a dire che comprende sia le cd. STEM (*Science, Technology, Engineering, Medicine*) o scienze dure, quali scienza, tecnologia, ingegneria e medicina, sia le cd. SSH (*Social Sciences and Humanities*), gli studi umanistici e sociali. Nello specifico, inoltre, si intende fare riferimento primariamente alla ricerca scientifica frutto di finanziamento pubblico, vale a dire la ricerca scientifica variamente finanziata da enti nazionali o da istituzioni europee⁵.

La seconda precisazione, che è definita funzionale, ha ad oggetto la funzione che può caratterizzare un dato sistema di IA nel contesto della scienza. I sistemi di IA posso, infatti, ricoprire una duplice funzione in relazione all'ambito della scienza: l'intelligenza artificiale può rappresentare sia lo *strumento*, sia il *risultato* di un progetto di ricerca scientifica.

In primo luogo, tali sistemi possono essere strumenti utilizzati dai gruppi di ricerca per porre in essere uno specifico progetto di ricerca. In questa circostanza, l'IA è *strumentale* all'ottenimento dei risultati del progetto di ricerca: il programma di IA è un mezzo, molto potente, un eccellente motore sintattico, a beneficio dei ricercatori, che permette il raggiungimento di risultati, generalmente inediti rispetto ad un'epoca anteriore alla rivoluzione digitale. Un esempio eccellente di utilizzo dell'IA come mezzo attraverso il quale realizzare un progetto di ricerca ci è fornito dall'Istituto di fotonica e nanotecnologie del Dipartimento di Fisica dell'Università Statale di Milano, che proprio applicando un sistema di IA ha sviluppato un compilatore quantistico in grado di programmare algoritmi applicabili a qualsiasi computer quantistico, attraverso l'utilizzo di porte logiche⁶. Si consideri che spesso si è portati erroneamente a credere che solamente le cd. scienze dure facciano uso dei più avanzati sistemi di

⁵ Si consideri che recentemente è entrato in vigore il Regolamento europeo avente ad oggetto il nuovo programma quadro di sovvenzione alla ricerca, il c.d. "Horizon Europe", per il periodo 2021-2027: Regulation (EU) 2021/695 of the European Parliament and of the Council of 28 April 2021, *establishing Horizon Europe – the Framework Programme for Research and Innovation, laying down its rules for participation and dissemination, and repealing Regulations (EU) No 1290/2013 and (EU) No 1291/2013*, OJ L 170, 12.5.2021, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/695/oj>.

⁶ L. MORO, *et al.*, *Quantum compiling by deep reinforcement learning*, in *Communication Physics*, 4,178, 2021, 1-8.

IA come strumenti per condurre i propri progetti di ricerca. Tuttavia, recenti studi dimostrano il contrario. Per esempio, una recente analisi dell'Università del Lussemburgo, inerente all'utilizzo del potere computazionale derivante dalla piattaforma di calcolo ad alte prestazioni (*High Performance Computing*, HPC) detenuta dall'Università stessa, per finalità di ricerca scientifica, ha mostrato una differente tendenza: durante l'anno 2020, il 13,5% delle CPU a disposizione è stato impiegato per progetti in scienze della vita, l'1,8% per progetti inerenti all'ambito della storia e delle scienze sociali e il 2,7% da parte di giuristi ed economisti⁷.

In secondo luogo, un sistema di IA può anche rappresentare il *risultato* finale di un progetto di ricerca: un gruppo di ricercatori può avere come obiettivo del progetto di ricerca stesso la creazione e lo sviluppo di un sistema di intelligenza artificiale teso a qualche specifico ulteriore impiego. L'idea, dunque, è quella di avere un sistema di IA sviluppato in ambito accademico, da ricercatori "pubblici", che poi in un secondo momento possa divenire oggetto di utilizzo da parte di terzi, accademici e non, nonché eventualmente anche commercializzato.

Se vi sono molteplici esempi di utilizzo di sistemi di IA come strumento per progetti di ricerca, risulta più difficile, invece, identificare dei sistemi di intelligenza artificiale sviluppati come risultato di un progetto di ricerca sovvenzionata con soldi pubblici e poi solo successivamente commercializzata. Frequentemente, in questo tipo di scenari vi è comunque presenza, sostegno e partecipazione di attori privati, nel progetto di ricerca⁸.

Chiariti, dunque, i termini dell'indagine, occorre ora rivolgere l'attenzione al quadro dei diritti fondamentali e umani in relazione alla scienza: questa analisi sarà fondamentale per

⁷ L. PASERI, S. VARRETTE, P. BOUVRY, *Protection of Personal Data in High Performance Computing Platform for Scientific Research Purposes*, in *Annual Privacy Forum*, Cham, Springer, 2021, 127.

⁸ I motivi di quest'assenza di prodotti di IA sviluppati come esito di un progetto di ricerca pubblica possono essere molteplici. In primo luogo, economici, dal momento che questo tipo di operazioni richiedono ingenti finanziamenti; in secondo luogo, potrebbero anche essere giuridici. Un'analisi interessante di questo aspetto è fornita in: M. EBERS, *et al.*, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act-A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in U. PAGALLO, M. DURANTE (a cura di), *Special Issue. The Impact of Artificial Intelligence on Law*, J4.4, 2021, 591. Gli Autori sottolineano proprio come l'eventuale approvazione della proposta di Regolamento cd. *Artificial Intelligence Act* (AIA) da parte del legislatore europeo senza una clausola derogatoria per la ricerca scientifica (come quella prevista all'articolo 89 del GDPR, in materia di protezione dei dati personali) possa rischiare di rappresentare un definitivo limite allo sviluppo di sistemi di IA nell'ambito della ricerca. Il riferimento normativo va a: *European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, COM/2021/206, 21.04.2021 ELI: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>. Il ruolo ricoperto dagli attori privati nella ricerca è connesso al più ampio tema della commistione pubblico-privata e alla pluralità di variegati attori che si delinea nel digitale e che richiede una consapevole riflessione su alternativi modelli di governance. Sul punto si veda: U. PAGALLO, P. CASANOVAS, R. MADELIN, *The middle-out approach: assessing models of legal governance in data protection, artificial intelligence, and the Web of Data*, in *The Theory and Practice of Legislation* 7.1, 2019, 1-25; ma anche, F. VIGNA, *Co-regulation Approach for Governing Big Data: Thoughts on Data Protection Law*, in *15th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, 2022, pp. 59-63.

capire come sia cambiato – e quale significato abbia assunto – il cd. “diritto alla scienza” nello scenario di rivoluzione digitale.

3. Alla base degli interventi normativi: tra CEDU e Dichiarazione universale.

Le istituzioni che intendono sviluppare un quadro giuridico di riferimento in materia di digitale devono comunque trovare le fondamenta del loro operato nel quadro dei diritti fondamentali e umani. Dal momento che il presente contributo si focalizza sull’ambito della ricerca scientifica, occorrerà rivolgere l’attenzione all’insieme di diritti connessi alla scienza. Dal punto di vista internazionale, il primo e fondamentale riferimento va all’articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani, che al primo paragrafo sancisce: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici», che diviene espressione del cd. “diritto alla scienza”⁹. Tale articolo, che per molto tempo ha rappresentato unicamente un criterio ispiratore¹⁰, recentemente, anche alla luce del dibattito generato dalla pandemia di COVID-19, ha acquisito nuova rilevanza e nuova forza¹¹.

Parallelamente e in maniera complementare, l’articolo 15 del Patto internazionale per i diritti economici, sociali e culturali, del 1966, nel primo paragrafo riafferma il contenuto dell’articolo 27 della Dichiarazione universale, mentre nel secondo paragrafo identifica un vero e proprio ruolo pro-attivo degli Stati teso a favorire l’esercizio di tale diritto: «Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura»¹².

A livello europeo, invece, per quanto attiene l’ambito dei diritti connessi alla scienza, il riferimento va, in primo luogo, all’articolo 13 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che sancisce la cd. libertà accademica, affermando che «Le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata».

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), invece, non fa nessun esplicito riferimento alla scienza in sé. L’articolo 10 CEDU, però, sancisce il diritto di comunicare e ricevere informazione e idee, nell’alveo della libertà di espressione. I risultati del processo di ricerca scientifica possono essere rappresentati in termini di comunicazione e condivisione di informazioni, che in questo caso saranno di tipo scientifico, nella misura in cui siano frutto di un’elaborazione che rientri nei crismi del metodo scientifico.

⁹ Tale articolo rappresenta il pilastro del cd. “*Right to science*” nel dibattito internazionale.

¹⁰ V. ZAMBRANO, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da CoViD-19*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 2020, 1-Special Issue, 259-267.

¹¹ H. PORSDAM, S. PORSDAM MANN (eds.), *The Right to Science. Then and Now*, Cambridge, 2021.

¹² Articolo 15, paragrafo 2, Patto internazionale per i diritti economici, sociali e culturali.

L'articolo 10 CEDU sottolinea due elementi essenziali di tale diritto di comunicare e ricevere le informazioni: (i) l'assenza di ingerenza da parte delle autorità pubbliche; (ii) l'assenza di limiti di frontiera. Tali elementi sono in linea con la ricerca scientifica: la non-ingerenza da parte delle autorità pubbliche può essere considerata come espressione della libertà accademica¹³; mentre l'assenza di limiti di frontiera ben si sposa con la c.d. quinta libertà fondamentale europea, vale a dire la libertà di circolazione del sapere, sviluppata dalle istituzioni europee agli inizi degli anni 2000¹⁴.

Avendo a mente il quadro dei diritti afferenti alla scienza, è ora tempo di comprendere il portato dell'impatto della rivoluzione digitale nell'ambito della ricerca scientifica, rivolgendo specifica attenzione agli sviluppi dell'intelligenza artificiale e al ruolo delle istituzioni in tale dinamica.

4. Il paradigma della scienza aperta.

L'impatto delle nuove tecnologie digitali, dell'ingente potere computazionale e dell'enorme quantità di dati a disposizione sulla ricerca scientifica è rappresentato dal c.d. approccio alla scienza aperta. Adottando la terminologia di Thomas Kuhn¹⁵, la scienza aperta rappresenta un vero e proprio cambio di paradigma, che sta emergendo nell'ambito della ricerca scientifica. Tale cambiamento di paradigma identifica un profondo sconvolgimento del modo di operare della scienza, che interessa tutto il ciclo della ricerca scientifica: la scienza aperta intercetta e comprende la rivoluzione digitale e la converte in un'opportunità. L'obiettivo diviene quello di aprire ogni fase del progetto di ricerca, dall'eventuale raccolta o creazione di dati, passando per l'utilizzo delle metodologie adottate, per finire con l'adozione di pratiche aperte di didattica o di *Open Access* alle pubblicazioni scientifiche, perseguendo i principi di apertura, cooperazione, trasparenza e inclusività. L'approccio all'apertura è, di fatto, la risposta della comunità

¹³ “*Academic freedom*” interpretata come libertà che permette che «*Universities have their own independent sphere of judgement, in which the State should not meddle*», si veda: C. RUSSELL, *Academic Freedom*, London, 1993, p. 3.

¹⁴ La c.d. quinta libertà di circolazione europea, la libertà di movimento dei ricercatori e del sapere, è strettamente connessa con la c.d. “European Research Area” (ERA), uno spazio europeo che promuova e favorisse scambio di idee e di saperi. Come scrive Erik Longo, siamo agli inizi degli anni 2000 quando l'ERA e la quinta libertà europea, iniziano a prendere forma: «Fu in quel momento che la Commissione guidata da Romano Prodi considerò le condizioni per la creazione di una reale area comune della ricerca che funzionasse come vero e proprio mercato interno. A questo scopo durante la riunione di Lisbona fu lanciato l'ambizioso programma denominato “Spazio europeo della ricerca” (SER). L'introduzione del concetto prima politico e poi normativo di SER nel 2000 aprì una nuova fase nell'approccio alla governance della ricerca all'interno dell'UE.»; E. LONGO, *L'UE e la “quinta libertà”*. *Prospettive costituzionali per la ricerca scientifica europea*, in *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, 2015, 5.

¹⁵ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.

scientifico al dispiegarsi delle enormi possibilità fornite dall'applicazione di nuove tecnologie e del digitale all'ambito della ricerca¹⁶.

Con l'espressione scienza aperta, inoltre, intende indicare una c.d. "buona"¹⁷ scienza, basata sulla comunicazione, sulla cooperazione (in opposizione alla spinta e cieca competizione), trasparente e riproducibile, ma soprattutto consapevole, vale a dire capace di trarre il massimo vantaggio dall'utilizzo delle nuove tecnologie¹⁸.

Dopo un'origine *bottom-up* del fenomeno¹⁹, attualmente si può sostenere un completo e totale *endorsement* delle istituzioni, sia internazionali che europee, nei confronti della scienza aperta. La scienza aperta è oggi identificabile come la linea politica adottata dalle istituzioni europee in materia di ricerca scientifica. Tale processo che potremmo definire di "istituzionalizzazione" della scienza aperta vede la sua più rilevante e recente manifestazione nell'articolo 14 del Regolamento (EU) 2021/695 che istituisce il nuovo programma quadro di ricerca e innovazione, c.d. "Horizon Europe", che sostituisce il precedente "Horizon 2020". Tale articolo, rubricato "Scienza aperta", afferma che «Il programma incoraggia la scienza aperta quale approccio al processo scientifico basato sul lavoro in cooperazione e sulla diffusione delle conoscenze, in particolare in conformità dei seguenti elementi, [...]: a) accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche derivanti dalle ricerche finanziate nell'ambito del programma; b) accesso aperto ai dati di ricerca, ivi compresi quelli alla base delle pubblicazioni scientifiche in conformità del principio "il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario"»²⁰. Tale articolo è significativo nella misura in cui ancora fortemente lo sviluppo dei progetti di ricerca europei dei prossimi anni all'apertura, abbracciando il cambio di paradigma rappresentato dalla scienza aperta.

A livello internazionale, l'evento più significativo è stato l'adozione da parte dell'UNESCO della prima Raccomandazione in materia di scienza aperta, il 23 novembre 2021²¹. L'adozione di tale atto è l'esito di un procedimento iniziato nel 2020, durante la seconda

¹⁶ Per una panoramica sulla scienza aperta in termini di accessibilità al sapere, si veda: L. PASERI, *Accessibilità al sapere*, in M. DURANTE, U. PAGALLO (a cura di), *La politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*, Milano-Udine, 2022, 141-162.

¹⁷ P. BUDRONI, J.-C. BURGELMAN, M. SCHOUPE, *Architectures of knowledge: The European Open Science Cloud*, in *ABI Technik* 39.2, 2019, 136.

