

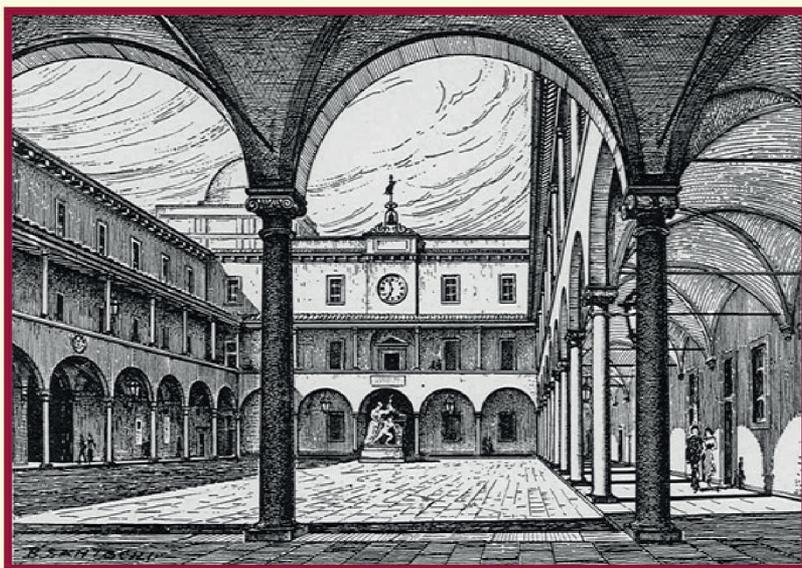
COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

NUOVA SERIE - *Saggi e ricerche*

# PROCESSI, RAPPRESENTAZIONI E PIATTAFORME DIGITALI

*a cura di*

**Benedetta Galgani**



**G. Giappichelli Editore**

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DI PISA

---

NUOVA SERIE – *Saggi e ricerche*



# PROCESSI, RAPPRESENTAZIONI E PIATTAFORME DIGITALI

*a cura di*

Benedetta Galgani



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0556-8

ISBN/EAN 979-12-211-5566-2 (ebook)

*Comitato scientifico:*

F. Barachini, A.M. Calamia, E. Catelani, F. Giardina, T. Greco, E. Malfatti,  
E. Marzaduri, O. Mazzotta, S. Menchini, E. Navarretta, A. Petrucci, R. Tarchi

*Responsabile scientifico:*

F. Dal Canto

*Il presente volume è stato finanziato con i fondi del Progetto di Ricerca di Ateneo 2020 dell'Università di Pisa "Servizi pubblici e piattaforme digitali. Categorie giuridiche, processi, garanzie", (n. progetto 2020-73); responsabile scientifico: Prof.ssa Benedetta Galgani.*

*Composizione:* Media Print s.r.l. - Livorno

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEREDI, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

BENEDETTA GALGANI RAGIONI E CONFERME DI UNA “VISIONE”	XI
--	----

### Sezione I PROCESSI

GIOVANNA PIZZANELLI LE CONSULTAZIONI PUBBLICHE NEI PROCESSI DECISIONALI: TRA FRAMMENTAZIONE DEL MODELLO E NUOVI SCENARI DIGITALI	3
1. Introduzione al sistema multilivello delle consultazioni pubbliche	3
2. “Conoscere per deliberare”: l’utilità delle consultazioni per le decisioni pubbliche	12
3. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento interno: la frammentazione del modello tra disciplina statale e disciplina regionale	19
3.1. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento statale e le sub-articolazioni del modello	20
3.1.1. Le consultazioni nell’attività normativa del Governo	20
3.1.2. Le consultazioni nei procedimenti di <i>rule-making</i> delle autorità amministrative indipendenti	22
3.1.3. Le consultazioni nei procedimenti amministrativi a valenza ambientale	24
3.2. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento sub-statale	26
4. Notazioni conclusive e nuovi scenari digitali	29
FRANCESCA NUGNES LE SFIDE DELLA REGOLAZIONE DIGITALE. QUALE RUOLO PER L’AUTORITÀ PUBBLICA?	35
1. Inquadramento della questione	35
2. La co-regolazione nel quadro europeo	36
3. La co-regolazione nel <i>Digital Services Act</i> (DSA)	39

	<i>pag.</i>
4. La co-regolazione secondo l' <i>Artificial Intelligence Act</i>	42
5. Quale ruolo per l'autorità pubblica?	46
 DONATO VESE	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE, ALGORITMI E COMPETITIVITÀ NELLA SFERA PUBBLICA	51
1. Introduzione	51
2. IA e algoritmi nella scienza dell'informazione: significato, funzione e applicazione	54
3. IA e algoritmi nella sfera pubblica: neutralità, trasparenza, comprensibilità	58
4. Le nuove pratiche anticoncorrenziali algoritmiche: presupposti e rimedi nella normativa UE	63
5. Conclusioni	70
 ALFREDO FIORITTO	
IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO TELEMATICO: TRA ESIGENZE DI LEGALITÀ E DI BUONA AMMINISTRAZIONE	73
1. La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi: l'introduzione del procedimento amministrativo telematico come principio generale nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e nei rapporti con i privati	73
2. La genesi e gli sviluppi del procedimento amministrativo	75
3. L'uso della telematica nell'attività amministrativa	81
4. I principi e la responsabilità nel procedimento telematico	86
5. L'istruttoria procedimentale e la decisione informatica	88
6. Le segnalazioni certificate di inizio attività	91
7. Le prospettive	93
 CATERINA PAREO	
PROSPETTIVE DI REGOLAZIONE DEL LAVORO ATTRAVERSO PIATTAFORME DIGITALI	95
1. Il dilemma della qualificazione giuridica dei nuovi lavori e della disciplina applicabile	95
2. L'oscillante giurisprudenza sulle prestazioni rese attraverso piattaforme digitali	98
2.1. Dalle prime (timide) pronunce ...	99
2.2. ( <i>Segue</i> ) fino agli approdi più recenti	102
3. La latitudine dei poteri datoriali nell'era dell'algoritmo	103
4. Bisogni di protezione e prospettive di regolazione del fenomeno	106

	<i>pag.</i>
ENRICO CIPRIANI, ANGELO GEMIGNANI, DANILO MENICUCCI	
<i>DECISION MAKING E DISTANZE</i>	109
1. Introduzione	109
2. <i>Decision making</i> in distanza temporale	114
3. <i>Decision making</i> in distanza spaziale	117
4. <i>Decision making</i> in distanza sociale	120
5. <i>Decision making</i> in specifici contesti: dal cambiamento climatico ai moderni teatri bellici	123
6. Conclusioni e direzioni future	125

## Sezione II

## RAPPRESENTAZIONI

TAMARA FAVARO

PIATTAFORME DIGITALI E NUOVE FORME DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: IL CASO DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE	129
1. Obiettivo dell'indagine	129
2. Dal capitalismo estrattivo alla nuova creazione di valore: il possibile contributo delle piattaforme digitali	138
3. Piattaforme digitali per lo sviluppo di Comunità energetiche	142
4. L'energia sostenibile da merce a servizio pubblico	147
5. Comunità energetiche e nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali	150
6. Verso un nuovo equilibrio tra <i>nudging</i> e modalità tradizionali di intervento nell'economia	156

EMILIANO FREDIANI

PARTECIPAZIONE AMMINISTRATIVA INCLUSIVA E RICORSO A MEZZI TELEMATICI TRA RISCHI E OPPORTUNITÀ: TRE CASI PARADIGMATICI	159
1. Partecipazione inclusiva e digitalizzazione: una necessaria convergenza	159
2. Uno statuto minimo per le istanze della digitalizzazione nella legge n. 241/1990: richiami essenziali	163
3. Un caso di potenziale cattivo uso dei mezzi telematici: il soccorso istruttorio nelle procedure interamente informatizzate	168
4. La telematica al servizio dell'inclusività: il caso delle aree interne e l'apertura al modello organizzativo delle comunità energetiche	176
5. Una conclusione	182

	<i>pag.</i>
SALVATORE VUOTO	
LA DIGITALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE PER IL SETTORE MARITTIMO-PORTUALE	
	185
1. Il concetto di <i>Single Window</i> nell'evoluzione normativa	185
2. Gli scenari aperti dai più recenti sviluppi del diritto europeo	190
3. I <i>Port Community Systems</i> e la prospettiva della loro integrazione nella Piattaforma logistica nazionale	194
4. Gli impulsi del Piano strategico nazionale della portualità e della logi- stica e la progettazione del Modello unico di PCS	201
5. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e la nuova strategia di RAM s.p.a.	205
LORENZO AGOSTINO	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E CONTRASTO ALLA VIOLENZA DI GENERE: SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DALL'ESPERIENZA IN CORSO NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO	
	215
1. Intelligenza artificiale e protezione della vittima di violenza di genere	215
2. L'esperienza spagnola: il sistema VioGén	218
3. Le criticità del sistema VioGén nella prospettiva della vittima...	220
4. ... e dell'indagato	222
GIANLUCA BORGIA	
ANALISI AUTOMATIZZATE DI DATI PER FINALITÀ DI <i>LAW ENFORCEMENT</i> E DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA: DALLA CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCA UTILI INDICAZIONI (ANCHE) PER IL LEGISLATORE DELL'UNIONE	
	229
1. Introduzione	229
2. Le (incerte) potenzialità del sistema <i>bessenDATA</i> e i rischi per i diritti fondamentali nelle ragioni delle organizzazioni promotrici del ricorso	231
3. La decisione del <i>Bundesverfassungsgericht</i> . Il punto di partenza: la doppia natura dell'analisi automatizzata	235
4. ( <i>Segue</i> ) La stella polare della proporzionalità	238
5. Da Karlsruhe a Bruxelles e oltre: spunti per un ripensamento della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale	245

	<i>pag.</i>
NICOLÒ DI PACO	
CONTROLLI AUTOMATIZZATI E PROCESSI DECISIONALI ALGORITMICI. ALCUNE RIFLESSIONI SULLA DIGITALIZZAZIONE DELLA <i>COMPLIANCE</i>	253
1. L'automazione della <i>compliance</i> : una breve introduzione	253
2. <i>Digital criminal compliance</i> e controlli difensivi in chiave tecnologica	256
3. Fondamenti e problematiche del trattamento dei dati personali mediante il sistema di prevenzione <i>high-tech</i>	261
4. Le decisioni algoritmiche e la profilazione nel contesto della <i>compliance</i> digitalizzata: prospettive e limiti	270
5. Scongiorare l'inquisizione "intelligente"	278
 PASQUALINO ALBI	
IL LAVORO AGILE DOPO IL PROTOCOLLO DEL 7 DICEMBRE 2021	281
1. Premessa	281
2. Oltre l'emergenza	283
3. La centralità della contrattazione collettiva	284
4. La circolarità virtuosa fra legge e contrattazione collettiva	285
 ALESSANDRO LENCI, GIOVANNA MAROTTA, PAOLO FERRAGINA, LUCIA PASSARO, LEONARDO CALAMITA, PIERO COSSU, CHIARA DE NIGRIS, ERIKA PISTOLESI, MATTIA PROIETTI, GIACOMO VAIANI	
ANALISI LINGUISTICHE E COMPUTAZIONALI SU UN <i>CORPUS</i> DI SENTENZE DI AMBITO CIVILE	287
1. Introduzione	287
2. Metodi e tecniche di analisi linguistico-computazionale	289
3. Criticità relative all'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici	294
4. Strumenti per l'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici	295
5. L'indicizzazione di documenti: un nuovo motore di ricerca	298
6. Conclusioni	304



BENEDETTA GALGANI

## RAGIONI E CONFERME DI UNA “VISIONE”

Nel titolo scelto per questo collettaneo ambiscono a trovare sintesi e valorizzazione tanto il carattere interdisciplinare, quanto la natura sperimentale del progetto di ricerca da cui tutto ha preso le mosse. È alla “triade” di lemmi ivi condensati – “processi, rappresentazioni e piattaforme” – che si è difatti inteso affidare il compito di definire e perimetrare un “campo da gioco” che già *ab initio* non si presentava né “regolamentare”, né adeguatamente “regolamentato”.