¹⁸ Come analizza Ugo Pagallo con riferimento al sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale nel settore sanitario: «*It would be a terrible mistake to underestimate the opportunity costs of the technology*», in U. PAGALLO, *The Politics of Data in EU Law: Will It Succeed?*, in *Digital Society*, 1.3, 2022, 20.

¹⁹ Principalmente connesso con le istanze della comunità scientifica portate avanti in relazione all'accesso alla letteratura scientifica *Open Access*, con le Dichiarazioni di Berlino (2003) e Bethesda (2003).

²⁰ Tale principio «*as open as possible, as closed as necessary*» identifica proprio i limiti di tale apertura: la scienza aperta non è tesa ad un'apertura indiscriminata e cieca delle varie fasi del processo di ricerca scientifica; anzi, dalla formula si evince la volontà di garantire i limiti che ostano all'apertura, come esito di un processo di bilanciamento di interessi eventualmente contrapposti.

²¹ UNESCO, "UNESCO Recommendation on Open Science" (2021), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949.locale=en>, (ultima consultazione 22/12/2022).

ondata della pandemia di COVID-19, con l'adozione di un impegno comune da parte di UNESCO, WHO, CERN e l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, specificamente in materia di scienza aperta, riconoscendola, appunto, come la strada da adottare per «l'urgenza di affrontare sfide ambientali, sociali ed economiche complesse e interconnesse per le persone e il pianeta, tra cui la povertà, le questioni sanitarie, l'accesso all'istruzione, le crescenti disuguaglianze e le disparità di opportunità, l'aumento del divario in termini di scienza, tecnologia e innovazione, l'esaurimento delle risorse naturali, la perdita di biodiversità, il degrado del territorio, i cambiamenti climatici, le catastrofi naturali e quelle provocate dall'uomo, i conflitti in aumento e le relative crisi umanitarie»²². Ponendo attenzione a tale lista di grandi sfide identificate dall'UNESCO, ciò che risulta significativo è che la rivoluzione digitale – e il conseguente impatto della tecnologia e pervasività dell'intelligenza artificiale – appare trasversale ad ogni campo: acquisire tale consapevolezza diviene il presupposto per comprendere il cambiamento che sta investendo, non solo la ricerca scientifica, ma più in generale tutta la società. Significativamente, il 23 novembre 2021, data in cui è stata adottata la Raccomandazione in materia di scienza aperta, è stata altresì rilasciata la prima bozza della Raccomandazione UNESCO sull'etica dell'intelligenza artificiale²³: ancora una volta emerge chiaramente il legame tra i due temi, considerati prioritari dalle istituzioni internazionali.

Alla luce di questi profondi cambiamenti e delle conseguenti strategie delle istituzioni internazionali ed europee, occorre indagare in che modo il “diritto alla scienza” aperta possa divenire il mezzo attraverso il quale affrontare disuguaglianze e discriminazioni per l'uso dell'intelligenza artificiale.

5. La scienza aperta contro disuguaglianza e discriminazioni.

L'accuratezza dell'operato di un sistema di intelligenza artificiale passa necessariamente attraverso l'accuratezza dei dati a partire dai quali opera: «Migliore è la qualità dei dati (rappresentativi della situazione di interesse) migliori saranno le performance e di conseguenza più alta sarà l'accuratezza della predizione»²⁴. La maggior parte delle forme di discriminazione e

²² UNESCO, *op. cit.*, preamble. Come ci ricorda Jacopo Ciani «Nell'incoraggiare i governi ad adottare le misure più idonee a promuovere la produzione letteraria, scientifica, musicale e artistica, sia la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, quale principale incentivo allo sviluppo di creatività, innovazione e cultura, sia la salvaguardia del pubblico dominio e dell'accesso alle risorse che ne fanno parte, entrano nel mandato UNESCO sin dai suoi albori», J. CIANI, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza*, Torino, 2021, 89. Qui, l'aspetto significativo è l'attenzione rivolta specificamente all'approccio dell'*Open Science*.

²³ UNESCO, “Recommendation on the ethics of Artificial Intelligence” (2021), <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics>, (ultima consultazione 22/12/2022).

²⁴ A. MARRAZZO, R. MEO, P. PASTERIS, *Dati e intelligenza artificiale per le pubbliche amministrazioni*, in M. DURANTE, U. PAGALLO (a cura di), *La politica dei dati*, cit., 102.

diseguaglianza derivanti dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale sono dovute alla presenza di *bias* connessi ai dati che sono elaborati dai sistemi stessi. Il concetto di *bias* è definito come «la mancanza di validità interna o la valutazione non corretta dell'associazione tra un'esposizione e un effetto nella popolazione di riferimento, in cui la statistica prevista ha un'aspettativa che non corrisponde al valore reale»²⁵. L'operato di un sistema di IA *biased* può generare delle conseguenze notevoli sui diritti umani e fondamentali degli individui, soprattutto in termini di discriminazione e diseguaglianze²⁶. Un esempio emblematico è fornito da uno studio del 2016, che mostra come algoritmi *biased* possano facilmente veicolare discriminazioni di genere, nell'individuazione degli annunci di lavoro online²⁷.

Come possono essere limitati, attenuati o del tutto eliminati eventuali *bias* nella generazione di un sistema di IA? Molte possono essere le risposte, le possibili soluzioni e considerevole è ormai l'ambito di ricerca avente ad oggetto questo tema. Senza la pretesa di fornire un'analisi esauriente su un tema così vasto come quello dello studio dei *bias* dei sistemi di IA, sicuramente un elemento fondamentale teso a combattere queste derive è la trasparenza: una maggiore trasparenza connessa ai dataset alla base dei sistemi di IA è stata indicata dai ricercatori come un mezzo per limitare il proliferare di *bias*, e quindi, di conseguenza, di forme di discriminazione e diseguaglianza²⁸.

È proprio in relazione al principio di trasparenza che emerge tutta la rilevanza della scienza aperta: la trasparenza è uno dei principi cardine dell'emergente paradigma. Il principio della trasparenza, oltre a dover ragionevolmente e storicamente essere un principio ispiratore e cardine del procedere dell'indagine scientifica in generale, diviene oggi anche espressione di una necessaria battaglia contro la cd. crisi della riproducibilità²⁹. La trasparenza, in seno al paradigma della scienza aperta può assumere diverse accezioni: trasparenza nella gestione dei fondi pubblici tesi a sovvenzionare i progetti di ricerca; trasparenza nella valutazione dei progetti di ricerca; trasparenza nell'identificazione dei criteri tesi all'avanzamento di carriera dei ricercatori e delle ricercatrici; ma soprattutto trasparenza di dati, mezzi e risultati dei progetti di ricerca, che mirano a divenire sapere scientifico in relazione alla propria comunità scientifica di riferimento. Tuttavia, recentemente, in relazione ai dati, il tema della trasparenza è divenuto

²⁵ M. DELGADO-RODRÍGUEZ, J. LLORCA, "Bias", in *Journal of Epidemiology & Community Health* 58.8, 2004, p. 635, [tradotto dall'inglese originale].

²⁶ Ugo Pagallo ci ricorda che «Nel 2018, la Commissione europea istituì un gruppo di esperti che, l'anno successivo, pubblicò le ricordate linee guida per un'IA affidabile» e, in particolare, tra i vari requisiti identificati al fine di «determinare l'affidabilità della tecnologia» compare specificamente l'equità e la non discriminazione nell'operato dell'IA. Si veda: U. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Milano-Udine, 2021, 52-53.

²⁷ W. KNIGHT, *How to Fix Silicon Valley's sexist algorithms*, in *MIT Technology Review*, 23, 2016.

²⁸ Per un recente studio sul tema, si veda: R. DANESHJOU, *et al.*, *Lack of transparency and potential bias in artificial intelligence data sets and algorithms: a scoping review*, in *JAMA dermatology* 157.11, 2021, 1362-1369.

²⁹ Sul tema, *ex multiis*, S. RITCHIE, *Science Fictions. Exposing fraud, bias, negligence and hype in science*, New York, 2021, 25-44.

estremamente problematico. La scienza sta affrontando la c.d. crisi della riproducibilità, nella misura in cui gli esperimenti scientifici divengono spesso non riproducibili da altri scienziati, oppure, alle volte, addirittura dagli stessi scienziati che hanno posto in essere l'esperimento stesso, nonostante magari i risultati di quei determinati esperimenti siano stati pubblicati nelle più celebri riviste scientifiche³⁰.

Le cause di tale crisi della riproducibilità sono molteplici, ma la scarsa propensione alla condivisione dei dataset (anche non pubblicamente, ma unicamente con i revisori atti a verificare la validità di un *paper* scientifico al fine della pubblicazione³¹) è certamente una delle più importanti. La scienza aperta, dunque, si pone come obiettivo proprio la trasparenza tesa al superamento della crisi della riproducibilità, tornando all'*ethos* della scienza come delineato a inizio Novecento da Merton³².

Si consideri che la necessaria trasparenza tesa a limitare la formazione di *bias* nei sistemi di intelligenza artificiale non è spesso concretamente attuabile, nella misura in cui nello sviluppo e nel design del sistema di IA partecipi un'azienda privata, con interessi legittimamente confliggenti all'apertura e alla condivisione. Tuttavia, poco sopra è stato analizzato come generalmente i sistemi di intelligenza artificiale incidano sulla ricerca scientifica pubblica come *strumento*, raramente come *risultato*. Quindi se uno degli obiettivi delle istituzioni si ritiene lecito essere quello di favorire l'IA come mezzo per combattere disegualianza e discriminazione, allora parallelamente le istituzioni devono concretamente strutturare solide strategie nazionali di scienza aperta, tese a creare le condizioni affinché la ricerca scientifica pubblica sia facilitata nella realizzazione di progetti di ricerca in ambito di intelligenza artificiale, dove essa non sia strumento, ma *risultato*.

Inoltre, la scienza aperta, ad ulteriore garanzia di trasparenza, implica come condizione fondamentale nel trattare, operare ed elaborare i dati della ricerca, l'adozione dei cd. "FAIR Data Principles"³³. FAIR è inteso quale acronimo che sta per *findability, accessibility, interoperability e reusability*: tali principi rappresentano un insieme di linee guida che hanno l'obiettivo di garantire una buona gestione dei dati da un punto di vista tecnico. I Principi dei dati FAIR rappresentano una vera e propria garanzia sulla gestione del dataset alla base del

³⁰ Sul punto si veda G. BONIOLO, *Il virus dell'idiozia. Sette scrittini su Covid-19, scienza, intellettuali e cittadini*, Milano-Udine, 2021, p. 71.

³¹ T. MIYAKAWA, "No raw data, no science: another possible source of the reproducibility crisis", in *Molecular Brain*, 13 2020, 13-24. Si consideri, infatti, che l'approccio alla scienza aperta non intende imporre un'apertura e condivisione senza limiti, indiscriminata. Secondo la già richiamata formula «*as open as possible, as closed as necessary*», viene richiesto un costante bilanciamento tra apertura e chiusura. Si pensi, ad esempio, al delicato tema del trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica. Con specifico riferimento al settore sanitario si veda: P. AURUCCI, *Legal issues in regulating observational studies: the impact of the GDPR on Italian biomedical research*, in *European Data Protection Law Review*, 5, 2019, 197-208.

³² R. K. MERTON, *The sociology of science. Theoretical and empirical investigations*, Chicago, 1973, 267-278.

³³ M. D. WILKINSON, *et al.*, *The FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship*, in *Scientific data*, 3.1, 2016, 1-9.

sistema di IA. Di recente, tali principi sono stati formulati, con i dovuti adeguamenti, altresì per i software utilizzati nella ricerca scientifica³⁴. L'obiettivo non è quello di identificare uno standard, ma, piuttosto, è quello di delineare una base comune dalla quale partire per il successivo sviluppo delle regole per una buona gestione di dati e software per la ricerca scientifica. Sarà, poi, compito dei singoli settori di ricerca adattare tali linee guida alle esigenze del proprio ambito e trasformarle in veri e propri standard. La rilevanza dei principi FAIR è resa evidente dal recepimento normativo. I principi dei dati FAIR, configurati dalla comunità scientifica, si sono fatti *hard Law*, per mezzo dell'accoglimento da parte del legislatore europeo, che ne ha suggerito l'adozione all'articolo 10 della Direttiva EU 1024/2019³⁵, recante la disciplina degli Open Data, recepita in Italia dal Decreto Legislativo 200/2021, entrato in vigore il 15 dicembre 2021.

In altre parole, supportare la scienza aperta diviene un mezzo per creare un ecosistema fertile a design, sviluppo e applicazione di sistemi di IA in ambito di ricerca, come *risultato* e non solamente come *strumento*.

6. Conclusioni.

Il presente contributo ambisce ad analizzare il tema del design, sviluppo e applicazione dell'IA nell'ambito della ricerca scientifica, nello specifico proponendo un'interpretazione del diritto alla scienza aperta come mezzo per fronteggiare discriminazione e diseguaglianze.

Analizzando in che modo diseguaglianze e discriminazioni possono essere affrontate attraverso l'uso di sistemi di IA, l'indagine si è infatti focalizzata sull'ambito della ricerca scientifica. In primo luogo, si è tentato di comprendere la relazione tra i sistemi di intelligenza artificiale e la ricerca: è emerso come tali sistemi possano rappresentare sia lo *strumento* attraverso il quale un progetto di ricerca scientifica è sviluppato, sia il *risultato* del progetto di ricerca stesso.

Chiariti termini dell'indagine, l'attenzione è stata poi rivolta al quadro dei diritti connessi alla scienza come fondamentale presupposto di ulteriori interventi normativi: tale analisi è risultata fondamentale per comprendere come sia cambiato il diritto alla scienza nello scenario di rivoluzione digitale. Tale cambiamento è stato, successivamente, descritto in termini di scienza aperta, vale a dire il nuovo paradigma che caratterizza la scienza, nato dalle istanze

³⁴ M. BARKER, *et al.*, *Introducing the FAIR Principles for research software*, in *Scientific Data* 9.1, 2022, 1-6.

³⁵ Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, *on open data and the re-use of public sector information*, OJ L 172, 26.6.2019, 56-83, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1024/oj>. L'articolo 10, paragrafo 1, statuisce espressamente: «Gli Stati membri promuovono la disponibilità dei dati della ricerca adottando politiche nazionali e azioni pertinenti per rendere i dati della ricerca finanziata con fondi pubblici apertamente disponibili (“politiche di accesso aperto”) secondo il principio dell'apertura per impostazione predefinita e compatibili con i principi FAIR».

della comunità scientifica stessa, ormai divenuto l'approccio adottato dalle istituzioni, *in primis* europee, nell'ambito della ricerca scientifica.

È stato inoltre argomentato come la scienza aperta possa rappresentare un mezzo per fronteggiare diseguaglianze e discriminazioni proprio nello sviluppo, nel design e nell'applicazione dell'intelligenza artificiale. Partendo dall'assunto che tali diseguaglianze e discriminazioni possono derivare dalla presenza di *bias* che caratterizzano i dati elaborati dai sistemi di IA, l'attenzione è stata rivolta al principio di trasparenza come garanzia del meccanismo. Il paradigma della scienza aperta trova, nel principio di trasparenza, uno dei suoi essenziali pilastri. Se, come indagato, la trasparenza, nell'ambito della scienza aperta, può assumere molti significati, in relazione ai dati della ricerca scientifica significa *FAIRness*: dati che siano *findable*, *accessible*, *interoperable* e *reusable*, cioè ben costruiti dal punto di vista tecnico, in grado di permettere la riproducibilità dell'esperimento scientifico. Pertanto, l'obiettivo dovrebbe essere quello di supportare design, sviluppo e applicazione di sistemi di IA in ambito di ricerca scientifica, come *risultato* e non solamente come *strumento*: la scienza aperta e i suoi principi generano, infatti, le condizioni che permettono di sviluppare una maggiore trasparenza e, di conseguenza, un'auspicata limitazione nella formazione di *bias* e di forme di diseguaglianza e discriminazione.

queste istituzioni

**L'acquisto di servizi e sistemi di
intelligenza artificiale per la pubblica
amministrazione**

Mario Di Carlo

Numero 4/2022
31 dicembre 2022

L'acquisto di servizi e sistemi di intelligenza artificiale per la pubblica amministrazione

di Mario Di Carlo*

Sommario

Parte prima. 1. Premessa. – 2. L'esigenza di regolazione dell'intelligenza artificiale e la sua complessità. – 3. L'impiego di strumenti alternativi alla regolazione.

Parte seconda. 1. Introduzione alle Clausole Standard. – 2. Commento alle Clausole Standard per l'acquisto di sistemi algoritmici affidabili. – 3. Considerazioni ulteriori.

Sintesi

L'impiego di servizi e sistemi avanzati basati sull'intelligenza artificiale nell'ambito della pubblica amministrazione pone questioni rilevanti e ancipiti legate alla tutela dei diritti fondamentali ed al rispetto dei principi di trasparenza, buon andamento e razionalità dell'azione dell'amministrazione.

L'integrazione di specifiche previsioni contrattuali in fase di acquisto di tali servizi e sistemi è in grado di indirizzare una parte rilevante di tali questioni, consentendo uno sviluppo responsabile dell'innovazione nell'ambito dell'amministrazione e contribuendo al governo dei rischi associati.

Il presente articolo riporta l'intervento dell'Autore al convegno "Amministrare con gli algoritmi" organizzato da *Queste Istituzioni* e dall'Università di Torino il 13 ottobre 2022. La prima parte reca una breve introduzione che cerca di tratteggiare le ragioni per cui è utile elaborare ed articolare talune condizioni generali di contratto dedicate all'acquisto di sistemi algoritmici, senza la pretesa di affrontare in maniera esaustiva le questioni legate all'acquisto ed impiego di servizi e sistemi di intelligenza artificiale. La seconda parte invece illustra le condizioni generali di contratto per l'acquisto di sistemi algoritmici predisposte dalla Città di Amsterdam, con alcune proposte di adeguamento e modifica.

Abstract

The use of services and advanced systems based on artificial intelligence in the sphere of public administration raises relevant and twofold issues related to the protection of fundamental rights and compliance with the principles of transparency, good performance and rationality of the administration.

Establishing specific contractual provisions when purchasing such services and systems is a means of addressing a significant part of these issues, enabling responsible development of innovation within the administration and contributing to the governance of associated risks.

This article reports the Author's speech at the conference "Amministrare con gli algoritmi" organized by *Queste Istituzioni* and the University of Turin on October 13, 2022. The first part is a brief introduction that outlines the reasons why it is useful to elaborate certain general terms and conditions dedicated to the purchase of algorithmic systems, without

* Avvocato-Studio Ristuccia, Tufarelli & Partners.
Contributo sottoposto a referaggio redazionale.

comprehensively addressing issues related to the purchase and use of artificial intelligence services and systems. The second part presents the Standard Clauses for Procurement of Trustworthy Algorithmic Systems published by the City of Amsterdam, with some proposals for adaptation and modification.

Parole chiave

Contratti pubblici – Intelligenza artificiale – Pubblica amministrazione – Diritti fondamentali – Trasparenza.

Parte prima

1. Premessa.

L'uso dell'intelligenza artificiale è già una realtà nella nostra vita quotidiana, nella vita delle aziende ed in quella dell'amministrazione pubblica.

L'utilizzo nell'amministrazione pubblica è certamente vero per strumenti e sistemi di intelligenza artificiale più consolidati, basati su logiche c.d. simboliche, ma inizia a trovare riscontri anche con riferimento a strumenti e sistemi basati sul *machine learning*, il *deep learning* e le reti neurali¹, ovvero in grado di individuare e determinare autonomamente le logiche con cui formulare le risposte alle istanze che vengono loro sottoposte.

Gli ambiti di attività della PA ove è possibile l'applicazione di sistemi di intelligenza artificiale sono molteplici e vanno da attività più o meno materiali, come la gestione dei semafori, delle telecamere ZTL o della rete di illuminazione, allo svolgimento di funzioni il cui impatto sollecita immediatamente l'attenzione, come la repressione del crimine, la giustizia predittiva, la diagnostica medica, la selezione e gestione del personale.

Si tratta di impieghi segnalati ormai da anni in altri Paesi ma presenti anche in Italia². Bastino alcuni esempi noti alle cronache.

I contenziosi legati al caso “Buona scuola” e ad altre vicende legate al personale scolastico³ sono noti ai più e segnalano l'impiego dell'IA nella selezione e gestione del personale.

¹ Il termine *machine learning* sarà da qui in avanti usato in una accezione ampia a comprendere anche *deep learning* e reti neurali, che la letteratura di ambito informatico distingue ma che presentano questioni sostanzialmente assimilabili ai fini di queste riflessioni.

² Per una visione strutturata a livello europeo si veda G. MISURACA and C. VAN NOORDT, *Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, EUR 30255 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020. Anche l'OECD ha un progetto di mappatura dell'adozione dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico a livello globale, disponibile al seguente indirizzo https://oecd.ai/en/dashboards/policy-instruments/AI_use_cases_in_the_public_sector.

³ Occorre menzionare almeno le sentenze TAR Lazio, Roma, 21.3.2017, n. 3742; Cons. Stato, Sez. VI, 8.4.2019, n. 2270, 13.12.2019 n. 8427, e 4.2.2020, n. 881; TAR Lazio, Roma, 1.7.2020, n. 7526; TAR Lazio, Roma, 30.6.2021, n. 7769

Da alcuni anni sono stati avviati diversi progetti per l'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale nel settore della giustizia⁴, talvolta a fini analitici altre con obiettivi predittivi⁵.

Di recente il Vice direttore generale della Pubblica Sicurezza e Direttore centrale della Polizia Criminale del Ministero dell'Interno ha annunciato l'introduzione di algoritmi predittivi nelle attività di polizia per il contrasto alla criminalità organizzata⁶.

A più riprese diversi Comuni italiani hanno introdotto o cercato di introdurre sistemi di videosorveglianza mediante rilevazione di dati biometrici⁷. Lo scorso anno il Garante per la protezione dei dati personali ha bloccato l'introduzione da parte del Ministero dell'Interno del sistema di videosorveglianza con riconoscimento facciale denominato SARI Real-time⁸.

In ambito medico l'impiego di strumenti che incorporano intelligenza artificiale è ampio⁹ ed il loro impiego porta a riflessioni profonde sull'impatto clinico¹⁰ e sul dovere del sistema sanitario di rendere le migliori prestazioni con la massima efficienza¹¹, oltre ad aver interessato la giustizia amministrativa proprio in relazione alle procedure di acquisto¹².

Anche il nuovo codice dei contratti pubblici nella bozza trasmessa dal Consiglio di Stato al Governo il 7 dicembre 2022¹³, all'art. 30 rubricato "Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici" prevede che «per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti» (previsione che nonostante l'ampia formulazione pare comunque limitata alle attività svolte

⁴ Per una recente posizione del Ministero della Giustizia si veda https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/studio_dgsia_ricognizione_digitalizzazione_febbraio2021.pdf.

⁵ Si vedano ad esempio le collaborazioni fra il Tribunale di Genova e la Scuola universitaria superiore Sant'Anna di Pisa <https://www.santannapisa.it/it/news/locchio-della-tecnologia-sulla-giustizia-di-genova-unintelligenza-artificiale-potra-prevedere>, quella fra l'Università di Brescia ed i locali Tribunale e Corte d'Appello e, fra i tanti, il volume Alessandra CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, 2017.

⁶ *Sicurezza: polizia userà algoritmo predittivo contro crimine*, 10 novembre 2022, in *ansa.it* https://www-ansa-it.cdn.ampproject.org/c/s/www.ansa.it/amp/sito/notizie/cronaca/2022/11/10/sicurezza-polizia-usera-algoritmo-predittivo-contro-crimine_73f74a2e-0c86-4455-a8a2-fc893ca5a583.html.

⁷ Si veda ad esempio il caso trattato dal Garante nel Provvedimento del 26 febbraio 2020 [9309458] <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9309458>

⁸ Parere sul sistema Sari Real Time - 25 marzo 2021 [9575877] <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9575877>.

⁹ <https://www.aboutpharma.com/digital-health/piu-applicazioni-e-mercato-ma-i-robot-chirurgici-sono-ancora-un-lusso/>

¹⁰ Si veda, A. LAGHI (coord.), *I sistemi di intelligenza artificiale come strumento di supporto alla diagnostica*, Consiglio Superiore di Sanità, 9.11.2021, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_3218_allegato.pdf.

¹¹ Il riferimento è in particolare alle riflessioni di Ugo PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Mimesi, 2022, che ha ispirato parte rilevante del convegno.

¹² Si veda la sentenza Cons. Stato, 25.11.2021, n. 7891.

¹³ <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato>.

come stazioni appaltanti, quindi le procedure di acquisto e l'esecuzione, e non riferita all'intera attività delle amministrazioni)¹⁴.

Più in generale incentivare l'adozione dell'IA e delle sue applicazioni nella pubblica amministrazione è una delle aree di intervento del Programma Strategico Intelligenza Artificiale 2022-2024 del Governo Italiano.

2. L'esigenza di regolazione dell'intelligenza artificiale e la sua complessità.

L'impiego di strumenti e sistemi di machine learning nell'amministrazione, da un lato, apre prospettive di grande efficienza e miglioramento della capacità di soddisfare le esigenze della collettività e, dall'altro, presenta talune criticità e rischi potenziali, già oggetto di attenzione pubblica e dei *policy maker*¹⁵.

I due aspetti sono connessi ed in entrambi i casi è rilevante l'assenza di una regolamentazione compiuta e organica.

La decisione di adottare strumenti e sistemi di intelligenza artificiale nell'azione amministrativa di tipo provvedimentale e in quella di tipo materiale tendente all'erogazione di servizi implica valutazione ed assunzione di rischi e responsabilità, complesse analisi di ordine giuridico e tecnico, innovazione di processi. Anche la decisione di non adottare soluzioni tecnologiche implica rischi e responsabilità rilevanti, come ad esempio la decisione di non impiegare sistemi avanzati di analisi per istruttorie complesse o nella gestione dei servizi pubblici.

Come rileva il prof. Pagallo¹⁶ l'assenza di una regolazione specifica delle tecnologie più avanzate e fra queste dell'intelligenza artificiale è solo uno dei fattori che incide sul loro sottoutilizzo e talune scelte espresse dal legislatore in chiave prudenziale possono incidere in maniera assai restrittiva sull'adozione dell'IA.

Ritengo tuttavia che la regolamentazione espressa sarebbe in grado di migliorare il livello di certezza delle responsabilità e facilitare l'adozione, e l'adozione corretta, di sistemi algoritmici anche lasciando spazio a soluzioni di co-regolazione.

¹⁴ Sull'impiego di sistemi algoritmici nella governance dei contratti pubblici si veda A. SANCHEZ-GRAELLS, *Emerging risks in digital procurement governance*, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2022/10/21/emerging-risks-in-digital-procurement-governance>, e più di recente dello stesso Autore *Governing the Assessment and Taking of Risks in Digital Procurement Governance* (To be included in A. SANCHEZ-GRAELLS, *Digital Technologies and Public Procurement. Gatekeeping and experimentation in digital public governance*), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4282882.

¹⁵ Si vedano per tutti la Comunicazione della Commissione “Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale” del 21.4.2021, le Raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nn. n. 2181, 2183, 2185 e 2186 del 11.11.2020 e la Raccomandazione sull'etica dell'Intelligenza Artificiale adottata dalla Conferenza Generale UNESCO del Novembre 2021 e il Blueprint for an AI Bill of Rights statunitense.

¹⁶ U. PAGALLO, *Il dovere alla salute*, cit., pp. 67 e ss.

La regolamentazione migliorerebbe anche il livello di tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, giacché l'intelligenza artificiale, e il *machine learning* in maniera particolare, incide a più livelli sul sistema di tutela dei cittadini.

Una nutrita riflessione ha evidenziato la capacità dei sistemi algoritmici, che auto-apprendono ed elaborano modelli sulla base delle informazioni loro sottoposte, di (i) incorporare e replicare i pregiudizi insiti nella loro programmazione o nelle informazioni fornite loro ed avere un impatto negativo significativo in particolare sulla discriminazione, sul diritto alla riservatezza e alla vita privata, sull'accesso alla giustizia, (ii) ridurre il livello di trasparenza e comprensibilità delle decisioni (in particolare dove si verifica il c.d. effetto *black box*). Inoltre essi (iii) possono essere usati in contesti non corretti o non pertinenti rispetto alla loro programmazione ed elaborazione o (iv) in assenza di adeguate competenze relative alle modalità ed alle logiche di funzionamento ed alla qualità dei risultati¹⁷. Si tratta di condizioni che possono condurre con un impatto materiale e decisamente non teorico a violazioni sistematiche e su larga scala dei diritti umani¹⁸. Ovviamente nell'ambito a cui ci riferiamo non consideriamo l'uso criminale dell'IA.