Correva l’anno 2020 e nel mese di febbraio (... si intuirà a breve la rilevanza del dettaglio temporale) sarebbe scaduto il c.d. “Bando PRA 2020-2021”, un bando competitivo promosso dall’Università di Pisa per il finanziamento di progetti di ricerca ideati e presentati da *team* di suoi studiosi.

In un proficuo e serrato confronto con parte delle Colleghe e dei Colleghi dei quali mi pregio qui, tra le altre cose, di introdurre le riflessioni, venne emergendo una prospettiva investigativa caratterizzata da un sicuro tratto di “visionarietà” già solo per la circostanza che germogliava e si consolidava in era *pre-Covid* il che, senza alcuna possibilità di smentita, equivale a dire in un’epoca geologica altra e diversa rispetto a quella attuale, giacché era ancora “inconcepito” che *digitalization* e *platformization* sarebbero diventati due dei termini più ricorrenti nel nostro lessico.

Di seguito, dunque, l’idea su cui venne incardinata la proposta progettuale da sottoporre alla valutazione della Commissione d’Ateneo: facendo nostra la sfida concettuale lanciata da uno dei più autorevoli esponenti dell’arte contemporanea italiana qual è il Maestro Michelangelo Pistoletto – a detta del quale “le cose rimangono impossibili finché non vengono pensate” – decidemmo di avvicinarci alla tematica delle inter-connessioni tra innovazione tecnologica latamente intesa e funzioni del diritto secondo un approccio (almeno negli auspici) meno superficiale, meno atomistico e, soprattutto, più proattivo di quello fin lì palesato sia dalla dottrina giuridica che, a maggior ragione, dalla giurisprudenza.

Più nel dettaglio, dando vita ad uno *staff* di ricerca con *expertise* le più disparate e, solo in apparenza, le più distanti – si pensi alla (allora) inedita

combinazione di giuslavoristi, amministrativisti, processualpenalisti, studiosi della disciplina dei mercati, informatici, linguisti e finanche psicologi e neuroscienziati – ci si prefisse di verificare se, e in quale misura, non soltanto le categorie giuridiche, ma anche quelle economiche e cognitive tradizionali (... le categorie, insomma, classicamente assunte a “misura” di ogni analisi relativa a certe tipologie di funzioni) avrebbero necessitato di un meditato *reshaping* in forza del confronto con l’incombente rivoluzione.

Dunque, dopo un primo stadio per così dire “ricognitivo”, in cui si sarebbero “laicamente” enucleati i “cortocircuiti” innescati da certi passaggi al digitale nei molteplici ambiti di riferimento (basti pensare, giusto per fare degli esempi randomici, alle “minacce” in punto di diritti dei singoli o al pericolo di alterazione delle scelte pubbliche e delle regole di mercato), lo sforzo avrebbe dovuto poi indirizzarsi al tentativo di suggerire e di modellare “architetture” normativo-informatiche che, pur nella scontata specificità prospettica di ognuna delle materie prese in considerazione, ostendessero quale loro minimo comune denominatore, quale loro cifra identitaria, un adeguato bilanciamento tra ciò che risulta tecnicamente possibile e ciò che deve ritenersi assiologicamente accettabile, se non persino auspicabile, ai fini di un’innovazione “sostenibile” sotto il profilo della dignità umana, dell’equità sociale e delle garanzie giuridiche.

Un rischio appariva già *prima facie* evidente, tanto, appunto, da giustificare la creazione di un gruppo di ricerca dalle competenze tecniche fortemente eterogenee, nonché la prospettazione di uno studio dalla struttura complessa e articolata: la “trasformazione” in flussi informatici e in dati digitali di fattispecie *lato sensu* procedurali e regolatorie ideate in/connotate da un contesto “analogico” avrebbe potuto compromettere, se non addirittura stravolgere, le scelte valoriali che, a Carte fondamentali invariate, devono informare i rapporti tra autorità genericamente erogatrici di “servizi” e loro fruitori.

Inutile dire che il sopravvenire della pandemia e la conseguente adozione delle misure di confinamento, blocco e chiusura a livello mondiale (... in Italia il primo *lockdown* venne imposto a far data dal 9 marzo 2020) accelerarono la presa di coscienza di un “cambio di paradigma” in atto, un cambio che, come si accennava, fino a quel momento era stato tutt’al più soltanto intuito.

La necessità e l’urgenza di mutare le modalità e gli “ambienti” in cui eravamo abituati a lavorare, a insegnare, a produrre, a deliberare, a stare in giudizio e/o a giudicare contribuirono a rendere subito più “tangibili” i riverberi del ricorso al diaframma tecnologico e alle infrastrutture informatiche, tanto sul versante concretamente operativo, quanto su quello dogmatico.

Per contro, quelle stesse necessità e urgenza di fronteggiare la crisi pandemica avrebbero reso arduo impostare le coordinate di un dibattito piano,

come tale alieno da posizioni pregiudiziali, intorno a questioni ancora per troppi versi "sfuggenti" e delicate per numero e varietà di istanze sottese.

Ma le Amiche e gli Amici che mi hanno attribuito l'immeritato onore di "tenere le fila" di un'indagine di cui ho appena abbozzato motivazioni e avvio, non si sono certo lasciati suggestionare dai *mainstream* del momento, né hanno ceduto alla tentazione di polarizzazioni manichee e in quanto tali "tossiche" ai fini di un corretto inquadramento delle dinamiche in divenire.

Ne sono riprova i preziosi saggi che seguono.

In ossequio a una salda metodologia scientifica, oltre che in linea con quanto concordato in sede di *application*, ognuna delle Autrici e degli Autori ha "eletto" un'area di interesse dettagliandone quadro regolatorio e tenuta alla luce dei principali snodi di garanzia.

Una volta "fotografato" lo stato dell'arte e oculatamente rilevate criticità e tensioni interpretative e/o prasseologiche variamente riconducibili a forme di "digitalizzazione" dal diverso gradiente (si può andare, a mero titolo di esempio, dalla "semplice" telematizzazione degli scambi informativi, ad attività, come quella giudiziaria, concretamente "plasmate" dalle possibilità offerte dal digitale, ivi compreso l'impiego di metodiche di intelligenza artificiale), ogni studioso ha concentrato le proprie cure sulla "preconizzazione" di sviluppi futuri e/o sul suggerimento di azioni riformatrici a più livelli. Ed è esattamente qui – sembra perfino ultroneo rimarcarlo – che si possono apprezzare gli spunti e gli approdi più significativi della nostra ricerca: in una singolare armonia d'insieme, tutti i saggi si rivelano capaci di disegnare una traiettoria ideale lungo la quale *si va ben al di là* delle sterili contrapposizioni solitamente sintetizzate nello "scontro" tra la riaffermata centralità della dimensione antropocentrica nell'amministrazione pubblica, nella formazione, nel mondo del lavoro e nel sistema della giustizia da un lato, e il ricorso, in tutte le appena rammentate pratiche sociali, a nuove e performanti tecnologie dall'altro.

Si è andati avanti, dicevamo, *si è andati oltre*: il "filo nascosto" che imbastisce testi e sottotesti di ogni scritto è difatti la consapevolezza per cui – attesa l'indubbia natura *dual-use* di qualunque "artefatto" della tecnica e, dunque, l'ineluttabile ambivalenza funzionale di qualsiasi infrastruttura informatica e digitale – la vera chiave di volta per ragionare nel senso di un innalzamento degli standard qualitativi e quantitativi intranei a ciascun "processo" che si avvalga di ausili latamente digitali è la *formazione culturale* dei soggetti che di quel processo saranno a vario titolo attori, destinatari, utenti ecc.

In un tempo in cui la trasformazione tecnologica procede per salti enormi e la scienza informatica sembra progressivamente identificarsi con un'"intelligenza artificiale" sempre più demiurgica e prescrittiva, non è certo sufficiente per la salvaguardia delle garanzie fondamentali limitarsi a

“brandire” ciecamente, alla stregua di un assunto dato una volta per tutte, la difesa dell’intelligenza “naturale” pur nella veste, legittima, di presidio (ancora) irrinunciabile del nucleo fondativo di ciascun sapere.

Per “infuturarsi” (e, dunque, per utilizzare i nuovi “ritrovati” tecnologici secondo logiche di trasparenza, tracciabilità ed *accountability*) è indispensabile *formare e formarsi*, e i lavori di seguito collazionati sono al contempo strumento ed espressione di questo compito “promozionale” della ricerca.

In nessuna delle analisi qui condotte – né in quelle di taglio più spiccatamente giuridico, né in quelle per così dire “extragiuridiche” – ci si intrattiene sull’interrogativo *se* sia o meno opportuno il connubio tra sistemi informatici e/o intelligenti e le diverse declinazioni dell’agire sociale; semmai e piuttosto, ci si domanda sulla scorta di quali elementi conoscitivi qualificati le scienze sociali e il diritto *in primis*, al netto del fisiologico ritardo rispetto alla tecnica, si rivelino idonei ad assolvere effettivamente il loro ruolo e, più in particolare, quello di fissare scopi, non senza individuare limiti.

In ragione della “sintonia” complessiva di cui si diceva, la distribuzione dei contributi risponde ad un criterio “ibrido”, non imperniato né sul rigido ordine alfabetico degli Autori, né sulla anacronistica distinzione per singoli settori disciplinari d’appartenenza.