Taluni di questi problemi si legano ad aspetti di fondo, perfino banali, dell'IA che però hanno rilevanza rispetto all'approccio giuridico all'organizzazione ed all'amministrazione e che mi pare utile cercare di esplicitare.

Non va innanzitutto trascurata la scala d'impatto dell'IA e del machine learning in particolare, enormemente superiore alle tecniche e tecnologie dell'informazione, digitalizzazione ed automazione dei processi sinora in uso, e della capacità di incidere su funzioni complesse in una modalità capace di sostituire e comunque di influenzare profondamente i momenti decisionali umani.

Va poi considerato che gli algoritmi di apprendimento automatizzato si basano su una logica statistica che – per quanto talvolta appaia anche nel ragionamento giuridico (*id quod plerumque accidit*) – è profondamente distante dalla logica essenzialmente aristotelica che permea il ragionamento giuridico.

¹⁷ La letteratura è amplissima, mi limiterò a citare *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*. European Union Agency for Fundamental Rights, 2020; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2/2019, p. 199; *Towards a Standard for Identifying and Managing Bias in Artificial Intelligence*, NIST Special Publication 1270, <https://www.nist.gov/publications/towards-standard-identifying-and-managing-bias-artificial-intelligence> e infine L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina, 2022.

¹⁸ Uno dei casi più celebri è relativo al sistema COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) impiegato da alcuni Stati USA per la predizione del rischio di recidiva, oggetto di una approfondita indagine giornalistica condotta da ProPublica (<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>), che ne ha dimostrato i risultati errati in ragione dell'assunzione di pregiudizi razziali, seguito da ampio dibattito e da una sentenza della Corte Suprema del Wisconsin (State v. Loomis, July 13, 2016). Per una indagine recente si veda, *Bias in algorithms - Artificial intelligence and discrimination*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2022, <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/bias-algorithm>.

Il *machine learning*, inoltre, proprio perché basato su logiche statistiche, incorpora un grado di errore ritenuto accettabile da chi programma e sviluppa e non sempre evidente agli utilizzatori. Inoltre un algoritmo creato e soprattutto allenato per essere applicato in un certo contesto risponde alla statistica di quel contesto e potrebbe facilmente essere inadeguato ad un contesto diverso.

L'approccio della regolazione dell'intelligenza artificiale sembra andare nella direzione della gestione del rischio, che interpella profondamente le competenze, la preparazione e la continua attivazione dei soggetti competenti ad assumere le decisioni.

Dell'intelligenza artificiale si spiega che è il prodotto di algoritmi, dati e potenza computazionale. Tanto i dati quanto gli algoritmi possono incidere sulla correttezza dei risultati, il più delle volte la chiave è nei dati. I set di dati utilizzati possono contenere errori, distorsioni storiche più o meno involontarie, incompletezze o altre distorsioni. Se tali errori e distorsioni vengono mantenuti, pregiudizi e discriminazioni dirette o indirette nei confronti di determinati gruppi o individui possono inavvertitamente essere replicati o rinvigoriti.

La mole di dati e l'enorme potenza computazionale implicata nei processi mettono inevitabilmente in crisi il nostro approccio alla conoscenza ed alla comprensione dei risultati proposti dai sistemi algoritmici¹⁹.

Altro elemento da tenere in considerazione è l'inesistenza di una intelligenza artificiale e la presenza di tanti filoni di ricerca e tanti diversi algoritmi e sistemi sviluppati per risolvere singoli problemi in contesti determinati. La mappatura proposta dai servizi della Commissione Europea²⁰ individua cinque ambiti principali (ragionamento, pianificazione, apprendimento, comunicazione, percezione), tre ambiti trasversali (integrazione ed interazione, servizi, etica e filosofia), con ben sedici sotto-ambiti. Ciascuno di essi impiega logiche, modelli, strumenti e dati differenti e non è agevole né probabile individuare regole e soluzioni valide in ogni caso.

3. L'impiego di strumenti alternativi alla regolazione.

Come detto, l'adozione di sistemi algoritmici in assenza di un quadro normativo compiuto per un verso è – anche a causa dell'incertezza – più lenta di quanto sarebbe utile e per altro vero espone a rischi non governati.

La rapidità dell'evoluzione degli strumenti di cui discorriamo e la loro capacità di incidere sull'erogazione delle prestazioni dell'amministrazione sollecita il giurista a trovare strumenti in grado di supportare la PA nella gestione delle proprie responsabilità e nella tutela dei diritti.

¹⁹ F. CABITZA, C. NATALI, *The White Box Paradox in Medicine, Its Discontents and Possible Solutions*, <https://zenodo.org/record/6882461#.Y61VSnbMK5c>, 2022.

²⁰ S. SAMOILI, M. LOPEZ COBO, B. DELIPETREV, F. MARTINEZ-PLUMED, E. GOMEZ GUTIERREZ AND G. DE PRATO, *AI Watch. Defining Artificial Intelligence 2.0*, EUR 30873 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.

D'altra parte la mancata adozione di sistemi algoritmici che il mercato offre rischia in alcuni casi di essere un fattore di responsabilità omissiva, anche considerata la previsione dell'art. 3-*bis* della L. 241/90.

Anche nelle more dell'intervento di una regolamentazione completa con l'adozione della proposta di regolamento dell'Unione Europea per l'armonizzazione della normativa sull'intelligenza artificiale, vi sono strumenti che possono essere messi in campo utilmente.

Il processo di acquisto di beni e servizi della PA consente di intervenire con una funzione di quasi-regolazione sia con riferimento ai sistemi algoritmici da mettere in uso all'amministrazione sia più in generale rispetto al mercato. Si tratta di una funzione che alcuni definiscono di *gate-keeping*.

Non si può trascurare, d'altra parte, che vista la capacità di elaborazione e la sofisticatezza delle funzioni che l'IA è in grado di svolgere, la sua adozione nell'amministrazione pubblica comporta o può comportare un progressivo e più o meno sottile scivolamento delle fasi valutative e decisorie fuori dalla sfera di cognizione e controllo del decisore umano, specie se il processo di acquisto è svolto con un approccio non adeguato e senza prevedere adeguati strumenti di governo²¹.

L'adeguamento dei processi e delle pratiche di acquisto della PA alle sfide poste dall'IA consente di incidere significativamente sull'offerta del mercato, orientando gli operatori economici nell'adozione progressiva di pratiche tendenti ad una intelligenza artificiale antropocentrica ed affidabile.

Un intervento di questo tipo in fase di acquisto, anche se su base volontaria, incide anche su una corretta concorrenza fra gli operatori economici in fase di selezione, mettendo a confronto offerte che rispettino parametri omogenei ed evitando che offerte qualitativamente inadeguate scarichino i propri costi sulla collettività o sull'amministrazione, limitando fenomeni di "dumping etico".

L'acquisto di sistemi e servizi algoritmici senza adeguate garanzie, al contrario, non stimola l'innovazione ma favorisce l'impiego di soluzioni tecnologiche meno evolute o non appropriate. Inoltre l'essere fornitori della PA ha un effetto reputazionale importante a favore degli operatori economici ed in tal senso l'adozione di sistemi algoritmici in assenza di adeguati processi rischia di avere effetti controproducenti.

Va segnalato che alle condizioni di contratto guarda anche l'art. 30 dello schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici²², dove al comma secondo si prevede che

²¹ Sul tema si veda D.K. MULLIGAN and K. A. BAMBERGER, *Procurement As Policy: Administrative Process for Machine Learning* (October 4, 2019). Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, 2019, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3464203> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3464203>

²² Rintracciabile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/schema-del-codice-dei-contratti-pubblici-elaborato-dal-consiglio-di-stato>.

«Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione».

Uno studio recente²³ ha censito otto strumenti di intervento adottati da parte delle amministrazioni a livello globale: principi e linee guida; divieti e moratorie; regole di trasparenza e pubblicità; *impact assessment*; audit e ispezioni regolamentari; insediamento di organi di supervisione indipendenti/esterni; diritto di ascolto e ricorso a favore degli interessati; previsione di termini e condizioni di acquisto specifiche. Diversi di questi strumenti possono essere adottati in maniera sinergica.

Uno di tali strumenti sono le condizioni di contratto elaborate dalla Città di Amsterdam e messe a disposizione del pubblico²⁴ in licenza CC BY-SA 4.0²⁵.

Lo scopo di tali condizioni di contratto è innanzitutto di consentire alla PA di adottare soluzioni di IA che rispettino i principi di intelligenza artificiale antropocentrica, che siano affidabili allo stato dell'arte e che rispondano alle esigenze dell'amministrazione e dei destinatari dell'azione amministrativa.

Inoltre la loro adozione e pubblicazione offre ai potenziali fornitori una base esplicita di requisiti legali con la quale confrontarsi ed ai soggetti che hanno posizioni di responsabilità in organizzazioni più articolate e complesse di avere una linea guida di azione.

Dal punto di vista operativo tali condizioni di contratto pongono le amministrazioni in grado di soddisfare gli obblighi giuridici latenti nell'adozione di soluzioni di intelligenza artificiale, al fine ad esempio di poter soddisfare requisiti di trasparenza ed *accountability* in fase di erogazione. Sotto altro aspetto, l'impostazione sin d'ora di requisiti legali per l'acquisto indirizzati verso un impiego antropocentrico dell'intelligenza artificiale consentono di iniziare a ridurre il *gap* per il futuro adeguamento normativo ai requisiti dell'*AI Act* europeo.

Da un punto di vista di sistema, poi, l'adozione di tali condizioni di contratto, assieme ad altri strumenti in fase di programmazione progettazione della selezione e di verifica dell'esecuzione, è in grado di migliorare il livello di tutela dei cittadini e la fiducia nei sistemi di intelligenza artificiale.

²³ Ada Lovelace Institute, AI Now Institute and Open Government Partnership (2021), *Algorithmic Accountability for the Public Sector*, disponibile all'indirizzo <https://www.opengovpartnership.org/documents/algorithmic-accountability-public-sector/>.

²⁴ Standard Clauses for Procurement of Trustworthy Algorithmic Systems disponibili all'indirizzo <https://www.amsterdam.nl/innovation/digitalisation-technology/algorithms-ai/contractual-terms-for-algorithms/>.

²⁵ <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.en>.

Inoltre la predisposizione ed adozione di condizioni standard aiuta a fronteggiare il *gap* di competenze in una materia nuova e complessa.

Il potenziale dello strumento è stato riconosciuto dalla Commissione Europea che ne sta supportando l'evoluzione come standard a livello di Unione²⁶.

Va evidenziato, tuttavia, che le condizioni di contratto sono uno strumento in grado di indirizzare solo alcuni degli aspetti rilevanti e che andrebbero associate ad altri strumenti come le valutazioni preliminari di impatto, i test di prodotto e gli audit in fase di esecuzione. In particolare non esimono dalla necessità di valutare in relazione a ciascun impiego i rischi, l'adeguatezza degli strumenti rispetto all'uso, la liceità di tale uso e dei trattamenti di dati sottesi.

A tal fine sono disponibili in letteratura alcuni utili strumenti di valutazione *ex ante* per gli acquisti come le linee guida elaborate nell'ambito del World Economic Forum²⁷, quelle elaborate dal governo del Regno Unito²⁸ e le linee guida per l'*impact assessment* proposte dalla ECP - Platform for the Information Society Netherlands²⁹ e la lista per l'*assessment* per l'IA affidabile del gruppo di esperti di alto livello dell'Unione Europea³⁰.

Giunti a questo punto, è opportuno procedere a un breve commento delle citate clausole contrattuali, evidenziando per ciascuna – nella traduzione in lingua italiana – i punti più rilevanti³¹.

Parte seconda

1. Introduzione alle Clausole Standard.

Quando la PA utilizza un sistema algoritmico fornito da un appaltatore, è necessario porre taluni obblighi in capo all'appaltatore per consentire all'Amministrazione di prendere decisioni lecite, etiche e solide utilizzando un sistema algoritmico.

Nella preparazione delle clausole standard si è tenuto conto, per quanto possibile, della legislazione esistente e del quadro normativo sviluppato per l'uso di sistemi algoritmici, vi si farà riferimento ove possibile.

²⁶ <https://living-in.eu/groups/solutions/ai-procurement>.

²⁷ <https://www.weforum.org/reports/ai-procurement-in-a-box/ai-government-procurement-guidelines#report-nav>.

²⁸ <https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-for-ai-procurement>.

²⁹ <https://static1.squarespace.com/static/5b7877457c9327fa97fef427/t/5c368c611ae6cf01ea0fba53/1547078768062/Artificial+Intelligence+Impact+Assessment+-+English.pdf>.

³⁰ https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68342.

³¹ Per chi fosse interessato ad accedere alla versione integrale in lingua inglese, essa è reperibile all'indirizzo https://assets.amsterdam.nl/publish/pages/1017896/standard_clauses_for_procurement_of_trustworthy_algorithmic_systems_1.docx

Le presenti clausole standard e la relazione illustrativa sono state pubblicate per la prima volta nel 2020 dalla Città di Amsterdam. La città ha deciso di redigere le clausole standard perché al momento della preparazione non esistevano disposizioni contrattualmente applicabili come queste. Le clausole standard e la relazione illustrativa sono state modificate dalla città nel 2021 per includere i riferimenti alla proposta di regolamento della Commissione europea che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale. Una volta che il Regolamento UE sarà stato rivisto e adottato, potrebbero essere necessarie revisioni delle clausole standard, in particolare per quanto riguarda la definizione di Sistemi Algoritmici (come definiti di seguito) e le eventuali misure obbligatorie di gestione del rischio.

Le clausole standard sono destinate all'utilizzo nel caso in cui una amministrazione acquisti un sistema algoritmico da un fornitore esterno.

Le clausole standard sono destinate a un gruppo specifico di Sistemi Algoritmici, vale a dire quei Sistemi Algoritmici che, se utilizzati dalla PA, possono influenzare in modo significativo le persone fisiche e giuridiche destinatarie dell'azione materiale e giuridica dell'amministrazione in questione.

Ai fini dell'applicazione delle clausole standard, la forma in cui l'appaltatore fornisce il Sistema Algoritmico all'amministrazione è irrilevante. Le clausole standard sono formulate in modo tale da poter essere applicate indipendentemente dal fatto che il sistema algoritmico sia un prodotto esistente messo a disposizione della PA, che il prodotto sia costruito appositamente da un fornitore o che il prodotto sia fornito come parte di un servizio.

Le clausole standard sono formulate in modo da poter essere aggiunte ai termini e alle condizioni generali elaborate dall'amministrazione in relazione alle sue procedure di acquisto.

Le clausole standard possono essere applicabili sia a un accordo stipulato dopo una gara d'appalto europea sia a un contratto assegnato a un fornitore dopo una trattativa privata.

2. Commento alle Clausole Standard per l'acquisto di sistemi algoritmici affidabili³².

Definizioni

A. Sistema Algoritmico

Software che fa previsioni, prende Decisioni e/o dà consigli in modo automatico, utilizzando analisi dei dati, statistica e/o logiche di autoapprendimento.

Anche se nel linguaggio comune si usa spesso il termine “Algoritmi”, il software per il quale sono state preparate le Clausole Standard comprende, di norma, una combinazione di algoritmi. Pertanto si è scelto di utilizzare il termine “Sistema Algoritmico” piuttosto che il termine “Algoritmo”.

³² Il testo delle clausole standard è rappresentato in testo con un formato grafico differente.

La definizione individua il sistema algoritmico come un «software che fa previsioni, prende decisioni e/o dà consigli in modo automatico». Ciò significa, ad esempio, che se viene utilizzato solo un modello matematico non automatizzato, non si tratterà di un Sistema Algoritmico, perché non coinvolge un software. Se viene utilizzato un software, ma il processo decisionale non è automatizzato, ad esempio perché è il risultato diretto di azioni interamente umane, non si tratterà comunque di un Sistema Algoritmico.

Se, ad esempio, un dipendente dell'amministrazione prende una decisione dopo aver esaminato un registro digitale in cui alcuni dati sono strutturati in ordine alfabetico, sebbene sia coinvolto un software, non si tratta di un Sistema Algoritmico perché il software non viene utilizzato per fare automaticamente previsioni, prendere decisioni e/o dare consigli, così che siamo di fronte ad azioni interamente o prevalentemente umane.

Secondo questa definizione un Sistema Algoritmico non richiede necessariamente la presenza di una logica di autoapprendimento (come l'apprendimento automatico). Rientrano quindi nel campo di applicazione delle Clausole Standard anche le applicazioni che utilizzano l'analisi dei dati e/o la statistica e altri elementi del termine "Sistema Algoritmico". Tale scelta definitoria si basa sull'osservazione che, nella pratica, spesso vengono utilizzati anche software che non contengono alcuna logica di autoapprendimento, ma la cui applicazione può avere un impatto notevole e talvolta sconosciuto o indesiderato sui destinatari. È il caso di un sistema che prende decisioni sulla base di diverse regole di priorità programmate. Stabilendo che tutti i software che utilizzano l'analisi dei dati, la statistica e/o la logica di autoapprendimento possono qualificarsi come "Sistema Algoritmico", l'applicabilità delle Clausole Standard si basa sull'impatto che il Sistema Algoritmico ha sui destinatari piuttosto che sulla base della tecnologia utilizzata.

Tale scelta definitoria risulta coerente con gli Orientamenti etici per un'IA affidabile e la Proposta di regolamento che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale della Commissione europea, che non limitano la definizione dei sistemi di intelligenza artificiale a quelli caratterizzati da una logica di autoapprendimento.

Secondo i redattori, infine, il termine "analisi dei dati" deve essere interpretato in senso lato. L'analisi dei dati può includere la combinazione, la pulizia, l'ordinamento, la classificazione e la derivazione dei dati.

B. Uso Previsto

Risolvere il problema o i problemi definiti dall'Amministrazione Contraente prima di utilizzare il Sistema Algoritmico.

Il Sistema Algoritmico verrà utilizzato per raggiungere determinati obiettivi. Tuttavia è prevedibile che, in molti casi, il Sistema Algoritmico possa contribuire al raggiungimento

dell'obiettivo, ma non sia in grado, di per sé, di raggiungerlo. Ad esempio, un sistema algoritmico in grado di riconoscere i sacchi dell'immondizia contribuirà a una raccolta efficiente dei rifiuti, ma una raccolta efficiente dei rifiuti richiede più di un semplice sistema algoritmico.

Per questo motivo, le Clausole Standard all'art. 4 richiedono che il Sistema Algoritmico sia adatto per l'Uso Previsto, come qui definito, e non invece a realizzare l'obiettivo in senso ampio.

L'uso previsto si riferisce al problema o ai problemi specifici che il sistema algoritmico deve risolvere. Il termine "problema" deve essere interpretato in senso lato. Lo sviluppatore del Sistema Algoritmico assegna a ciascun Sistema Algoritmico un compito che deve essere svolto. Il termine "risolvere problemi", utilizzato nella definizione di "Uso Previsto", si riferisce all'esecuzione di tale compito.

Nell'esempio precedente, il problema che il Sistema Algoritmico deve risolvere è il riconoscimento dei sacchi della spazzatura nelle immagini.

Affinché un sistema algoritmico possa essere utilizzato correttamente, è fondamentale definire in anticipo il problema o i problemi che il sistema algoritmico deve risolvere. Il termine "Uso Previsto" si basa quindi sul principio che il problema o i problemi saranno definiti.

Ai fini di una corretta definizione dell'Uso Previsto dovranno essere poste in essere adeguate pratiche di *assessment*, a cui sono finalizzate le linee guida citate in precedenza, e dovrà essere adeguatamente definito anche il contesto di uso previsto.

Va segnalato che in fase di redazione contrattuale occorrerà predisporre la clausola in modo tale che espliciti il riferimento al documento, presumibilmente un capitolato tecnico, ove l'uso previsto è definito in maniera puntuale ed esaustiva.

C. Decisioni

Le decisioni dell'Amministrazione Contraente che sono di natura amministrativa, di diritto privato e/o di fatto e che riguardano direttamente o indirettamente uno o più cittadini dell'Amministrazione Contraente, visitatori dell'Amministrazione Contraente o aziende o altre istituzioni stabilite nel territorio dell'Amministrazione Contraente in misura significativa.

La definizione di "decisioni" ha una portata ampia. La definizione non richiede un decreto specifico o una decisione nel senso giuridico del termine. Il termine "decisioni" può comprendere anche le decisioni dell'Amministrazione Contraente che sono di diritto privato o di natura fattuale, come ad esempio la definizione della sequenza di aree per la raccolta dei rifiuti.

Una decisione ai sensi delle Clausole Standard significa che la decisione dell'Amministrazione Contraente influisce direttamente o indirettamente su uno o più destinatari dell'azione dell'Amministrazione Contraente. Le Clausole Standard offrono protezione non solo ai cittadini in senso stretto ma anche ad altre persone eventualmente

coinvolte. L'espressione "uno o più" intende evitare il requisito che una decisione debba avere un impatto significativo su una persona identificata o identificabile. Una decisione ai sensi di queste Clausole Standard include anche una decisione che ha un impatto significativo su un gruppo di persone fisiche o giuridiche.

Se una decisione dell'Amministrazione Contraente abbia un impatto significativo su un destinatario dovrà essere determinato per ogni singolo caso, come nel caso di una decisione che viola i diritti fondamentali o ha un impatto finanziario su una persona determinata. Ma, ad esempio, anche una decisione sulla riduzione della raccolta di rifiuti in un determinato quartiere, con conseguente degrado del paesaggio urbano avrà un impatto significativo, questa volta su un gruppo di persone. Al contrario i sistemi algoritmici che hanno il solo scopo di ottimizzare il software spesso non hanno un impatto significativo sulle persone.

Una decisione dell'Amministrazione Contraente che abbia un impatto significativo non significa necessariamente che la decisione abbia conseguenze negative per la persona in questione. Una decisione con un esito positivo può comunque avere un impatto significativo su una persona e, quindi, costituire una decisione ai sensi delle Clausole Standard. La logica alla base di ciò è che, se un gruppo di persone subisce un impatto positivo in misura significativa da una decisione, un altro gruppo di persone può subire un impatto negativo in misura significativa.

Le Clausole Standard sono destinate alle decisioni prese dall'Amministrazione Contraente. Le decisioni prese da terzi, compreso l'Appaltatore, non rientrano nell'ambito di applicazione delle Clausole Standard.

La definizione di Decisioni interagisce anche con l'articolo 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR). Tale articolo prevede, tra l'altro, che l'interessato abbia il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato di dati personali, che produca effetti giuridici nei suoi confronti o che lo riguardi in modo analogo e significativo. La differenza tra l'articolo 22 del GDPR e le Clausole standard è che l'articolo 22 del GDPR stabilisce solo restrizioni per il processo decisionale automatizzato basato sul trattamento dei dati personali. Le Clausole Standard possono estendersi oltre: se viene presa una decisione che ha un impatto su un gruppo di persone, senza trattare dati personali, le Clausole Standard possono ancora essere applicate.

La domanda se una decisione avrà un impatto significativo su un *cittadino* può essere risolta in linea con l'interpretazione data all'articolo 22 del GDPR, ad esempio dal Comitato per la protezione dei dati.

In termini di redazione, va segnalato che nel nostro contesto giuridico all'espressione prevista dai redattori «*Cittadini* dell'Amministrazione Contraente, visitatori dell'Amministrazione Contraente o aziende o altre istituzioni stabilite nel territorio

dell'Amministrazione Contraente in misura significativa» sembra più corretto sostituire l'espressione «persone fisiche o giuridiche destinatarie dell'azione amministrativa, dei servizi o dell'attività materiale dell'Amministrazione Contraente».

D. Accordo

Il presente accordo di cui i presenti termini e condizioni costituiscono parte integrante.

E. Trasparenza Procedurale

La fornitura di informazioni sullo scopo del Sistema Algoritmico e sul processo seguito nello sviluppo e nell'applicazione del Sistema Algoritmico e sui dati utilizzati in tale contesto, che dovrebbero in ogni caso essere tali da includere la comprensione delle scelte e delle assunzioni fatte, delle categorie di dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico, del modo in cui l'intervento umano è previsto nel Sistema Algoritmico, del metodo utilizzato per identificare i rischi, i rischi identificati e le misure adottate per mitigarli, nonché i soggetti coinvolti nello sviluppo del Sistema Algoritmico e i loro ruoli.

Le tre definizioni di Trasparenza Procedurale, Trasparenza Tecnica e Spiegabile/Spiegabilità rivestono particolare importanza nell'economia delle Clausole Standard e riflettono una delle aree di maggiore discussione circa l'uso dell'IA, non solo nell'amministrazione, affrontata al successivo articolo 5.

Le tre definizioni e la loro funzione nel contesto delle Clausole Standard presenta delle sovrapposizioni evidenti, gestite tramite la previsione all'art. 5.6 della facoltà per l'Amministrazione di avvalersi del regime di trasparenza ad essa più favorevole.

La Trasparenza Procedurale è lo strumento mediante il quale l'Amministrazione Contraente cerca di comprendere in particolare (i) il processo seguito dall'Appaltatore nello sviluppo e nell'applicazione del Sistema Algoritmico, (ii) le scelte e le assunzioni logiche fatte dall'Appaltatore durante tale processo, (iii) i rischi identificati, il relativo metodo impiegato e le misure adottate per fronteggiarli, (iv) le categorie di dati impiegati, (v) il ruolo dell'intervento umano.

Sulla base di queste informazioni, l'Amministrazione Contraente vuole formarsi un'opinione sulla qualità di un Sistema Algoritmico senza aver bisogno delle informazioni richieste per la Trasparenza Tecnica (vedi definizione successiva).

Sulla base delle informazioni che l'Amministrazione Contraente ottiene se viene fornita la Trasparenza Procedurale, l'Amministrazione Contraente pone le premesse per essere in grado di rendere conto ai cittadini dell'uso di un Sistema Algoritmico e di spiegarne il funzionamento.

Inoltre, la Trasparenza Procedurale non mira a comprendere tutti i dati utilizzati nello sviluppo e nell'applicazione del Sistema Algoritmico (che è lo scopo della Trasparenza Tecnica), ma riguarda il metodo utilizzato per ottenere, selezionare e/o modificare i dati utilizzati nello

sviluppo del Sistema Algoritmico. La Trasparenza Procedurale riguarda invece le categorie di dati utilizzati nello sviluppo e nell'applicazione del Sistema Algoritmico.

F. Trasparenza Tecnica

La fornitura di informazioni che consentano all'Amministrazione Contraente di comprendere il funzionamento tecnico del Sistema Algoritmico, che può in ogni caso essere considerato tale da includere la divulgazione del codice sorgente del Sistema Algoritmico, le specifiche tecniche utilizzate nello sviluppo del Sistema Algoritmico, i dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico, le informazioni tecniche sul modo in cui i dati utilizzati per lo sviluppo del Sistema Algoritmico sono stati ottenuti e modificati, informazioni sul metodo di sviluppo del Sistema Algoritmico utilizzato e sul processo di sviluppo intrapreso, la giustificazione della scelta di un particolare modello e dei suoi parametri, e informazioni sulle prestazioni del Sistema Algoritmico.

Mediante la Trasparenza Tecnica, l'Amministrazione cerca di comprendere tutte le informazioni necessarie per valutare la qualità tecnica e il funzionamento tecnico del Sistema Algoritmico. L'articolo 5 descrive quando e a quali condizioni l'Appaltatore deve fornire la Trasparenza Tecnica.

Il tema della divulgazione del codice sorgente costituisce certamente uno dei punti di maggiore criticità della previsione, temperata da un regime di confidenzialità descritto all'articolo 5.2³³.

La bozza di nuovo codice dei contratti pubblici italiano prevede, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, che le stazioni appaltanti «assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento».

G. Spiegabile/Spiegabilità

Essere in grado di spiegare a livello individuale perché un Sistema Algoritmico porta a una particolare Decisione o risultato. A meno che le Parti non convengano espressamente altrimenti, ciò comprenderà in ogni caso una chiara indicazione dei fattori chiave che hanno portato un Sistema Algoritmico a un determinato risultato e delle modifiche da apportare all'input per giungere a un risultato diverso. Rendere spiegabile un Sistema Algoritmico include la fornitura di tutte le informazioni tecniche e di altro tipo necessarie per spiegare, in procedimenti di ricorso, di appello o in altri procedimenti legali, come si è giunti a una Decisione e per offrire alla controparte e a qualsiasi altra parte interessata l'opportunità di valutare il modo in cui si è giunti a una Decisione, in modo da offrire alla controparte una realistica tutela legale.

La Trasparenza Procedurale e la Trasparenza Tecnica si concentrano principalmente sull'ottenimento delle informazioni di cui l'Amministrazione Contraente avrà ragionevolmente

³³ Sul punto in ambito italiano si veda la giurisprudenza citata in nota 3.

bisogno per valutare il Sistema Algoritmico. Inoltre, la Trasparenza Procedurale è anche funzionale a mettere a disposizione dei cittadini informazioni generali sull'uso di un Sistema Algoritmico.