Sono state così create due sezioni, rispettivamente intitolate *Processi e Rappresentazioni*, all’interno di ognuna delle quali si procede dalla macro-area del diritto pubblico, per poi passare a quella del diritto privato e per chiudere, infine, con le riflessioni dei cc.dd. “non giuristi”, vale a dire degli psicologi, degli informatici e dei linguisti. Ma a riprova della sostanziale “condivisione” e “circolarità” delle argomentazioni che hanno *naturaliter* contraddistinto il percorso progettuale, nessuna delle due unità deve essere intesa come un “compartimento stagno” rispetto all’altra... anzi!

Ricomprensando nel termine “processi” non soltanto, com’è ovvio, i procedimenti giuridici in senso stretto, ma anche i meccanismi organizzativi, le dinamiche di apprendimento, i flussi decisionali e le strategie operative che cadenzano la vita e il funzionamento di soggetti tanto pubblici quanto privati; convogliando nel concetto di “rappresentazioni” le formalizzazioni digitali e algoritmiche delle diverse realtà cui si addivene attraverso la mediazione di infrastrutture (le cc.dd. “piattaforme”, appunto) capaci di incorporare regole, vincoli, priorità e persino gerarchie decisionali; si è infine deciso di allocare nella prima parte, i saggi che approcciano il tema delle interazioni tra tecnologie e saperi scientifici in un’ottica più generale e sistemica e, nella seconda, gli studi che si misurano con i medesimi “nodi” problematici partendo, però, da un’angolazione più peculiare, quasi da *case study* (si pensi, ad esempio, agli interrogativi affrontati in rapporto ad una metodica di “trattamento automatico del linguaggio” dai colleghi informatici e linguisti).

Al netto di ogni intento blandamente classificatorio ad essa sotteso, la ripartizione ora illustrata non dovrebbe né tantomeno vorrebbe oscurare il messaggio di fondo: quale che sia lo spunto iniziale da cui prendono l'abbrivio le singole indagini, gli epiloghi a cui addivengono in relazione ai diversi "ambienti normativi" presentano – vale la pena ribadirlo – caratteri di omogeneità e corrispondenza sia metodologiche che teleologiche.

In definitiva, il "mosaico" di cui qui non si è riusciti nemmeno in minima misura a restituire la ricchezza, può vantare l'indiscusso valore di offrire uno sguardo (magari) presbite, ma mai miope, su un orizzonte in divenire che per l'appunto deve essere rivolto alla costituzione di un "ecosistema digitale" all'interno del quale non risultino mai rinnegati i principi fondanti della legittimazione democratica e della dignità umana.

*Pisa, dicembre 2023*



Sezione I  
PROCESSI



GIOVANNA PIZZANELLI

LE CONSULTAZIONI PUBBLICHE  
NEI PROCESSI DECISIONALI:  
TRA FRAMMENTAZIONE DEL MODELLO  
E NUOVI SCENARI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Introduzione al sistema multilivello delle consultazioni pubbliche. – 2. “Conoscere per deliberare”: l’utilità delle consultazioni per le decisioni pubbliche. – 3. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento interno: la frammentazione del modello tra disciplina statale e disciplina regionale. – 3.1. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento statale e le sub-articolazioni del modello. – 3.1.1. Le consultazioni nell’attività normativa del Governo. – 3.1.2. Le consultazioni nei procedimenti di *rule-making* delle autorità amministrative indipendenti. – 3.1.3. Le consultazioni nei procedimenti amministrativi a valenza ambientale. – 3.2. Le consultazioni pubbliche nell’ordinamento sub-statale. – 4. Notazioni conclusive e nuovi scenari digitali.

1. *Introduzione al sistema multilivello delle consultazioni pubbliche*

Le consultazioni pubbliche sono uno strumento caldeggiato a livello internazionale, previsto e diffusamente sperimentato a livello sovranazionale e solo parzialmente disciplinato nell’ordinamento italiano, sia a livello statale sia a livello regionale.

L’analisi di tale strumento si innerva sui temi più ampi della partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche, della rappresentanza dei portatori di interesse nella definizione delle politiche pubbliche, della qualità della regolazione e della digitalizzazione dei processi decisionali.

In primo luogo, con riferimento all’ordinamento italiano, occorre premettere la mancanza di una disciplina legislativa comune sulla partecipazione ai procedimenti volti all’adozione di atti di tipo normativo, di pianificazione o a contenuto generale all’interno della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990), la quale invece stabilisce i diritti partecipativi per i procedimenti volti all’adozione di provvedimenti di carattere puntuale (di *adjudication*) in un apposito capo intito-

lato “Partecipazione al procedimento amministrativo” (artt. 7-13). Per l'appunto, l'art. 13, comma 1, della legge n. 241/1990 stabilisce che le disposizioni sulla partecipazione «non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione» e con ciò non osta all'estensione delle garanzie partecipative, a condizione che questa avvenga nell'ambito di leggi speciali. Si pensi alla normativa in materia urbanistica e ambientale, alla disciplina in materia di regolazione dei mercati o a quella sul dibattito pubblico prevista dal Codice dei contratti pubblici. Di fatto, nel caso di adozione di misure generali (atti normativi o amministrativi), le esigenze partecipative e di conoscibilità del processo decisionale sono affidate (parzialmente) alle discipline settoriali e/o regionali, ovvero a meccanismi ascrivibili alla rappresentanza politica<sup>1</sup>, senza che ciò comporti automaticamente una riduzione delle garanzie partecipative rispetto allo *standard* contenuto nella legge generale sul procedimento amministrativo. Analogamente la stessa legge sul procedimento amministrativo ha escluso l'obbligo di motivazione per gli atti generali in considerazione della loro mancata attitudine a ledere specifiche situazioni giuridiche soggettive, ma le decisioni devono comunque essere giustificate sotto il profilo della ragionevolezza e della coerenza delle scelte.

In secondo luogo, bisogna tenere presente che nella normativa italiana, quantomeno di livello statale, il termine “consultazioni” assume significati diversi in funzione dell'ambito di applicazione, declinandosi in svariati moduli partecipativi.

In terzo luogo, deve essere ricordato che in Italia manca una disciplina generale sull'attività di *lobbying*<sup>2</sup> ed è noto che proprio nei procedimenti volti all'adozione di atti a contenuto generale, normativi, di pianificazione e di programmazione, l'ascolto degli interessi organizzati (ovverosia più forti) potrebbe andare a scapito di altri meno rappresentati<sup>3</sup> e dunque

---

<sup>1</sup> Sul punto, E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 125.

<sup>2</sup> In proposito, E. CARLONI-M. MAZZONI, *Il cantiere delle lobby. Processi decisionali, consenso, regole*, Carocci, Roma, 2020; M. D'ANGELOSANTE, *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi di completamento immaginabili*, in *Ist. fed.*, 2018, f. 3-4, p. 529 ss. Sottolineano la correlazione tra regolamentazione dell'attività di *lobbying* e integrità delle istituzioni, specie con riferimento alla presenza di un registro per la trasparenza, alla necessità di seguire un codice di condotta comune e di resocontare l'attività, R. CHARJ-J. HOGAN-G. MURPHY-M. CREPAZ (a cura di), *Regulating Lobbying. A Global Comparison*, Manchester University Press, Manchester, 2019.

<sup>3</sup> Lo sottolineano, P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir.*

generare decisioni inique, fino a paventare vere e proprie forme di cattura del decisore pubblico<sup>4</sup>.

Dato il contesto ordinamentale italiano, ai fini della ricerca si rende centrale l'esame degli strumenti partecipativi, perlopiù mutuati da altri ordinamenti, applicabili al fine di promuovere il coinvolgimento degli *stakeholder* nel processo regolatorio: questi, oltre ad essere vari, possono intervenire nelle diverse fasi dello stesso processo<sup>5</sup>. In particolare: nella fase dell'iniziativa e della programmazione, rendendo i portatori di interesse un mezzo per avviare un'azione politica di cui si ravvisa un bisogno, al fine di stabilire la priorità di un intervento; in fase di elaborazione e approvazione, in cui il decisore pubblico, una volta constatato il bisogno di azione politica, predispone una proposta da sottoporre alla consultazione delle parti interessate al fine di ottenere osservazioni e commenti ed elaborare il contenuto di una decisione; durante la fase di attuazione di una misura adottata, consentendo al decisore pubblico di monitorare e verificare l'efficacia e l'impatto sul benessere collettivo di una politica regolatoria che è stata precedentemente implementata.

La modalità più diffusa è rappresentata dalla raccolta di opinioni, proposte e suggerimenti di cittadini, imprese, organizzazioni e associazioni di categoria e di rappresentanza, ovvero di portatori di interessi strutturati e non, durante l'*iter* di elaborazione di un progetto normativo, di un procedimento amministrativo pianificatorio o programmatico o nell'approntamento di una specifica politica pubblica, in presenza o meno di uno schema di decisione.

Le consultazioni pubbliche possono avere ad oggetto diverse tipologie di atti (norme di rango primario, norme di rango secondario, atti politici e provvedimenti amministrativi) ed essere organizzate in diverse modalità, ovvero in forma chiusa (riservando la consultazione a soggetti preventivamente individuati dal *policy maker*), aperta (a tutti i potenziali interessati) o mista (ricorrendo a una pre-consultazione riservata a soggetti previamente individuati e successivamente ad una consultazione aperta) e si caratterizzano per una certa unidirezionalità, dato che l'autorità competente informa gli interessati i quali non hanno la possibilità di comunicare tra loro durante il processo partecipativo. Tali consultazioni spesso si svolgono in forma telematica e sono precedute dalla pubblicazione in una apposita pagina

---

*amm.*, 2018, f. 2, p. 361; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, f. 2, p. 212.

<sup>4</sup> Il richiamo è alla c.d. *capture theory* teorizzata da G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, f. 1, p. 3 ss.

<sup>5</sup> SENATO DELLA REPUBBLICA, Ufficio Valutazione Impatto, *Le consultazioni dei cittadini e dei portatori di interesse*, Esperienze n. 27, 2017, p. 6.

web di una versione iniziale del progetto di norma, piano o programma unitamente alla documentazione complementare, utile alla comprensione e valutazione della proposta oggetto di consultazione pubblica, ricorrendo a modalità centralizzate che rendono accessibili tutte le consultazioni da un unico portale.

In questo modo, ai cittadini e alle parti sociali viene riconosciuto uno spazio organizzato per rappresentare alle istituzioni le loro posizioni, mentre al soggetto pubblico titolare della funzione e della relativa responsabilità è data una fase interlocutoria utile per migliorare la qualità delle decisioni<sup>6</sup>. Tant'è che la partecipazione costituisce uno strumento per garantire giustizia procedurale<sup>7</sup> ed effettività agli atti normativi e alle decisioni amministrative<sup>8</sup>.