Lo scopo della Spiegabilità è diverso ed è quello di essere in grado, a livello individuale, di spiegare perché un Sistema Algoritmico arriva a una particolare decisione o risultato, e di offrire a chi subisca un impatto rilevante da tale Decisione l'opportunità di mettere in discussione tale decisione o risultato, se necessario in sede legale³⁴. Di conseguenza, le informazioni oggetto della Trasparenza Procedurale o della Trasparenza Tecnica possono sovrapporsi alle informazioni richieste per rendere un Sistema Algoritmico Spiegabile.

A meno che le Parti non convengano espressamente altrimenti, la spiegazione del Sistema Algoritmico comprenderà in ogni caso una chiara indicazione dei fattori chiave che hanno portato un Sistema Algoritmico a un determinato risultato e delle modifiche che devono essere apportate per giungere a un risultato diverso. Nella preparazione delle Clausole Standard, si è scelto di non richiedere all'Appaltatore di spiegare perché un Sistema Algoritmico arriva a un determinato risultato, ma quali sono i fattori chiave che hanno portato un Sistema Algoritmico a un determinato risultato. Soprattutto nel caso di Sistemi Algoritmici che utilizzano un modello stratificato (come "deep learning" o "reti neurali profonde"), spesso non è possibile risalire esattamente al motivo per cui un Sistema Algoritmico è arrivato a un determinato risultato, ma sarà possibile vedere quali sono i fattori chiave che hanno portato a un determinato risultato.

Un altro principio fondamentale è che, ai fini della Spiegabilità, deve essere possibile spiegare quali modifiche devono essere apportate all'input per ottenere un risultato diverso.

La definizione lascia espressamente alle Parti la possibilità di derogare al suddetto principio. È possibile infatti che, in una situazione specifica, non sia tecnicamente possibile, o addirittura necessario, fornire una chiara indicazione dei fattori chiave che hanno portato un Sistema Algoritmico a un determinato risultato o delle modifiche all'input che devono essere apportate per arrivare a un risultato diverso.

Le previsioni sulla Spiegabilità potrebbero assumere particolare rilevanza nel contesto dell'adozione dei Sistemi Algoritmici per gli acquisti pubblici in Italia, dove la bozza del nuovo codice dei contratti pubblici richiede al comma 3 che «Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non

³⁴ Per una illustrazione del concetto e delle problematiche connesse si veda F. CABITZA, A. CAMPAGNER, G. MALGIERI, C. NATALI, D. SCHNEEBERGER, K. STOEGER, A. HOLZINGER, *Quod erat demonstrandum? - Towards a typology of the concept of explanation for the design of explainable AI*, Expert Systems With Applications, Elsevier <https://doi.org/10.1016/j.eswa.2022.118888>.

esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata [...]».

Articolo 1 Applicabilità

- 1.1 I presenti termini e condizioni si applicano se l'Appaltatore fornisce all'Amministrazione Contraente un Sistema Algoritmico da utilizzare dall'Amministrazione Contraente per prendere o preparare Decisioni o nell'ambito di indagini di polizia o finalizzate all'applicazione della legge o anti-frode.*
- 1.2 I presenti termini e condizioni si applicano anche nel caso in cui l'Appaltatore fornisca all'Amministrazione Contraente un Sistema Algoritmico da utilizzare per prendere o preparare Decisioni sul personale dell'Amministrazione Contraente.*
- 1.3 I presenti termini e condizioni si applicano indipendentemente dal fatto che l'Appaltatore fornisca il Sistema Algoritmico all'Amministrazione Contraente come prodotto, come parte di un servizio o come parte di un accordo di sviluppo di un software.*
- 1.4 Se il Sistema Algoritmico fa parte di uno o più prodotti software forniti congiuntamente all'Amministrazione Contraente dall'Appaltatore, tali prodotti software costituiranno congiuntamente il Sistema Algoritmico a cui si applicano i presenti termini e condizioni, salvo diverso accordo tra le Parti.*

La clausola è in gran parte auto-esplicativa.

Il Sistema Algoritmico potrebbe essere fornito all'Amministrazione come prodotto, come parte di un servizio o come parte di un accordo di sviluppo. Le Clausole Standard non si applicano invece se l'Amministrazione sviluppa autonomamente un Sistema Algoritmico avvalendosi di personale esterno.

Le Clausole Standard si applicano se il Sistema Algoritmico deve essere utilizzato per prendere o preparare Decisioni o nel contesto di indagini di applicazione o di frode. Sebbene anche le indagini di polizia o di frode possano essere considerate come preparazione di Decisioni, l'elevato rischio di violazione dei diritti umani suggerisce che i sistemi algoritmici utilizzati in questo ambito rientrino nell'ambito di applicazione delle Clausole Standard.

Va segnalato che anche in questo caso poiché l'applicabilità delle Clausole Standard è definita dall'insieme di un elemento oggettivo, il Sistema Algoritmico, ed uno teleologico, la finalità di impiego nel prendere o preparare Decisioni, è necessario che in concreto la documentazione contrattuale e di gara individui tale nesso ed espliciti assieme all'Uso Previsto anche il più ampio ambito di Decisioni in cui si prevede l'impiego dell'IA in questione.

Articolo 2 Qualità dei dati

- 2.1 Se e nella misura in cui il Sistema Algoritmico è sviluppato sulla base di dati forniti dall'Amministrazione Contraente all'Appaltatore, l'Appaltatore adotterà le misure che ci si può ragionevolmente aspettare da lui per garantire che i dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico siano analizzati, strutturati e/o modificati*

a. secondo un approccio motivato, il cui scopo include, senza limitazioni, la prevenzione, per quanto possibile, della presenza in tali dati di distorsioni, imprecisioni, errori e pregiudizi indesiderati (“bias”) socialmente costruiti;

b. in modo conforme alle leggi e ai regolamenti applicabili.

2.2 Se e nella misura in cui il Sistema Algoritmico è sviluppato sulla base di dati non forniti dall’Amministrazione Contraente all’Appaltatore, l’Appaltatore garantirà che i dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico siano raccolti, analizzati, strutturati e/o modificati:

a. secondo un approccio motivato, il cui scopo include, senza limitazioni, la prevenzione di distorsioni, imprecisioni, errori, sbagli e pregiudizi indesiderati (“bias”) socialmente costruiti in tali dati, per quanto possibile;

b. in modo conforme alle leggi e ai regolamenti applicabili.

2.3 Se e nella misura in cui l’Appaltatore ha sviluppato il Sistema Algoritmico prima della conclusione del Contratto, l’Appaltatore garantisce che le misure descritte all’articolo 2.2 sono già state adottate.

Nell’ambito dell’intelligenza artificiale, soprattutto se ci si riferisce all’apprendimento automatizzato, la qualità dei dati riveste un ruolo cruciale sulla qualità dei risultati e sulla affidabilità del Sistema Algoritmico. Per questo motivo, l’articolo 2 stabilisce i requisiti per la qualità dei dati.

L’articolo 2 distingue tra la situazione in cui l’Appaltatore sviluppa un Sistema Algoritmico sulla base dei dati forniti dall’Amministrazione (articolo 2.1) e la situazione in cui l’Appaltatore sviluppa il Sistema Algoritmico sulla base di dati ottenuti in altro modo (articolo 2.2).

Se l’Appaltatore riceve i dati dall’Amministrazione non è responsabile della raccolta dei dati ma è responsabile dell’analisi, della strutturazione e della modifica dei dati stessi. Nel secondo caso è responsabile anche della raccolta.

Va evidenziata anche una differenza redazionale fra le due previsioni ove all’art. 2.1 l’Appaltatore è impegnato ad adottare «le misure che ci si può ragionevolmente aspettare da lui per garantire» mentre all’art. 2.2 garantisce *tour court*. La stessa sfumatura si avverte fra la clausola 2.1.a e la clausola 2.2.a, dove nella prima vi è un impegno per «la prevenzione, per quanto possibile, della presenza in tali dati di distorsioni...» mentre nella seconda l’impegno riguarda «la prevenzione di distorsioni» *tout court*. La differenza non sembra trascurabile per almeno due ragioni: (i) i sistemi algoritmici costituiscono un ambito di costante evoluzione metodologica ed il parametro di valutazione si evolve nel tempo e (ii) la richiesta di garantire in modo assoluto i livelli qualitativi e prestazionali indicati dall’articolo potrebbero implicare la non adozione del Sistema Algoritmico. La risposta al tale dubbio dovrebbe tuttavia essere data in fase di analisi preliminare rispetto alla decisione di procedere all’adozione del Sistema Algoritmico e le clausole dell’articolo 2 (come anche quelle del successivo articolo 4) dovrebbero

essere tarate in accordo con le valutazioni effettuate, con particolare riferimento ai risultati del *risk assessment*.

L'articolo 2 richiede innanzitutto che l'Appaltatore abbia (raccolto), analizzato, strutturato e/o modificato i dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico secondo un approccio motivato, con l'obiettivo di garantire dati di alta qualità e di prevenire, per quanto possibile, la presenza in tali dati di distorsioni, imprecisioni, errori. Si richiede in altre parole che, nella (raccolta), nell'analisi, nella strutturazione e nella modifica dei dati, venga utilizzato un approccio basato su standard scientifici e su altri standard qualitativi consolidati.

Un altro scopo del requisito secondo cui la (raccolta), l'analisi, la strutturazione e la modifica dei dati devono avvenire secondo un approccio motivato è quello di evitare per quanto possibile i pregiudizi nei dati. Ciò che costituisce un pregiudizio dovrà essere valutato per ogni singolo caso. In ogni caso, si riterrà che esistano pregiudizi se l'utilizzo dei dati porta o può portare a una forma di discriminazione vietata ai sensi delle leggi e dei regolamenti applicabili, compreso l'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui riferimento meriterebbe di essere inserito nella clausola.

Sarebbe opportuno inserire una definizione di "approccio motivato", che semplifichi la struttura della clausola e dia coerenza al testo, anche negli articoli successivi dove il concetto è ripreso.

L'Articolo 2 richiede inoltre che l'Appaltatore abbia (raccolto), analizzato, strutturato e/o modificato i dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico in modo conforme alle leggi e ai regolamenti applicabili, incluso il Regolamento generale sulla protezione dei dati.

Gli articoli 2.1 e 2.2 si basano sulla situazione in cui un Sistema Algoritmico viene sviluppato per l'Amministrazione Contraente. Le Clausole Standard possono, tuttavia, essere applicate anche nel caso in cui all'Amministrazione venga fornito un Sistema Algoritmico già esistente. In tal caso, l'Appaltatore garantisce all'articolo 2.3 che le misure descritte all'articolo 2.2 sono già state adottate.

Articolo 3 Diritti sui dati

3.1 Tutti i diritti relativi ai dati che l'Amministrazione Contraente fornirà all'Appaltatore ai sensi dell'Accordo spetteranno all'Amministrazione Contraente. L'Appaltatore non avrà il diritto di utilizzare tali dati per scopi diversi dall'esecuzione dell'Accordo. Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore distruggerà tali dati e/o li consegnerà all'Amministrazione Contraente.

3.2 Tutti i diritti relativi ai dati che saranno creati o raccolti nel corso dell'esecuzione dell'Accordo spetteranno all'Amministrazione Contraente. Salvo diverso accordo tra le Parti, l'Appaltatore non avrà il diritto di utilizzare tali dati per scopi diversi dall'esecuzione dell'Accordo. Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore distruggerà tali dati e/o li consegnerà all'Amministrazione Contraente.

- 3.3 *I dati di cui agli articoli 3.1 e 3.2 saranno consegnati in un formato di file convenzionale che sarà designato dall'Amministrazione Contraente. Se, per convertire i dati nel formato di file desiderato dall'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore deve eseguire un lavoro supplementare, l'Amministrazione Contraente pagherà all'Appaltatore un compenso ragionevole per tale prestazione. In nessun caso una controversia sull'importo del compenso che l'Amministrazione Contraente deve pagare all'Appaltatore può dare luogo alla sospensione da parte dell'Appaltatore dei suoi obblighi ai sensi dei presenti termini e condizioni.*
- 3.4 *Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore fornirà la prova della distruzione dei dati.*

L'articolo 3 riguarda i diritti sui dati. È importante che le Parti prendano accordi chiari al riguardo, definendo contrattualmente i diritti e gli obblighi relativi ai dati scambiati.

Non è possibile possedere i dati nel senso del diritto di proprietà. Spesso i dati non sono nemmeno soggetti a diritti di proprietà intellettuale, poiché lo sviluppo dei dati non ha spesso comportato scelte creative, per cui i dati non sono spesso soggetti a copyright. In determinate circostanze, una banca dati contenente dati può essere soggetta a un diritto di banca dati. Il diritto sulle banche dati, tuttavia, offre protezione solo contro il riutilizzo dell'intera banca dati o di una sua parte sostanziale, non contro il riutilizzo dei singoli dati.

L'articolo 3 stabilisce accordi sull'uso dei dati, sulla consegna dei dati e sulla distruzione dei dati. Non prevede disposizioni diverse in materia di riservatezza, in quanto si presume che le condizioni generiche di riservatezza siano state incluse in altre parti dell'accordo o nei termini e condizioni generali di cui le clausole standard fanno parte. In caso contrario, sarebbe comunque consigliabile farlo.

L'articolo 3 distingue tra la situazione in cui l'Amministrazione fornisce i dati all'Appaltatore (articolo 3.1) e la situazione in cui i dati sono raccolti o creati nel contesto dell'Accordo (articolo 3.2). In entrambe le situazioni, il principio di base è che i diritti sui dati spettano esclusivamente all'Amministrazione Contraente. A differenza dell'articolo 3.1, l'articolo 3.2 prevede espressamente la possibilità di deroga. Pare ipotizzabile che si verifichino situazioni in cui, data la natura degli accordi presi, i dati raccolti e le relative modalità, è ragionevole e lecito che il Contraente utilizzi i dati raccolti anche per i propri scopi.