Il modulo più diffuso è senz'altro il *notice and comment* previsto dall'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946<sup>9</sup>, che scandisce il processo in tre fasi (APA, par. 553): la prima, in cui l'agenzia pubblica un avviso nel *Federal Register* riguardante la proposta di regolamentazione (*Notice of Proposal Rulemaking*) recante la bozza della proposta corredata di una nota esplicativa e una richiesta di commenti del pubblico interessato; la seconda, in cui l'Agenzia riceve i commenti e modifica la proposta ove lo ritenga opportuno; infine, la terza, in cui l'Agenzia pubblica la disposizione definitiva accompagnata da un preambolo illustrativo e risponde ai commenti ricevuti dalle parti consultate, scrutinandoli attentamente per arginare il rischio di cattura del regolatore, anche in considerazione del fatto che oltre all'asimmetria informativa fra regolatori e regolati, esiste un'asimmetria fra regolati: ad esempio, fra chi è appena entrato nel mercato e chi si trova in posizione dominante<sup>10</sup>. Una procedura analoga è presente in Nuova Zelanda con riferimento ai disegni di legge che, in seconda lettura, sono aperti ai commenti dei cittadini, dalla legge della Corea del Sud sul procedimento amministrativo e dalla modifica apportata nel 2005 alla legge giapponese sul procedimento amministrativo del 1993<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Così, P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rass. parl.*, 2016, 1, p. 30.

<sup>7</sup> In tema, per tutti, T.R. TYLER, *What is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, in *Law and Society Review*, 1988, f. 22, p. 103 ss.

<sup>8</sup> Come ricordano, G. CORSO-M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 168.

<sup>9</sup> R. BREYER-R. STEWARD-C.R. SUNSTEIN-A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, Wolters Kluwer, New York, 2006, p. 479.

<sup>10</sup> Come segnala, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, f. 2, p. 265.

<sup>11</sup> G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 249.

Una variante della formula *notice and comment* è quella applicabile alla regolamentazione negoziata introdotta negli Stati Uniti al fine di potenziare il coinvolgimento dei portatori di interesse nei procedimenti di regolamentazione posti in essere dalle autorità indipendenti che ricorre alla creazione di un *forum* aperto al dialogo diretto tra *stakeholder* previamente selezionati e regolatori pubblici<sup>12</sup>. Tale modulo partecipativo è stato codificato con il *Negotiated Rulemaking Act* del 1990, che ha previsto la nomina del presidente del *forum*, posto in posizione di indipendenza rispetto alle parti, chiamato a convocare e presiedere i negoziati tra un gruppo di portatori di interesse e il soggetto responsabile della regolazione e, successivamente, a redigere una proposta di atto. Tale disciplina prevede che le riunioni siano aperte al pubblico e che i resoconti delle stesse siano pubblicati *online* al termine di ogni incontro.

Una ulteriore variante è il cd. *policy dialogue* e coinvolge soggetti provenienti da diversi gruppi di interesse che si riuniscono attorno a un tavolo per approfondire una questione ed esprimere le loro posizioni<sup>13</sup>.

In generale nei Paesi europei, rispetto agli Stati Uniti, il riconoscimento del diritto di partecipazione ai procedimenti volti all'adozione di atti a contenuto generale ha conosciuto, per il diverso contesto politico-istituzionale, uno sviluppo graduale. Infatti, per un verso, la forma di governo parlamentare presente in quasi tutti gli ordinamenti europei garantisce la continuità tra potere legislativo e potere esecutivo; per altro verso, il principio della responsabilità ministeriale e della riconducibilità della pubblica amministrazione (nelle sue varie articolazioni) al governo assicura che le decisioni amministrative siano ascrivibili all'autorità politica, tanto da non rendere indispensabili i meccanismi di consultazione pubblica<sup>14</sup>. Di ciò, come detto, troviamo traccia anche nella disciplina sulla partecipazione contenuta nella già citata legge generale italiana sul procedimento amministrativo.

In Francia, con l'adozione del *Code des relations entre le public et l'administration* del 2015 sono state introdotte norme per favorire la partecipazione all'attività normativa e di *rulemaking*<sup>15</sup>. Infatti, il Codice prevede che i progetti di riforma delle politiche pubbliche e i progetti di atti generali

---

<sup>12</sup> G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, f. 1, p. 282.

<sup>13</sup> Tale modello è stato utilizzato nel 2013 dai Paesi Bassi per raggiungere l'Accordo energetico sulla crescita sostenibile (*Energieakkoord voor duurzame groei*).

<sup>14</sup> In questi termini, G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 241.

<sup>15</sup> M. DE DONNO, *The French Code "Des Relations Entre Le Public Et L'Administration". A New European Era for Administrative Procedure*, in *Italian Journal of Public Law*, 2017, f. 2, p. 233.

possano essere sottoposti a consultazione pubblica, anche *online*, rendendo disponibili le informazioni pertinenti e concedendo alle parti interessate un termine ragionevole entro cui fornire contributi (L-131-1). Successivamente, al termine della consultazione, l'amministrazione sintetizza le osservazioni raccolte e le rende pubbliche (L-132-2).

La legge spagnola sul procedimento amministrativo comune n. 39/2015 assicura la partecipazione anche attraverso strumenti telematici e garantisce la partecipazione dei cittadini alla procedura di elaborazione delle leggi e dei regolamenti (art. 133)<sup>16</sup>. In particolare, prima della preparazione di un progetto di legge o di regolamento, l'amministrazione competente organizza una consultazione pubblica attraverso il proprio sito *web* al fine di acquisire le opinioni delle organizzazioni rappresentative dei soggetti potenzialmente interessati, nell'ottica della *better regulation* e della *good governance*.

La diffusione ad ampia latitudine delle pratiche di consultazione pubblica si deve senz'altro alle raccomandazioni di matrice internazionale. Nello specifico, è dall'OCSE che origina la nozione di "governo aperto" declinata nel coinvolgimento delle parti interessate (*inclusive policy making*)<sup>17</sup>, nella trasparenza delle azioni di governo, nell'accessibilità dei servizi e delle informazioni del governo, nella capacità di risposta a nuove idee, richieste e bisogni e nel ricorso a raccomandazioni e principi guida sulla qualità della regolazione e la *governance*, tutti orientati a valorizzare le pratiche di consultazione pubblica e a rafforzare la fiducia degli amministrati nei confronti delle istituzioni<sup>18</sup>. D'altronde, è attraverso la trasparenza atta a consentire la libera circolazione delle informazioni che le amministrazioni pubbliche si convertono in piattaforme di collaborazione per gestire i processi decisionali<sup>19</sup>.

Inoltre, l'OCSE ha adottato una guida che delinea otto modelli per istituzionalizzare la democrazia deliberativa<sup>20</sup>, mostrando nella pratica il

---

<sup>16</sup> J. SIERRA RODRÍGUEZ, *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 34.

<sup>17</sup> Cfr. OECD, *Modernising Government: The Way Forward*, OECD Publishing, Parigi, 2005; *Open Government: The Way Forward*, OECD Publishing, Parigi, 2016.

<sup>18</sup> Cfr. le seguenti pubblicazioni OECD, *Reccomendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD Publishing, Parigi, 1995; *Citizens as Partners*, OECD Publishing, Parigi, 2001; *Open Government Declaration*, OECD Publishing, Parigi, 2011; *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, OECD Publishing, Parigi, 2012; *The Governance of Regulators*, OECD Publishing, Parigi, 2014. In dottrina, con riferimento al contributo del paradigma dell'*open government* al miglioramento dei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, E. DE BLASIO, *Il governo online. Nuove frontiere della politica*, Carocci, Roma, 2018.

<sup>19</sup> In tema si veda E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, il Mulino, Bologna, 2022.

<sup>20</sup> OECD, *Eight Ways to Institutionalize Deliberative Democracy*, OECD Publishing,

contributo dell'inclusione tipica del metodo deliberativo al miglioramento del processo decisionale collettivo e al rafforzamento della democrazia.

Nel medesimo livello ordinamentale, con riferimento al settore ambientale, la Convenzione di Aarhus del 1998 promuove ad ampio raggio la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale mediante consultazioni pubbliche tempestive ed efficaci, sia con riferimento alla fase di preparazione di piani, programmi e politiche ambientali (per cui le autorità nazionali sono tenute a promuovere processi partecipativi e a tenere di conto dei risultati del coinvolgimento del pubblico nelle decisioni finali - art. 7), sia riguardo ai processi di formazione di scelte politiche e di atti normativi (art. 8).

Le consultazioni pubbliche trovano, si è detto, un loro inquadramento e una spiccata centralità nell'ordinamento UE. I Trattati impongono a tutte le istituzioni europee di assumere le decisioni «nel modo più trasparente possibile» (art. 1 TUE), precisando che «le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile» (art. 15 TFUE), e aggettivano come “aperta” l'amministrazione dell'Unione (art. 298 TFUE). Nell'ordinamento eurounitario la trasparenza è declinata sia nel diritto a conoscere le attività delle istituzioni europee sia nel diritto di esprimere opinioni sulle decisioni in corso di elaborazione, direttamente o indirettamente tramite gli intermediari che rappresentano gli interessi della società civile, così che: al cittadino europeo è riconosciuto il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione, la quale assumerà la decisione nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini (art. 10, par. 3, TUE); le istituzioni offrono ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso opportuni canali, la possibilità di far conoscere e scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione (art. 11, par. 1, TUE), mantenendo un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative della società civile (art. 11, par. 2, TUE).

Nello specifico, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate, come regolate dal Libro bianco sulla *governance* europea<sup>21</sup>, dalla comunicazione della Commissione «Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione»<sup>22</sup> e dal

---

Parigi, 2021. Si veda anche OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*, OECD Publishing, Parigi, 2020.

<sup>21</sup> COM(2001) 428 def., 25 luglio 2001.

<sup>22</sup> COM(2002) 704 def., 11 dicembre 2002, integrati dalla COM(2012) 746 def., SWD(2012) 422 def. e dalla COM(2014) 368 def., poi trasfusi nelle *Better regulation guidelines* e *Toolbox* del 2021.

«Piano d'azione “semplificare e migliorare la regolamentazione”»<sup>23</sup>, nonché attraverso il portale *ec.europa.eu/yourvoice/consultations*<sup>24</sup>, al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione (art. 11, par. 3, e protocollo n. 2 del TUE). Essendo particolarmente avvertita l'esigenza di trasparenza nella proposizione degli interessi da parte dei relativi portatori, affinché i cittadini possano avere contezza degli interessi e delle ragioni che, se accolte, potrebbero porsi a fondamento delle decisioni pubbliche, la Commissione ha istituito un Registro dei portatori di interessi, nel contesto dell'iniziativa europea per la trasparenza<sup>25</sup>. Del resto, il giudice ha ricordato che la trasparenza «permette di conferire alle istituzioni dell'Unione una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità nei confronti dei cittadini dell'Unione» e «consentendo che i diversi punti di vista vengano apertamente discussi, essa contribuisce ad accrescere la fiducia di detti cittadini»<sup>26</sup>.

In particolare, il coinvolgimento della società civile nei processi decisionali si realizza attraverso tre strumenti: le consultazioni, i dibattiti e la *European Citizens Initiative*<sup>27</sup>. Attraverso le consultazioni, le istituzioni europee (generalmente la Commissione) chiedono agli interessati di esprimere la propria posizione, di solito in via telematica, in merito a una specifica questione, impegnandosi a tenerne di conto in fase decisoria (c.d. dialogo sociale e dialogo civile); sempre telematicamente si svolgono anche i dibattiti, in particolare ricorrendo a specifici *forum* e ai *social network*. L'iniziativa europea dei cittadini, richiamata dal par. 4 dell'art. 11 TFUE, richiede l'adesione di un milione di cittadini europei di nazionalità diversa che si rendono parte attiva nel processo di formazione delle leggi e vincola la Commissione all'obbligo di redigere una proposta legislativa in tema.

Se per i procedimenti amministrativi di *adjudication* il diritto europeo contiene una previsione normativa di carattere generale del diritto al contraddittorio in termini di difesa (art. 41, Carta dei diritti fondamentali dell'UE), riconosciuta anche ad esito di un processo di consolidamento della giurisprudenza sovranazionale, questa manca con riferimento ai procedimenti volti all'adozione di atti normativi e generali, per i quali la funzione partecipativa assume piuttosto una valenza di rappresentanza degli

<sup>23</sup> COM(2002) 278 def., 5 giugno 2002.

<sup>24</sup> In tema, S. SMISMANS, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, in *European Law Journal*, 2023, f. 9, p. 473; D. FERRI, *L'Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?*, in *Ist. fed.*, 2011, f. 2, p. 297.

<sup>25</sup> Comunicazione “Iniziativa europea per la trasparenza. Quadro di riferimento per le relazioni con i rappresentanti di interessi”, COM(2008) 323 def., 27 maggio 2008.

<sup>26</sup> Tribunale dell'Unione, sentenza 7 marzo 2019, in causa T-716/14, par. 54.

<sup>27</sup> Così, J. MENDES, *Participation in EU rulemaking*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

interessi<sup>28</sup> e generalmente rivolta ai centri di riferimento di interessi sezionali (come i sindacati dei lavoratori e le associazioni di categoria), così da lasciare gran parte del coinvolgimento degli interessati nell'alveo della concertazione o negoziazione.

Tuttavia alcune discipline di settore prevedono meccanismi di consultazione pubblica sia per i procedimenti amministrativi che si svolgono a livello europeo (ad espressione dell'amministrazione diretta) sia per quelli con i quali le amministrazioni nazionali attuano il diritto europeo (ad espressione dell'amministrazione indiretta). Così è nel settore delle telecomunicazioni, in cui «Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva [...] diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole» (art. 8, dir. 2002/21/CEE). Nella medesima direzione si colloca la disciplina contenuta nella dir. 2003/87/CEE sulle quote di emissione di gas a effetto serra, che impone agli Stati l'obbligo di consultare gli interessati e di tener conto delle osservazioni del pubblico, sia in sede di definizione del piano nazionale sia in sede di assegnazione delle singole quote e impone loro anche di consultare la Commissione europea, alla quale spetta l'approvazione del piano nazionale. Ancora, i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima, atti di programmazione di durata decennale previsti dal reg. 2018/1999/UE sulla *governance* dell'Unione dell'energia e che i singoli Paesi membri sono stati chiamati ad adottare conformemente agli impegni assunti dall'UE con l'Accordo sul clima di Parigi del 2015, ai sensi dell'art. 3, par. 2, del predetto regolamento, sono sottoposti a preventiva consultazione pubblica anche – e almeno – tra Stati vicini. D'altro canto, anche la più recente legge europea per il clima (reg. UE 1119/2021, specie artt. 3, 9 e 12) indica tre pilastri su cui deve basarsi il processo decisionale: la scienza; il dialogo multilivello con le autorità locali, le organizzazioni della società civile, la comunità imprenditoriale, gli investitori e altri portatori di interessi pertinenti; la partecipazione pubblica<sup>29</sup>.

Codesta spinta dell'ordinamento sovranazionale al rafforzamento della partecipazione anche nei procedimenti volti all'adozione di atti generali ha portato la dottrina a riconoscere al diritto eurolunitario non soltanto la capacità di esaltare la valenza garantistica dei diritti amministrativi nazionali, ma anche le sue capacità di legittimazione e di rappresentanza degli interessi<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Come precisato da B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 359.

<sup>29</sup> Lo ricorda, M. DE DONNO, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, f. 6, p. 761.

<sup>30</sup> Sul punto, F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, f. 1, p. 89.

Sulla scia delle iniziative intraprese dall'Unione europea e degli impulsi promossi dalle organizzazioni internazionali, che come si è visto hanno individuato un nocciolo duro dato dai requisiti minimi di consultazione del pubblico, il tema della *better regulation* e la tecnica della consultazione pubblica hanno trovato terreno fertile anche in Italia, ma secondo un percorso per certi aspetti originale.

Prima di procedere ad una analisi di dettaglio, occorre ricordare che nell'ordinamento italiano la base costituzionale per i processi partecipativi, tra livello statale e livello regionale, deve rinvenirsi nel nesso tra il principio democratico (art. 1 Cost.) e il principio autonomistico (art. 5 Cost.), all'interno del complesso rapporto tra unità e autonomia<sup>31</sup>, così come nello stretto legame tra l'articolo 5 e l'articolo 3, comma 2, Cost., nel senso che le autonomie locali rappresentano un viatico per consentire «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»<sup>32</sup>, e nell'affermazione del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), chiamato ad investire «il confine esterno delle istituzioni» e a coinvolgere «il rapporto tra queste, i cittadini e la società, implicando non più soltanto la prossimità nell'esercizio delle funzioni rispetto al cittadino, ma l'immedesimazione dei cittadini e della società organizzata nell'esercizio delle funzioni medesime»<sup>33</sup>.

## 2. “Conoscere per deliberare”: l'utilità delle consultazioni per le decisioni pubbliche

Prima di entrare nell'analisi delle consultazioni pubbliche come declinate all'interno del nostro ordinamento, è il caso di soffermarci per riflettere sulla loro natura giuridica e sul loro generale inquadramento.

Anzitutto, gli elementi che caratterizzano le consultazioni pubbliche, per

<sup>31</sup> In questi termini, M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in *Federalismi.it*, 2018, f. 7, p. 3.

<sup>32</sup> Così, C. CORSI, *La democrazia partecipativa tra fonti statali e fonti degli enti territoriali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, f. 1, p. 1 ss.; V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1974, p. 11 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984.

<sup>33</sup> Come ha ricordato, G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà ed ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999, p. 174.

il fatto che i cittadini non co-decidono, e tantomeno decidono, ci allontanano dall'alveo della democrazia diretta, ma non si attagliano neppure alla democrazia rappresentativa<sup>34</sup>, rispetto alla quale forma tradizionalmente intesa le consultazioni pubbliche ne rappresentano una forma di aperto distacco, sintomatica di una certa disaffezione per i tradizionali circuiti di intermediazione tipici della stessa<sup>35</sup>. Piuttosto ci potremmo trovare di fronte a una delle tante gemmazioni della cd. democrazia deliberativa<sup>36</sup>, ovvero un sottoinsieme della democrazia partecipativa<sup>37</sup>, le cui basi costituzionali sono già state richiamate e in cui, ferma restando la riserva di decisione nelle mani dell'autorità pubblica, i soggetti consultati in quanto aggregati o come singoli offrono un contributo istruttorio (e dunque al formarsi della decisione) *al* pubblico e *per il* pubblico nei processi decisionali.

Attraverso le consultazioni pubbliche, da un lato, si rafforza il *due process* e l'inclusività nei processi decisionali (rinsaldando il rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni) e, dall'altro, il *policy maker* opera secondo il metodo del "conoscere per deliberare"<sup>38</sup> inoculando legittimazione e responsabilizzazione nelle decisioni pubbliche. Ciononostante occorre precisare che la democrazia deliberativa ha una chiara finalità, che condivide con la democrazia partecipativa: incoraggiare i cittadini a intervenire nella formazione delle decisioni pubbliche, apportando suggerimenti e saperi, senza sostituirsi al decisore; al contempo, la teoria deliberativa si prefigge l'ulteriore scopo di consentire la partecipazione attraverso una discussione pubblica (*government by discussion*), in cui prevale l'opinione più logica, razionale e convincente.

In conseguenza di ciò, le consultazioni pubbliche di cui stiamo trattando, per la loro natura tendenzialmente unidirezionale, sembrerebbero ascrivi-

---

<sup>34</sup> In tema, M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladini, Cedam, Padova, 2004, p. 181 ss.

<sup>35</sup> Cfr., A. MORELLI, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano, 2015.

<sup>36</sup> Cfr., J. FISHKIN, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, New York, 2011.

<sup>37</sup> In proposito, L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, f. 4, p. 16; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 65 ss.; M. TRETTEL, *La democrazia partecipativa negli ordinamenti composti: studio di diritto comparato sull'incidenza della tradizione giuridica nelle democratic innovations*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 41.

<sup>38</sup> Il richiamo è a L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare*, in ID., *Prediche inutili*, Einaudi, Torino, 1956, p. 1 ss.

bili alla dimensione più ampia della democrazia partecipativa, così che «al potenziamento della “voce” degli amministrati» si affiancano «garanzie maggiori per la “visione”», ossia per «l’accesso ai documenti e alle informazioni»; garanzie che devono essere «modulate da un’equilibrata discrezionalità “strumentale” delle amministrazioni»<sup>39</sup>.

A fronte dello iato sempre crescente tra amministratori e amministrati e delle difficoltà costanti nell’adottare scelte complesse, occorre essere consapevoli del fatto che gli istituti di raccordo tradizionali faticano a rammentare simili strappi, tenendo presente che in un tale contesto la democrazia partecipativa può rivestire un ruolo rilevante<sup>40</sup>.

Del resto, con grande lungimiranza un autorevole amministrativista italiano aveva già intravisto negli strumenti di partecipazione alternativi alla politica una «forma di esercizio della sovranità popolare a mezza strada fra le forme di democrazia rappresentativa e quelle di democrazia diretta»<sup>41</sup>.

Tuttavia, se per un verso la democrazia partecipativa può soccorrere lo stato di debolezza che attraversa la democrazia rappresentativa, per altro verso, non sarebbe logico pensare che essa possa risolvere tutte le sue forme di incompiutezza<sup>42</sup>, altrimenti si tradurrebbe in un inutile placebo.