Articolo 4 Qualità del Sistema Algoritmico

- 4.1 *L'Appaltatore dichiara che il Sistema Algoritmico è stato sviluppato e funzionerà in modo conforme alle leggi e ai regolamenti.*
- 4.2 *L'Appaltatore dichiara che il Sistema Algoritmico è stato sviluppato secondo un approccio motivato.*
- 4.3 *L'Appaltatore dichiara che il Sistema Algoritmico funzionerà in modo accurato e corretto.*
- 4.4 *L'Appaltatore dichiara che il Sistema Algoritmico è adatto all'Uso Previsto.*

Mentre l'articolo 2 riguarda la qualità dei dati utilizzati nello sviluppo del Sistema Algoritmico, l'articolo 4 riguarda la qualità del Sistema Algoritmico stesso. In alcune situazioni, in cui viene utilizzato un Sistema Algoritmico, la qualità del Sistema Algoritmico sarà strettamente legata alla qualità dei dati utilizzati per il suo sviluppo. In tali situazioni, l'articolo 2 e l'articolo 4 dovranno essere applicati nella loro reciproca coerenza e potranno sovrapporsi ed interagire. L'articolo 4 impiega la tecnica delle dichiarazioni e garanzie e nel contesto italiano sarebbe meglio impiegare la formula “dichiara e garantisce”, che abitualmente esplicita l'assunzione di responsabilità connessa alla dichiarazione. Inoltre normalmente le dichiarazioni e garanzie sono collegate a specifiche dinamiche di indennizzo o penale, connesse al corrispettivo.

L'articolo 4.1 impegna il fornitore a garantire che il Sistema Algoritmico (i) è stato sviluppato e (ii) funzionerà in modo conforme alle leggi e ai regolamenti. Le leggi e i regolamenti applicabili dovranno essere valutati per ogni singolo caso. Il trattamento dei dati personali sarà in ogni caso soggetto al GDPR.

L'articolo 4.2 impone che il Sistema Algoritmico sia stato sviluppato secondo un approccio motivato. Si tratta di un concetto già visto all'articolo 2 e che, come detto, meriterebbe di essere definito. Si prevede che, così come per l'utilizzo dei dati, anche per gli altri aspetti dello sviluppo e dell'applicazione del Sistema Algoritmico venga utilizzato un approccio motivato, che si basa, per quanto possibile, su standard scientifici e altri standard esistenti nella pratica tecnica condivisa.

Con l'articolo 4.3, si impone uno specifico requisito di qualità per il Sistema Algoritmico: il Sistema Algoritmico non deve presentare alcun difetto e deve fornire l'*output* atteso. Ciò significa, tra l'altro, che il Sistema Algoritmico deve avere la capacità di adottare soluzioni corrette, ad esempio classificando correttamente le informazioni, o per quanto riguarda la sua capacità di fare previsioni, raccomandazioni o decisioni corrette sulla base di dati o modelli. Ciò significa anche che il Sistema Algoritmico deve essere sicuro e affidabile. L'applicazione deve essere tecnicamente robusta e l'Appaltatore deve garantire che il Sistema Algoritmico non lasci spazio a un uso malevolo. Occorre segnalare che la clausola 4.3 non sembra indirizzare espressamente tutte le caratteristiche necessarie ed in particolare quelle di robustezza, affidabilità, sicurezza e cybersicurezza, che possono oggi enuclearsi dalla proposta di regolamento della Commissione.

L'articolo 4.4 prevede che il Sistema Algoritmico sia adatto all'Uso Previsto. Come spiegato in merito alla definizione del termine “Uso Previsto”, questo si riferisce all'idoneità a risolvere uno o più problemi definiti e documentati prima dell'uso del Sistema Algoritmico.

Articolo 5 Trasparenza del Sistema Algoritmico

5.1 Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore fornirà all'Amministrazione Contraente ogni necessaria informazione e documentazione per la Trasparenza

Procedurale. L'Amministrazione Contraente avrà il diritto di condividere con terzi e divulgare le informazioni fornite dall'Appaltatore in tale contesto. Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore compilerà un registro per i Sistemi Algoritmici che saranno designati dall'Amministrazione Contraente.

- 5.2 Su richiesta dell'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore fornirà all'Amministrazione Contraente ogni necessaria informazione e documentazione per la Trasparenza Tecnica per consentire all'Amministrazione Contraente di effettuare un audit come indicato all'articolo 8. L'Amministrazione Contraente richiederà e utilizzerà tali informazioni solo se e nella misura necessaria ai fini dell'articolo 8. L'Amministrazione Contraente, ai sensi dell'articolo 5.2, manterrà riservate le informazioni commerciali confidenziali fornitegli e le distruggerà dopo un audit di cui all'articolo 8, a meno che un obbligo legale da parte dell'Amministrazione Contraente non si opponga alla riservatezza o alla distruzione o l'Amministrazione Contraente abbia bisogno delle informazioni nel contesto di una controversia con l'Appaltatore o con una terza parte.*
- 5.3 Ai fini dell'articolo 5.2, l'Appaltatore può scegliere di non rilasciare il codice sorgente del Sistema Algoritmico all'Amministrazione Contraente, ma a una terza parte indipendente, designata e incaricata dall'Amministrazione Contraente, che eseguirà la verifica di cui all'articolo 8 per conto dell'Amministrazione Contraente. Eventuali costi aggiuntivi sostenuti di conseguenza saranno a carico del Contraente. L'Amministrazione Contraente può richiedere al Contraente il pagamento di un anticipo in relazione ai costi del terzo indipendente.*
- 5.4 L'Amministrazione Contraente deve essere sempre in grado di spiegare il funzionamento del Sistema Algoritmico (Spiegabilità). L'Appaltatore avrà l'obbligo di prestare la sua piena collaborazione per rendere il Sistema Algoritmico Spiegabile e di fornire all'Amministrazione Contraente tutte le informazioni necessarie a tal fine. L'Amministrazione Contraente potrà condividere con terzi e divulgare le informazioni fornite dall'Appaltatore in tale contesto.*
- 5.5 Per tutta la durata dell'Accordo, le risposte alle richieste descritte in questo articolo costituiranno obblighi di risultato inclusi nell'accordo, a meno che le Parti non concordino diversamente, nessun compenso aggiuntivo sarà dovuto dall'Amministrazione Contraente al Contraente in considerazione dell'esecuzione di tali obblighi. Dopo la scadenza del termine dell'Accordo, le richieste descritte in questo articolo costituiranno un obbligo di esecuzione al meglio delle capacità delle Parti e un compenso aggiuntivo sarà dovuto dall'Amministrazione Contraente al Contraente in considerazione dei servizi che il Contraente dovrà fornire a tale riguardo.*
- 5.6 In tutte le situazioni in cui le informazioni ed i documenti forniti sulla base dei vari paragrafi del presente articolo si sovrappongono, l'Amministrazione Contraente sarà libera di scegliere di applicare a tali informazioni e documenti il regime a lei più favorevole.*

L'articolo 5 è la più complessa delle previsioni delle Clausole Standard.

Vi si distingue fra Trasparenza Procedurale, Trasparenza Tecnica e Spiegabilità, termini oggetto di definizione ed al cui commento si rinvia per i relativi concetti.

Con l'introduzione della Trasparenza Procedurale, è stata istituita una categoria di trasparenza che consente di divulgare informazioni rilevanti sul Sistema algoritmico senza

pregiudicare in modo sproporzionato gli interessi dell'Appaltatore ma soddisfacendo gli obblighi primari di *accountability*.

L'articolo 5.1 prevede che l'Appaltatore fornisca la Trasparenza Procedurale su richiesta dell'Amministrazione Contraente. Ciò significa che l'Appaltatore deve garantire in ogni momento che le informazioni che rientrano nell'ambito della definizione di Trasparenza Procedurale e che le stesse siano documentate dall'Appaltatore, in modo che quest'ultimo possa condividerle con l'Amministrazione Contraente a semplice richiesta.

A differenza delle informazioni condivise nell'ambito della Trasparenza Tecnica, l'Amministrazione Contraente è libera di divulgare le informazioni fornite nell'ambito della Trasparenza Procedurale e di condividerle con terzi. La logica alla base di ciò è che le informazioni fornite nel contesto della Trasparenza Procedurale spesso contengono solo una quantità limitata di informazioni aziendali proprietarie e tali informazioni sono essenziali per l'Amministrazione Contraente al fine di essere in grado di fornire responsabilità e informazioni generali alla cittadinanza in relazione all'uso di un Sistema Algoritmico.

L'Amministrazione Contraente è libera di decidere come divulgare le informazioni fornite nell'ambito della Trasparenza Procedurale. Una prassi in uso è quella che l'Amministrazione Contraente sviluppi un registro reso disponibile online sui Sistemi Algoritmici impiegati e sulle loro caratteristiche di base³⁵. In tal caso l'articolo 5.1 prevede che l'Amministrazione possa chiedere all'Appaltatore di compilare tale registro.

L'Articolo 5.2 prevede che l'Appaltatore fornisca la Trasparenza Tecnica su richiesta dell'Amministrazione Contraente. Anche in questo caso è utile per il lettore recuperare la definizione data in apertura. Mentre la Trasparenza Procedurale ha lo scopo di consentire all'Amministrazione Contraente di fornire informazioni e, quindi, di rendere conto dell'uso di un Sistema Algoritmico, l'articolo 5.2 intende consentire all'Amministrazione Contraente, in un audit, di verificare se l'Appaltatore ha rispettato gli obblighi previsti dalle Clausole Standard. Per questo motivo, l'articolo 5.2 è collegato all'articolo 8.

Come in molte altre situazioni, le informazioni fornite nel contesto della Trasparenza Tecnica saranno informazioni industriali proprietarie. L'articolo 5.2 impone all'Amministrazione Contraente un obbligo relativo di mantenere segrete tali informazioni e di distruggerle al termine dell'audit. Tale obbligo è applicabile nella misura in cui non vi sia alcun obbligo di legge imposto all'Amministrazione Contraente che si opponga alla riservatezza o alla distruzione o ancora se l'Amministrazione Contraente richieda le informazioni nel contesto di una controversia con l'Appaltatore stesso o una terza parte.

³⁵ Soluzione adottata dall'Ontario, dalla Città di Helsinki, dalla Città di Amsterdam e da alcune città francesi. Vedi *Algorithmic accountability for the public sector*, cit., in part. pp. 19-20. La previsione del registro è contenuta anche all'art. 30, co. 5, della bozza del nuovo codice dei contratti pubblici per i sistemi algoritmici usati nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

Al fine di tutelare ulteriormente gli interessi dell'Appaltatore, l'articolo 5.3 prevede che l'Appaltatore possa scegliere di non fornire il codice sorgente del Sistema Algoritmico all'Amministrazione Contraente, ma di rilasciarlo a un terzo indipendente che effettuerà l'audit per conto dell'Amministrazione Contraente e, in tale contesto, analizzerà il codice sorgente del Sistema Algoritmico. Se l'Appaltatore desidera esercitare questo diritto, i costi aggiuntivi che ne derivano saranno a carico dell'Appaltatore.

Si tratta di una soluzione interessante che cerca di introdurre nell'ambito della PA un meccanismo in uso nella contrattualistica privata. Tale soluzione è in grado di garantire un certo livello di tutela a favore del soggetto che detiene la proprietà intellettuale del Sistema Algoritmico in relazione alle operazioni di audit di cui all'articolo 8. Tuttavia tale clausola, almeno nel contesto giuridico italiano, è da considerarsi recessiva rispetto al caso in cui un giudice e tipicamente un giudice amministrativo disponga l'accesso al codice su domanda di una terza parte dotata di legittimazione ed interesse qualificato.

L'articolo 5.4 riguarda la possibilità di rendere spiegabile il Sistema Algoritmico. L'articolo 5.4 si concentra sul porre l'Amministrazione Contraente in condizione di rendere conto a un individuo o a un gruppo di individui delle decisioni prese nei loro confronti mediante il Sistema Algoritmico in questione. L'articolo 5.4 prevede che l'Amministrazione Contraente debba essere sempre in grado di spiegare il funzionamento del Sistema Algoritmico e che l'Appaltatore abbia l'obbligo di prestare la sua piena collaborazione per rendere il Sistema Algoritmico spiegabile e di fornire all'Amministrazione Contraente tutte le informazioni necessarie a tal fine. Si tratta di una sorta di condizione minima. L'Amministrazione Contraente potrà condividere con terzi e divulgare le informazioni fornite dal Contraente in tale contesto.

La relazione che accompagna le Condizioni Standard chiarisce che l'obbligo di rendere spiegabile il funzionamento di un sistema algoritmico si basa in parte su diverse decisioni della Divisione di Giurisdizione Amministrativa olandese del Consiglio di Stato³⁶. Secondo tali giudici se un organo amministrativo prende una decisione amministrativa utilizzando un Sistema Algoritmico, tale organo amministrativo deve essere in grado di spiegare come un sistema algoritmico sia arrivato a un determinato risultato. Inoltre, l'organo amministrativo deve offrire alla controparte l'opportunità di valutare il funzionamento del Sistema Algoritmico, in modo da offrire alla controparte una tutela giuridica realistica.

Inoltre, la proposta di Regolamento UE richiede la spiegabilità, in particolare all'articolo 14, paragrafi 3 e 4c, in cui si afferma che deve esserci una supervisione umana che deve «essere in grado di interpretare correttamente l'*output* del sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, tenendo conto in particolare delle caratteristiche del sistema e degli strumenti e metodi

³⁶ *Inter alia*: ABRvS 17 May 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 and ABRvS 18 July 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.

di interpretazione disponibili». Allo stesso modo la bozza di nuovo codice dei contratti pubblici richiede la conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Richiedendo all'Appaltatore di prestare la propria collaborazione per rendere il sistema algoritmico spiegabile, l'Amministrazione Contraente intende predisporre al rispetto di tali obblighi.

È probabile che, in molte situazioni, le informazioni fornite nell'ambito della Trasparenza Procedurale, della Trasparenza Tecnica e della Spiegabilità di un Sistema Algoritmico si sovrappongano. Pertanto, l'articolo 5.6 prevede che, in tal caso, l'Amministrazione Contraente possa scegliere in ogni momento il regime a lei più favorevole. Ciò intende, tra l'altro, evitare che il Contraente possa fare affidamento sull'articolo 5.2 o sull'articolo 5.3 per impedire all'Amministrazione Contraente di rendere spiegabile un Sistema Algoritmico.

Se, pertanto, determinate informazioni rientrano nell'ambito di applicazione del termine Trasparenza Tecnica e sono necessarie per rendere spiegabile un Sistema Algoritmico, l'Amministrazione Contraente sarà libera di divulgare le informazioni pertinenti e condividerle con terzi.