Inoltre bisogna essere chiari nel distinguere i due volti della democrazia partecipativa. Il primo, a scopo conoscitivo, richiede il coinvolgimento del pubblico nell’adozione di politiche e azioni concrete e si identifica nel modello delle consultazioni pubbliche e delle audizioni individuali. Il secondo, a scopo politico, consente un raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti maggiormente interessati al fine di valutare la qualità delle regole e delle politiche pubbliche da implementare e si identifica nelle varie forme di concertazione e negoziazione tra istituzioni e parti sociali.

Nella grande famiglia della democrazia partecipativa rientrano istituti ormai tradizionali e ad esercizio diretto quali la petizione, l’iniziativa legislativa popolare, il referendum consultivo, mentre in quella più ristretta della democrazia deliberativa rientrerebbero altri che invece hanno una storia molto più recente, almeno nell’ordinamento italiano<sup>43</sup>, quali il bilan-

<sup>39</sup> In questi termini, M. D’ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 34.

<sup>40</sup> Sul punto, M. TROISI, *op. cit.*, p. 29; M. CIANCAGLINI, *La disciplina organica della democrazia partecipativa nella legislazione regionale*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 157.

<sup>41</sup> Così, M. NIGRO, *Il governo locale*, Bulzoni, Roma, 1980, p. 94.

<sup>42</sup> P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’age de la défiance*, Seuil, Parigi, 2006, p. 10.

<sup>43</sup> V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

cio partecipativo, il dibattito pubblico e altre tecniche basate su un campionamento dei cittadini da coinvolgere (giurie di cittadini, *town meetings*, *deliberative pollings*). Al di là delle famiglie di appartenenza, si tratta di strumenti molto diversi fra loro e che esprimono l'odierno significato polisemico della partecipazione, pur essendo accomunati dalla confluenza nello spazio pubblico-politico della società civile e delle istituzioni.

Con il *genus* della democrazia deliberativa, le consultazioni pubbliche condividono alcuni elementi: la presenza di una sede *ad hoc*, un'arena in cui partecipare; l'ancoraggio ad un progetto specifico per il quale si prevede la partecipazione; la spontaneità, dato che la partecipazione è rimessa alla volontaria iniziativa dei singoli o delle formazioni sociali che intendono esprimere la loro opinione circa la politica pubblica oggetto della procedura; la ritualità, nel senso che la partecipazione si svolge in una specifica fase del procedimento e secondo modelli previsti *ex ante* da specifiche procedure.

Resta fermo che in mancanza di una disciplina generale di riferimento, l'istituto della consultazione nell'ordinamento italiano (e dell'Ue)<sup>44</sup> risponde a una diversa funzione (e dunque le garanzie procedurali variano) a seconda dell'ambito in cui è applicato: nel settore del governo del territorio e dell'ambiente è strumento che risponde all'esigenza di arricchire l'istruttoria procedimentale e affinare il *set* informativo a disposizione dell'amministrazione competente ad adottare il piano, il programma o la strategia in questione; nel contesto regolatorio conferisce legittimazione procedurale al regolatore, facilita la trasparenza nei rapporti, riduce le asimmetrie informative e consente di verificare preventivamente gli effetti delle decisioni. Sul piano dei principi, nel primo settore richiamato le consultazioni pubbliche

---

<sup>44</sup> G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 223 ss.; A. MASSERA, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo europeo?*, in M.P. CHITI-A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 189 ss.; R. MASTROIANNI-F. ROLANDO, *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. NAPOLITANO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, p. 296 ss. Si ricordi inoltre che le proposte avanzate dal Parlamento europeo nel 2013 (Risoluzione del 15 gennaio 2013) e nel 2016 (Risoluzione del 9 giugno 2016) non hanno trovato seguito da parte della Commissione europea. Quest'ultima risoluzione ha adottato integralmente la proposta di codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Ue giunta da studiosi di diritto amministrativo europeo riuniti nel gruppo "Research Network on EU Administrative Law" (*Renual*), costituitosi in Germania nel 2009. Cfr., G. DELLA CANANEA-D.U. GALETTA-H.C.H. HOFMANN-J.P. SCHNEIDER-J. ZILLER (a cura di), *Codice ReNeual del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; D.U. GALETTA, *Attività e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della Risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, p. 391 ss.

sono espressione del principio di partecipazione a scopo collaborativo per il governo del bene comune ambiente<sup>45</sup>, mentre nell'ambito regolatorio attuano il principio di proporzionalità per contenere l'esercizio dell'attività precettiva da parte dell'autorità nei limiti della neutralità rispetto alle situazioni sostanziali che sono in gioco<sup>46</sup>.

Anche la giurisprudenza amministrativa italiana ha dato un contributo importante al tema. In particolare, si è occupata della questione dell'inquadramento della partecipazione ai procedimenti regolatori gestiti dalle autorità indipendenti, riconoscendone una funzione collaborativa e non anche co-decisionale. Di tal guisa, in origine ha ritenuto non sussistente un obbligo di controdeduzione alle osservazioni presentate in fase di consultazione, né un generale obbligo di motivazione degli atti di regolazione, in particolare rispetto allo scostamento dell'atto finale dalla bozza rimessa alla consultazione<sup>47</sup>. In punto, si segnala che se l'art. 3 della legge n. 241/1990 esclude l'obbligo di motivazione per gli atti generali, almeno con riguardo al settore creditizio e con il fine di tutelare i risparmiatori, la legge n. 262/2005 (art. 23) chiede che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, siano motivati «con riferimento alle scelte di regolazione e vigilanza del settore»<sup>48</sup>. A tale previsione si somma quella prevista dalla legge n. 229/2003 con la quale è stato previsto l'obbligo di introdurre l'analisi di impatto della regolazione (d'ora in poi, AIR) per le delibere più rilevanti di tutte le autorità di regolazione (art. 12).

Poco dopo si è assistito invece ad un *revirement* giurisprudenziale volto a riconoscere l'obbligo per l'autorità indipendente di motivare la decisione adottata anche in relazione alle osservazioni presentate in fase di consultazione, che devono essere tenute in debita considerazione «pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione», giungendo a ritenere le garanzie partecipative «un meccanismo di democrazia, sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare»<sup>49</sup>. Del resto, ha conferma-

---

<sup>45</sup> Si veda, M. OCCHIENA, *Forza, debolezza e specialità della partecipazione ambientale*, in G. ARENA-F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova, 2011, p. 315 ss.

<sup>46</sup> Come ricorda, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, f. 3, p. 706.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 febbraio 2005, n. 402.

<sup>48</sup> S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, f. 4, p. 377 ss.

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; nella stessa direzione, Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 e Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

to il Consiglio di Stato, «in considerazione della natura “non politica”, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del “principio di legalità sostanziale” con un più forte rispetto di criteri di “legalità procedimentale”», l’obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di consultazione «costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio»<sup>50</sup>.

I giudici di Palazzo Spada hanno richiamato alla consultazione in termini di «fondamentale canale di carattere istruttorio a supporto delle scelte del decisore pubblico in relazione: all’offerta di dati, alla segnalazione dei problemi da risolvere con interventi normativi, alla individuazione di *regulatory failures* e al suggerimento di proposte di intervento»<sup>51</sup>, nonché quale «elemento di supporto delle scelte regolatorie (...) che consente, alla fine, un’ampia latitudine decisionale all’Autorità competente, perché le sue scelte saranno fondate su un procedimento partecipato, trasparente, aperto, ma soprattutto *evidence-based*, che responsabilizza e rende *accountable* una scelta pur ampiamente discrezionale, con tutte le ulteriori conseguenze anche sul piano della tutela procedimentale e giurisdizionale»<sup>52</sup>. Anche la Corte costituzionale ha ritenuto la consultazione uno strumento di trasparenza e partecipazione al processo decisionale capace di accrescere la legittimazione sostanziale del regolatore, specie quando si tratta – come nel caso delle autorità indipendenti – di regolatori tecnici<sup>53</sup>.

Un orientamento ondivago della giurisprudenza amministrativa si è registrato con riguardo agli atti amministrativi generali in ambito urbanistico, rispetto ai quali talora si è ritenuto che l’amministrazione non sia tenuta ad una confutazione analitica delle osservazioni pervenute dai privati al piano regolatore generale in sede di motivazione<sup>54</sup> e talaltra si è convenuto in senso opposto<sup>55</sup>. Nel medesimo contesto, anche l’obbligo di motivazione per gli atti pianificatori, teoricamente escluso in forza dell’art. 3, comma 2, della legge n. 241/1990, in alcune ipotesi specifiche

---

<sup>50</sup> Cons. Stato, Commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855; in senso analogo, Cons. Stato, Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3051.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Sez. consultiva, parere 19 giugno 2017, n. 1458.

<sup>52</sup> Cons. Stato, Commissione speciale, parere 9 maggio 2016, n. 1142.

<sup>53</sup> Corte cost. n. 69/2017.

<sup>54</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2002, n. 2443; Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 811.

<sup>55</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1237.

è stato imposto in via pretoria<sup>56</sup> a tutela della posizione dei privati.

Manca un orientamento univoco anche nel settore ambientale, almeno con riferimento al procedimento di valutazione di impatto ambientale: il giudice amministrativo, da un lato, ha chiesto il rafforzamento dell'onere di motivazione a carico dell'amministrazione competente nel caso in cui le consultazioni facciano emergere «ricadute potenzialmente negative sul contesto ambientale ed insediativo interessato dall'iniziativa»<sup>57</sup> e, dall'altro, ha precisato che le stesse non richiedono, «in caso di rigetto, una dettagliata confutazione», ritenendo sufficiente una sintetica motivazione della valutazione negativa<sup>58</sup>.

Peraltro, la dottrina più attenta ha segnalato la presenza di limiti alle garanzie procedurali negli interstizi delle procedure che non godono di una copertura normativa di carattere generale, sia nell'ordinamento interno sia nell'ordinamento dell'Ue. Per un verso, nell'ordinamento interno, con riferimento all'attività delle autorità amministrative indipendenti, ci sono ambiti di esercizio della funzione di regolazione disciplinate dalla *soft law* che non sono sottoposti a vincoli procedurali in tema di partecipazione<sup>59</sup>, ovvero ulteriori limiti si registrano nei procedimenti finalizzati alla regolamentazione o alla revisione di quella già prodotta che ricorrono all'utilizzo delle nuove tecnologie<sup>60</sup>; per altro verso, nell'ordinamento Ue, con riguardo a procedure che si svolgono presso collegi transnazionali (come ad esempio i vari comitati dell'Ue e non solo quelli espressione della comitologia) afferenti settori chiave come la salute, l'ambiente e la sicurezza del consumatore, nei quali si confrontano rappresentanti di interessi organizzati, delegati degli Stati membri o esperti indipendenti sulla base del *club model*, si registrano sacche di opacità a scapito dell'*accountability* delle istituzioni sovranazionali, tant'è che in alcune occasioni non sono neppure rese note le posizioni assunte dai singoli Stati membri<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1049; Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2009, n. 8786.

<sup>57</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4928.

<sup>58</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1049; Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2009, n. 8786.

<sup>59</sup> Lo ricordano G. CORSO-M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *op. cit.*, p. 170, facendo riferimento alle cd. lettere al mercato dell'IVASS che, anche quando impongono regole, non necessariamente aprono alla consultazione degli interessati.

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 171 e p. 178 ss.

<sup>61</sup> Sul punto, D. BEVILACQUA, *La trasparenza come garanzia di legittimazione e come strumento di tutela degli interessi "deboli"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, f. 5, p. 570 ss.

### 3. *Le consultazioni pubbliche nell'ordinamento interno: la frammentazione del modello tra disciplina statale e disciplina regionale*

Nell'ordinamento italiano, si è detto, manca una normativa generale di riferimento per le consultazioni pubbliche, che sono state per lo più regolate con iniziative delle singole istituzioni.

Certamente non manca un riferimento normativo importante, ancorché di natura programmatica<sup>62</sup>, nel Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005) che, all'art. 9 dedicato alla "Partecipazione democratica elettronica" richiama in duplice prospettiva all'impegno delle pubbliche amministrazioni per favorire «ogni forma di uso delle nuove tecnologie», con il fine di «promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico» (la prospettiva dell'*e-democracy*) «e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare» (la prospettiva dell'*e-government*).

In generale, come si vedrà, la partecipazione ha faticato nell'affermarsi quale strumento per garantire la qualità della regolazione: la stessa tende ad affrancare il modello della rappresentanza degli interessi dinanzi alle autorità indipendenti, si traduce in una partecipazione prevalentemente documentale nel settore ambientale e trova un riconoscimento tendenzialmente eterogeneo nel livello sub-statale. Tali elementi, in mancanza di un quadro normativo esaustivo e di cornice, rendono sfumate le diverse finalità della consultazione pubblica perseguibili nei vari settori analizzati.

I diversi ambiti a cui le consultazioni si applicano mettono in luce l'eterogeneità di alcuni profili caratterizzanti il processo partecipativo, quali l'individuazione dei casi di consultazioni pubbliche obbligatorie, la legittimazione del soggetto abilitato a gestire la consultazione, la titolarità del diritto ad essere consultati, l'impatto degli esiti del processo partecipativo sulle deliberazioni pubbliche, la durata delle consultazioni<sup>63</sup>, le caratteristiche tecniche e di sicurezza della piattaforma tecnologica utilizzata. Si trat-

---

<sup>62</sup> E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., p. 128. In tema si vedano anche L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023, p. 98 ss.; B. MARCHETTI, *L'amministrazione digitale*, in B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (diretto da), *Enciclopedia del diritto, I tematici, Funzioni amministrative*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 75 ss.

<sup>63</sup> Sottolineano la rilevanza di questo aspetto al fine di evitare il rischio di ossificazione delle procedure, P.R. VERKUIL, *Rulemaking Ossification. A Modest Proposal*, in *Administrative Law Review*, 1995, vol. XLVII, n. 3, p. 453 ss.; S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, f. 9, p. 947 ss.

ta di aspetti centrali in quanto idonei non soltanto a rafforzare le garanzie procedurali dei cittadini, ma anche la trasparenza e la qualità delle decisioni (evitando la mera promozione della visibilità del *policy maker*).

### 3.1. *Le consultazioni pubbliche nell'ordinamento statale e le sub-articolazioni del modello*

L'ordinamento statale riconosce le consultazioni pubbliche nell'ambito dell'amministrazione centrale dello Stato, per favorire la politica di *better regulation*, nei procedimenti di *rule-making* attivati dalle autorità amministrative indipendenti, per dare ascolto agli interessi regolati, e in alcuni procedimenti a valenza ambientale, nel rispetto di quanto previsto dall'ordinamento internazionale e sovranazionale dell'ambiente.

#### 3.1.1. *Le consultazioni nell'attività normativa del Governo*

A livello centrale, l'apertura alle consultazioni coincide con l'affermazione della politica pubblica per la qualità della regolazione affermatasi sul finire degli anni Novanta del secolo scorso attraverso le leggi di semplificazione richiamate per la prima volta dalla legge n. 59/1997. Queste, con cadenza annuale, dovevano fornire al Governo criteri, ambiti e principi metodologici per realizzare una costante opera di riordino e di semplificazione delle discipline attinenti al funzionamento della pubblica amministrazione e, più in generale, del sistema normativo nel suo complesso. La prima legge per la semplificazione (legge n. 50/1999) applicava l'AIR normativi adottati dal Governo e ai regolamenti ministeriali ed interministeriali ricorrendo a prime forme di consultazione sia pure non esplicitamente richiamate dalla normativa<sup>64</sup>.

Successivamente, la legge di semplificazione n. 229/2003 prevedeva nuove forme di consultazione, aperte a tutti i cittadini mediante la pubblicazione sul sito *web* dell'Esecutivo delle «notizie relative ad iniziative normative del Governo», nonché a «disegni di legge di particolare rilevanza», ma tale previsione non ha trovato lo sviluppo adeguato al suo rilievo<sup>65</sup>. Con il d.l. n. 4/2006 veniva poi istituito un nuovo organo, il «Comitato interministeriale per l'indirizzo e la guida strategica delle politiche di semplificazione

<sup>64</sup> Cfr. anche la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 26 febbraio 2001, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*.

<sup>65</sup> Come sottolinea, M.C. GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/consultazione nell'attività normativa del Governo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012, f. 3, p. 16.

e di qualità della regolazione”, al quale veniva affidato, assieme all’«attività di indirizzo e di guida strategica delle politiche di semplificazione», anche il compito di «individuare forme e modalità stabili di consultazione con le organizzazioni rappresentative degli interessi della società civile, assicurando, ove possibile, in via elettronica, forme di pubblicizzazione di tale attività e coordinando la consultazione in via telematica». Tuttavia quest’ultima apertura alle istanze partecipative si era tradotta nella istituzione, avvenuta con d.P.C.M. 8 marzo 2007, di un “Tavolo permanente per la semplificazione”, concepito quale «sede stabile di consultazione» con le categorie produttive, le associazioni di utenti e consumatori ed i rappresentanti degli enti locali e dunque in un modello più vicino alle pratiche di concertazione e negoziazione che a quelle di democrazia partecipativa.

Il primo riferimento compiuto alle consultazioni pubbliche è stato previsto dall’art. 5 del d.P.C.M. n. 170/2008, recante disciplina attuativa dell’AIR ai sensi dell’art. 14, comma 5, della legge di semplificazione n. 246/2005, secondo il quale la redazione della relazione AIR deve essere preceduta da un’adeguata istruttoria, comprensiva delle fasi di consultazione, anche telematica, delle principali categorie di soggetti pubblici e privati, destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione<sup>66</sup>.

Successivamente, e nonostante la direttiva n. 2/2017 della Ministra per la semplificazione e la pubblica amministrazione abbia raccomandato di promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche e di considerare la consultazione pubblica, svolta anche attraverso modalità telematiche, come una fase essenziale dei processi decisionali, la normativa del 2008 è stata abrogata dal d.P.C.M. n. 169/2017 recante la «disciplina sull’Analisi dell’impatto della regolamentazione, la Verifica dell’impatto della regolamentazione e la Consultazione». In attuazione di tale d.P.C.M., il Presidente del Consiglio dei ministri ha adottato la direttiva del 16 febbraio 2018, contenente la disciplina di dettaglio per le consultazioni pubbliche nell’ambito dell’AIR e della verifica dell’impatto della regolamentazione-VIR. La direttiva distingue due forme di consultazione: la prima, riservata a soggetti predefiniti, che si traduce in intervista semi-strutturata, *focus group*, *panel*, audizione e indagine campionaria (cd. consultazioni mirate); la seconda, rivolta a tutti gli interessati, che si declina nella formula del *notice and comment* e nel *forum online* (cd. consultazioni aperte).

Le consultazioni pubbliche del Governo sono attivate attraverso il portale *partecipa.gov.it*. Attraverso tale piattaforma gli utenti che desiderano essere consultati sono tenuti ad identificarsi e ad inserire il loro contributo, contenendolo in un numero predefinito di battute. Tutti i contributi rac-

---

<sup>66</sup> Lo ricordano, A. NATALINI-F. SARPI, *L’insostenibile leggerezza dell’AIR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, f. 3, p. 233.

colti vengono poi sistematizzati e richiamati in un rapporto finale prodotto dall'autorità competente ad esito della consultazione per la restituzione dei risultati.

Ulteriori disposizioni sparse e di natura settoriale hanno riconosciuto la tecnica delle consultazioni pubbliche in ambito governativo: la legge n. 11/2016, contenente delega al Governo per il recepimento delle direttive europee sugli appalti e le concessioni, ha chiesto che prima della redazione dello schema di decreto legislativo la Presidenza del Consiglio dei ministri coordini, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC, lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa (art. 1, comma 2); la legge n. 220/2015 sulla riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo, ha previsto che il Ministero dello sviluppo economico, in vista dell'affidamento del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, avvii una consultazione pubblica sugli obblighi del servizio medesimo, garantendo la più ampia partecipazione (art. 5).

### 3.1.2. *Le consultazioni nei procedimenti di rule-making delle autorità amministrative indipendenti*

In Italia sono le autorità amministrative indipendenti a ricorrere ad ampio uso dello strumento delle consultazioni pubbliche nei procedimenti di *rule-making* dalle stesse condotti<sup>67</sup>. Sul punto occorre ricordare che già la legge di semplificazione n. 229/2003 aveva imposto alle autorità amministrative indipendenti che svolgono compiti di vigilanza, regolazione e controllo di dotarsi di «forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione» (art. 12) e delle correlate fasi di consultazione in specie per l'adozione di atti amministrativi generali, di programmazione, pianificazione e di regolazione, per le quali la disciplina vigente è data dal d.P.C.M. n. 169/2017.

In questo caso la dottrina ha riconosciuto nella consultazione un surrogato del processo politico tipico del funzionamento delle istituzioni rappresentative<sup>68</sup>, individuando tuttavia un rischio di fuga verso la negoziazione degli interessi, dato che l'elevato tasso di *expertise* che caratterizza le autorità indipendenti può essere di per sé idoneo a catalizzare soggetti

<sup>67</sup> In tema, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 9 ss.; E. CHITI, *op. cit.*, p. 695; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 189 ss.

<sup>68</sup> G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, cit., p. 240.

in possesso di altrettante competenze tecniche capaci di dialogare con le stesse autorità secondo la formula del *notice and comment*<sup>69</sup>.

Con riferimento alle autorità indipendenti, tale pratica di *better regulation* trova fondamento in fonti di diversa matrice.