Articolo 6 Strategia di gestione del rischio nello sviluppo del Sistema Algoritmico

- 6.1 Nello sviluppo del Sistema Algoritmico, l'Appaltatore perseguirà una strategia di gestione del rischio allo stato dell'arte e condivisa nell'ambiente tecnico, adeguata alla natura del Sistema Algoritmico. Ai fini dell'applicazione di tale strategia di gestione del rischio, l'Appaltatore identificherà i principali rischi che possono verificarsi quando l'Amministrazione Contraente utilizza il Sistema Algoritmico e adotterà misure per rendere gestibili i rischi identificati. Nell'individuazione dei rischi, l'Appaltatore presterà in ogni caso attenzione, ove pertinente, al rischio di inadempimento di uno o più obblighi di cui all'articolo 2 e all'articolo 4, ai rischi di discriminazione, alla possibilità per l'Amministrazione Contraente di controllare il Sistema Algoritmico e alla protezione dei dati.*
- 6.2 L'Appaltatore implementerà e documenterà la strategia di gestione del rischio descritta all'articolo 6.1 in modo tale che l'audit di cui all'articolo 8 possa verificare se l'Appaltatore ha adempiuto all'obbligo descritto all'articolo 6.1.*
- 6.3 Se e nella misura in cui l'Appaltatore ha sviluppato il Sistema Algoritmico prima della conclusione del Contratto, l'Appaltatore garantisce che le misure descritte nell'articolo 6.1 e nell'articolo 6.2 sono già state adottate. L'Appaltatore ne fornirà la prova su richiesta dell'Amministrazione Contraente.*

L'Articolo 6 impone che il Sistema Algoritmico sia o sia stato sviluppato adottando una strategia di gestione del rischio, identificando in fase di sviluppo i rischi che potrebbero manifestarsi in fase di utilizzo e adottando misure adeguate a mitigare i rischi identificati.

La bozza del nuovo codice dei contratti pubblici italiano richiede al comma 3 che «le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: [...] c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici» ed al comma 4 che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello *status* genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale»; previsioni rilevanti tanto in relazione alla gestione del rischio quanto alla qualità dei dati e del Sistema Algoritmico stesso.

La strategia di gestione del rischio deve essere consolidata nell'ambito tecnico e aggiornata. La relazione di accompagnamento suggerisce come possibile punto di partenza il *framework* di *enterprise risk management* del *Committee of Sponsoring Organizations' (COSO)*³⁷, che descrive un approccio generale alla gestione del rischio. Ad ogni modo, sono stati sviluppati o sono in fase di sviluppo diversi modelli che indicano come gestire i rischi specifici nello sviluppo di un Sistema Algoritmico.

Il Gruppo di esperti di alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione Europea ha prodotto una *Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI)*³⁸, contenente domande che gli sviluppatori di sistemi algoritmici potrebbero porsi come parte di una strategia di gestione del rischio.

La strategia di gestione del rischio da perseguire deve essere adeguata alla natura del Sistema Algoritmico ed al suo contesto di uso previsto. Ciò significa che un Sistema Algoritmico che deve essere utilizzato in una situazione in cui la violazione dei diritti può essere potenzialmente maggiore, dovrà essere sottoposto a una strategia di gestione del rischio più intensa rispetto a un Sistema Algoritmico che deve essere utilizzato in una situazione in cui questo non è il caso.

Tuttavia, come già evidenziato, la definizione di Uso Previsto è molto limitata e sarebbe opportuno che le Condizioni Standard esplicitassero o richiamassero anche il contesto di uso previsto per fare in modo che il meccanismo di responsabilizzazione dell'Appaltatore possa funzionare correttamente.

Se l'uso del Sistema Algoritmico potrebbe portare a violazioni dei diritti umani, anche questo dovrà essere oggetto della strategia di gestione del rischio. Ciò evidentemente nel caso in

³⁷ <https://www.coso.org/SitePages/Guidance-on-Enterprise-Risk-Management.aspx?web=1>

³⁸ <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document/ai-hleg-assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai?language=fr>

cui l'Amministrazione Contraente abbia deciso di adottare un approccio basato sul rischio e non su un più radicale principio di precauzione.

L'articolo 6 è collegato alla definizione di Trasparenza Procedurale e collegato anche all'articolo 8. I risultati di una strategia di gestione del rischio dovranno essere messi a disposizione dell'Amministrazione Contraente nell'ambito della Trasparenza Procedurale e dell'audit. L'Amministrazione Contraente potrà valutare, nell'ambito di un audit, se la strategia di gestione del rischio è stata eseguita correttamente. Per questo motivo, l'articolo 6.2 prevede che l'attuazione di una strategia di gestione del rischio debba essere documentata.

L'articolo non prevede un meccanismo di coinvolgimento specifico dell'Amministrazione Contraente nella valutazione del rischio in fase di sviluppo del Sistema Algoritmico.

L'articolo 6 si basa sul presupposto che il Sistema Algoritmico sia sviluppato su istruzioni dell'Amministrazione Contraente. Nella misura in cui si tratta di un accordo di tipo diverso, in cui la PA acquista un sistema o un servizio, l'articolo 6.3 prevede che, se e nella misura in cui l'Appaltatore ha già sviluppato autonomamente il Sistema Algoritmico prima della conclusione dell'Accordo, l'Appaltatore garantisce che è già stata seguita una strategia di gestione del rischio rispondente ai medesimi criteri.

Pare opportuno osservare, al contempo, che la strategia di gestione del rischio non può essere interamente trasferita sul fornitore e che l'articolo 6 in commento fa riferimento ad un segmento specifico del ciclo di vita, quello dello sviluppo del Sistema Algoritmico.

Articolo 7 Gestione del Sistema Algoritmico

- 7.1 Se l'Appaltatore offre il Sistema Algoritmico a titolo di servizio o come parte di un servizio o fornisce servizi di gestione e manutenzione del Sistema Algoritmico, l'Appaltatore garantisce che il Sistema Algoritmico e la relativa documentazione continueranno a soddisfare le condizioni di cui all'articolo 4 per tutta la durata del Contratto.*
- 7.2 Se l'Appaltatore offre il Sistema Algoritmico a titolo di servizio o come parte di un servizio o fornisce servizi di gestione e manutenzione del Sistema Algoritmico, i servizi che l'Appaltatore deve fornire includono il monitoraggio continuo da parte dell'Appaltatore, per tutta la durata del Contratto, se i rischi di cui all'articolo 6.1 sono ancora aggiornati e se le misure di cui all'articolo 6.1 sono efficaci. In caso il monitoraggio segnali elementi di novità, l'Appaltatore adotterà ulteriori misure.*
- 7.3 Nell'ambito dell'obbligo di cui all'articolo 7.2, l'Appaltatore fornirà informazioni nel caso in cui vengano resi noti nuovi rischi o le misure di cui all'articolo 6.1 si rivelino inefficaci.*

L'articolo 7 riguarda la situazione in cui l'Appaltatore offre il Sistema Algoritmico sotto forma di servizio o come parte di esso, oppure amministra e manutene il Sistema Algoritmico.

L'articolo 7 prevede che, per tutta la durata del rapporto contrattuale tra l'Appaltatore e l'Amministrazione Contraente, l'Appaltatore debba garantire che il Sistema Algoritmico continui a soddisfare i requisiti di qualità di cui all'articolo 4. Inoltre, l'Appaltatore deve,

nell'ambito dei propri servizi, continuare a monitorare se i rischi di cui all'articolo 6.1 sono ancora aggiornati e se le misure di cui all'articolo 6.1 sono efficaci. In caso contrario, l'Appaltatore sarà tenuto ad adottare ulteriori misure.

In questo modo si garantisce che, per tutta la durata del rapporto contrattuale tra l'Appaltatore e l'Amministrazione Contraente, l'attuazione della strategia di gestione dei rischi continuerà a essere responsabilità dell'Appaltatore.

Come indicato in precedenza, sotto gli auspici del Consiglio d'Europa, è stata pubblicata una bozza di raccomandazione sull'impatto dei sistemi algoritmici sui diritti umani. Il documento descrive che, quando si utilizzano sistemi algoritmici che comportano o possono comportare violazioni dei diritti umani, è necessaria una "revisione continua".

L'articolo 7 non si applica se l'Appaltatore sviluppa un sistema algoritmico solo su istruzioni dell'Amministrazione Contraente, con ciò esauendosi il rapporto contrattuale tra l'Amministrazione Contraente e l'Appaltatore. In tal caso, spetterà all'Amministrazione Contraente provvedere alla revisione continua del Sistema Algoritmico. Al fine di ottenere Trasparenza Procedurale e Trasparenza Tecnica e di rendere Spiegabile un Sistema Algoritmico, le presenti Clausole Standard possono, in una certa misura, fornire le informazioni necessarie. Tali informazioni, tuttavia, non saranno sufficienti in tutte le situazioni. Spetta all'Amministrazione Contraente prendere ulteriori disposizioni, se necessario.

Articolo 8 Audit o altro tipo di ispezione

- 8.1 L'Appaltatore avrà sempre l'obbligo di prestare la propria collaborazione in caso di audit o altro tipo di ispezione effettuata da o per conto dell'Amministrazione Contraente per valutare se l'Appaltatore rispetta le condizioni stabilite nell'Accordo. Tale cooperazione comprenderà la fornitura di ogni necessaria informazione e documentazione per la Trasparenza Tecnica e la Trasparenza Procedurale, la presentazione della strategia di gestione del rischio attuata, la messa a disposizione del personale dell'Appaltatore per lo svolgimento di interviste e l'accesso alle sedi dell'Appaltatore.*
- 8.2 L'Amministrazione Contraente preparerà, o farà preparare, un rapporto in cui saranno riportate le conclusioni dell'audit. Nel rapporto, l'Amministrazione Contraente registrerà la misura in cui l'Appaltatore rispetta gli obblighi previsti dall'Accordo. Se l'Amministrazione Contraente stabilisce che l'Appaltatore non rispetta gli obblighi previsti dal presente articolo, l'Appaltatore avrà l'obbligo di porre rimedio ai difetti individuati dall'Amministrazione Contraente entro il termine ragionevole stabilito dall'Amministrazione Contraente nel rapporto. Se l'Appaltatore non pone rimedio ai difetti individuati dall'Amministrazione Contraente entro il termine stabilito nel rapporto, l'Appaltatore sarà considerato gravemente inadempiente ad ogni effetto di legge.*
- 8.3 L'Amministrazione Contraente avrà il diritto di pubblicare le conclusioni del rapporto di cui all'articolo 8.2. In caso di conflitto tra l'articolo 5.2 e l'articolo 8.3, l'articolo 8.3 prevarrà.*
- 8.4 L'Amministrazione Contraente avrà il diritto di effettuare, o far effettuare, un audit una volta per anno solare.*

8.5 L'Amministrazione Contraente può decidere di far eseguire tale audit, in tutto o in parte, da un revisore indipendente.

8.6 I costi del revisore incaricato dall'Amministrazione Contraente, se del caso, saranno a carico dell'Amministrazione Contraente. L'Amministrazione Contraente pagherà all'Appaltatore un compenso ragionevole per qualsiasi costo che quest'ultimo dovrà sostenere nel contesto dell'audit per attività diverse dalla fornitura di informazioni e documenti di Trasparenza Tecnica o Trasparenza Procedurale. In nessun caso una controversia sull'ammontare di tale compenso può dare luogo alla sospensione da parte dell'Appaltatore dei suoi obblighi ai sensi dei presenti termini e condizioni. Nessun compenso sarà dovuto dall'Amministrazione Contraente se l'audit rivela che l'Appaltatore non ha rispettato, o non ha rispettato completamente, le presenti Condizioni Generali per quanto riguarda gli aspetti sostanziali.

L'articolo 8 contiene una clausola di audit volta a consentire all'Amministrazione Contraente di verificare se il contraente rispetta le Clausole Standard. L'articolo 8.1 richiede al Contraente di prestare la propria collaborazione a tale riguardo.

I risultati di un *audit* saranno sempre registrati in un rapporto. Se l'Amministrazione Contraente stabilisce che l'Appaltatore non rispetta gli obblighi di cui al presente articolo, l'Appaltatore avrà l'obbligo di porre rimedio ai difetti individuati dall'Amministrazione Contraente entro un termine ragionevole stabilito dall'Amministrazione Contraente nel rapporto. Se l'Appaltatore non riesce a porre rimedio ai difetti individuati dall'Amministrazione Contraente entro il termine per la risoluzione di tali difetti stabilito nel rapporto, l'Appaltatore sarà considerato inadempiente ad ogni effetto.

L'Amministrazione Contraente avrà il diritto di divulgare i risultati del rapporto, ad esempio per aggiungere tali informazioni a quelle contenute in un registro di trasparenza sui sistemi algoritmici. Ciò può comportare che l'Amministrazione Contraente divulghi anche le informazioni fornite nel contesto della Trasparenza Tecnica. In tal caso l'articolo 8.3 prevede una espressa prevalenza di tale previsione sull'articolo 5.2, in modo che il Contraente non possa impedire la divulgazione dei risultati del rapporto.

La clausola prevede che il costo dell'*audit* sia a carico dell'Amministrazione Contraente. Prevede inoltre taluni obblighi di remunerazione o se vogliamo indennizzo a favore dell'Appaltatore per i costi ulteriori sostenuti in relazione all'*audit*, se l'*audit* ha esito positivo. Sarebbe tuttavia più corretto, secondo la prassi commerciale, porre anche i costi dell'*audit* a carico dell'Appaltatore nel caso in cui il risultato dell'*audit* fosse negativo.

Articolo 9 Costi

A meno che non sia stato concordato diversamente tra le Parti o non sia espressamente previsto in questi termini e condizioni, nessun compenso aggiuntivo sarà dovuto dall'Amministrazione Contraente al Contraente in considerazione del lavoro derivante da questi termini e condizioni.

3. Considerazioni ulteriori.

Le Condizioni Standard della Città di Amsterdam sembrano trascurare alcuni aspetti che sarebbe opportuno invece disciplinare.

La letteratura ha dimostrato che la partecipazione ai team di lavoro di persone con caratteristiche individuali differenti nel rispetto dei criteri di diversità e inclusione consente una maggiore capacità di considerare in maniera critica tanto gli assunti quanto gli impatti delle logiche e dei metodi impiegati, con significativi miglioramenti del Sistema Algoritmico con riferimento specifico alla tutela dei diritti. Sarebbe quindi opportuno che le condizioni standard prevedessero taluni requisiti minimi o tendenziali.

Dato l'enorme divario di competenze fra l'amministrazione pubblica e gli operatori economici del settore in termini di competenze, sarebbe opportuno introdurre alcuni obblighi minimi di trasferimento di competenze e *training*. Ovviamente questo aspetto può essere riflesso nel capitolato prestazionale e tuttavia la previsione di alcuni livelli minimi sembra poter essere utilmente generalizzato.

Sarebbe infine utile una espressa e generalizzata previsione circa l'assicurazione dell'Appaltatore in relazione ai danni che potrebbero conseguire all'impiego del Sistema Algoritmico, in caso di violazione delle garanzie e degli obblighi previsti dalle Clausole Standard.