Talvolta sono le stesse direttive UE di settore a richiedere l'espletamento di forme di consultazioni, come nel caso delle comunicazioni elettroniche (art. 6 della dir. 2002/21/CE, recepito dall'art. 11 del d.lgs. n. 259/2003, come modificato dal d.lgs. n. 70/2012), fermo restando che l'autorità in questione può prevedere ulteriori discipline di dettaglio (del. AGCOM n. 453/03/CONS con riferimento ai procedimenti generali). In questo caso, le proposte di delibere che abbiano un impatto rilevante sul mercato delle comunicazioni elettroniche sono sottoposte a meccanismi di consultazione e trasparenza che consentono alle parti interessate di presentare proprie osservazioni entro un termine non inferiore a trenta giorni decorrenti dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento.

In altri casi sono le singole leggi istitutive delle autorità indipendenti, ovvero le norme che disciplinano i settori di mercato rimessi alla loro regolamentazione, a prevedere il ricorso alle consultazioni. Si pensi alla disciplina in materia di concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 2, comma 12, lett. *h*), legge n. 481/1995), che prevede per le imprese e le associazioni di utenti e consumatori la possibilità di partecipare ai procedimenti gestiti dalle autorità indipendenti in cui si definiscono tariffe, condizioni contrattuali e *standard*, ovvero alla disciplina in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari (art. 23, legge n. 262/2005, con riferimento ai procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali di Banca d'Italia, CONSOB, IVASS e COVIP), in cui le Autorità di settore sono chiamate a consultare «gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori», e al Codice dei contratti pubblici (art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento al previgente Codice, e art. 222, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici), che attribuisce ad ANAC il potere di adottare linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo e «altri strumenti di regolazioni flessibile comunque denominati», mettendo in atto un nuovo ciclo regolatorio dialogico in cui i soggetti regolati vengono consultati, in via preventiva, al fine di precisare e rendere più efficienti le azioni promosse ed adottate nel contesto della regolazione del mercato dei contratti pubblici.

Infine, altre volte la disciplina puntuale è prevista da regolamenti adottati dalle stesse Autorità, a tutela della loro *accountability*<sup>70</sup>. Ad esempio,

---

<sup>69</sup> G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 108.

<sup>70</sup> M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 319.

l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente-ARERA (deliberazione n. 649/2014/A) e l'Autorità di regolazione dei trasporti-ART (delibera n. 5/2014) hanno disciplinato nel dettaglio la partecipazione ai procedimenti di regolazione attraverso la presentazione di osservazioni e proposte, di regola con modalità telematiche, su uno schema di atto di regolazione da adottare, prevedendo un termine di norma non inferiore a trenta giorni decorrente dalla pubblicazione del relativo documento. Al termine della procedura, l'atto di regolazione è motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte presentate nel corso della consultazione.

Nel caso dell'ARERA, il responsabile del procedimento, anche su istanza di parte, può organizzare gruppi di lavoro, incontri pubblici e seminari, dandone adeguata comunicazione attraverso il sito Internet dell'Autorità e può inoltre pubblicare sul medesimo sito una raccolta di risposte alle domande più frequenti formulate dai soggetti interessati.

In parte diversamente, con proprio regolamento del 13 giugno 2018, l'ANAC ha disciplinato la partecipazione ai procedimenti di regolazione e la metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'AIR e della VIR. Secondo tale regolamentazione, ANAC predispone una proposta di documento di consultazione che può essere inizialmente condivisa ricorrendo ad appositi tavoli tecnici di consultazione (composti da categorie professionali, associazioni di operatori economici e pubbliche amministrazioni interessate) per poi essere successivamente aperta alla consultazione pubblica telematica pubblicando il documento sul sito Internet dell'Autorità. La consultazione viene svolta entro un termine non inferiore a quattro settimane; le osservazioni e le proposte pervenute tramite la consultazione *online* sono pubblicate in versione integrale sul sito Internet dell'Autorità, ma ai fini dell'adozione dell'atto finale sono prese in considerazione solo le osservazioni strettamente pertinenti all'oggetto della consultazione e utili all'assunzione delle scelte. Il regolamento prevede inoltre la possibilità di ricorrere a forme di consultazioni preventive al fine di acquisire i dati necessari alle valutazioni di competenza, anche mediante la somministrazione di questionari a soggetti preventivamente individuati.

Infine, occorre ricordare che la CONSOB ha poi avviato una consultazione pubblica *online* sulla revisione periodica del Regolamento, adottato con delibera n. 19654/2016, concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione generale, per i quali si propone che la consultazione abbia una durata minima pari a sessanta giorni.

### 3.1.3. *Le consultazioni nei procedimenti amministrativi a valenza ambientale*

Nonostante già la legge urbanistica n. 1150/1942 abbia previsto, con riferimento al piano regolatore generale, la legittimazione di «chiunque» a

presentare osservazioni a seguito del deposito del progetto di piano generale presso la segreteria comunale (art. 9), a cui si aggiunge la più recente e ricca tassonomia di modelli partecipativi prevista dalle discipline regionali in materia di governo del territorio<sup>71</sup>, è la disciplina del settore ambientale (d.lgs. n. 152/2006, artt. 3-*sexies*, 14-16, 24 e 24-*bis*) a richiamare espressamente la fase di «consultazione» nei procedimenti a valenza ambientale<sup>72</sup> finalizzati all'elaborazione dei piani e dei programmi che ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva sulla valutazione ambientale strategica-VAS (dir. 2001/42/CE) e sulla valutazione di impatto ambientale-VIA di determinati progetti di opere pubbliche o private (dir. 2011/92/UE, come modificata dalla dir. 2014/52/UE). In questo contesto, la consultazione del pubblico riguarda una proposta di piano o programma in materia ambientale (VAS) o di progetto di opera pubblica o privata (VIA) e il relativo rapporto ambientale in cui sono individuati, descritti e valutati gli impatti significativi che l'attuazione del piano, programma o del progetto determinerà sull'ambiente nel suo complesso, comprese le alternative che possono essere prese in considerazione. Attraverso il processo di consultazione, che limitatamente alla procedura di VIA può svolgersi nella forma dell'inchiesta pubblica e nel caso di grandi infrastrutture può essere preceduto dallo svolgimento del dibattito pubblico previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 22, d.lgs. n. 50/2016 e art. 40, d.lgs. n. 36/2023) e dal d.P.C.M. n. 76/2018 (nonché dall'allegato I.6 al Codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 36/2023), il pubblico è chiamato a presentare osservazioni, anche fornendo nuovi e ulteriori elementi conoscitivi rispetto alla proposta di piano, programma o progetto. Successivamente, nella dichiarazione di sintesi che accompagna il parere motivato di conclusione del procedimento di VAS e nel provvedimento di VIA, l'autorità competente è tenuta a precisare come si è tenuto di conto degli esiti delle consultazioni (artt. 5, commi 1, lett. *m-ter*) e lett. *o*), 17 e 25, d.lgs. n. 152/2006).

Il richiamo letterale alla “consultazione” contenuto nel d.lgs. n. 152/2006 assume tuttavia un significato suo proprio dato che, oltre alla possibilità di presentare osservazioni scritte e repertorate dall'autorità competente di cui si trova traccia nell'apposita pagina *web* dedicata alla singola procedura di VAS o VIA, per la sola procedura di VIA è prevista la possibilità di svolgere la fase procedimentale della consultazione all'interno di una inchiesta

<sup>71</sup> In tema, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, p. 14; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica “reticolare”*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, f. 3, p. 267 ss.

<sup>72</sup> Sul punto, per tutti, A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. 193 ss.

pubblica (ovvero nei casi previsti, a monte, all'interno di un dibattito pubblico), in cui le osservazioni vengono presentate oralmente.

Inoltre, l'art. 7-*bis*, comma 8, del d.lgs. n. 152/2006 riconosce alle Regioni la possibilità di introdurre regole ulteriori per le modalità di consultazione del pubblico e, in virtù di tale apertura, sono numerose le Regioni che hanno previsto in apposite leggi una panoplia di strumenti per favorire la partecipazione ai procedimenti di VAS e VIA di competenza regionale.

### 3.2. *Le consultazioni pubbliche nell'ordinamento sub-statale*

Un ulteriore ambito in cui le consultazioni pubbliche hanno trovato spazio è quello *sub*-statale. Alcune Regioni e Province autonome italiane, infatti, hanno aderito al modello di democrazia partecipativa in cui la decisione resta nella disponibilità del titolare della funzione e l'apporto partecipativo si assesta su un piano istruttorio "argomentativo" e i risultati della discussione sono condivisi nelle motivazioni delle decisioni pubbliche<sup>73</sup>.

Per inciso, nell'ordinamento italiano gli istituti della democrazia partecipativa hanno trovato il loro terreno elettivo proprio nel livello regionale e locale: lì si sono diffusi con una tendenza contagiosa a partire dai primi Statuti regionali degli anni Settanta del secolo scorso (e a seguire in quelli approvati successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione italiana avvenuta nel 2001) e hanno trovato una successiva conferma nella legge n. 142/1990 sulle autonomie locali (poi trasfusa nel T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, d.lgs. n. 267/2000) che aveva individuato nelle forme dei referendum abrogativi e consultivi, petizioni e iniziative legislative popolari (anche se nella prassi hanno trovato una scarsa applicazione), compreso l'obbligo per gli statuti locali di incentivare anche la partecipazione degli stranieri regolarmente presenti sul territorio (art. 8, d.lgs. 167/2000), le prime forme di coinvolgimento dal basso dei soggetti interessati alla definizione delle politiche pubbliche e alla formazione delle decisioni pubbliche.

I settori in cui può avvenire la consultazione possono essere i più disparati<sup>74</sup>: in alcuni Comuni, i cittadini prendono parte alla formazione dei documenti di finanza locale, discutendo alcuni dei temi in essi contenuti (il c.d. bilancio partecipativo); in altri casi, sono consultati per elaborare progetti di sviluppo economico o di politica ambientale, anche attraverso la creazione di arene deliberative per discutere delle politiche locali per

<sup>73</sup> M. TROISI, *op. cit.*, p. 22.

<sup>74</sup> In tema, L. BOBBIO (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

la lotta ai cambiamenti climatici (le Assemblee cittadine per il clima inaugurate nel luglio 2021 dal Comune di Bologna e il percorso partecipativo con il Tavolo dei cittadini del Comune di Milano sul Piano Aria e Clima aperto nel 2020)<sup>75</sup>.

A queste si sono poi unite ulteriori pratiche introdotte in alcuni casi con apposite normative regionali dedicate alla partecipazione pubblica<sup>76</sup> al fine di garantire risorse e strumenti ai soggetti sociali e ai governi locali che vogliono misurarsi con la costruzione di processi decisionali innovativi (basati su applicazioni digitali) e capaci di democratizzare la definizione delle politiche pubbliche. Si tratta delle esperienze delle Regioni a Statuto ordinario Umbria (l.r. n. 14/2010, come modificata dalla l.r. n. 2/2014), Toscana (l.r. n. 46/2013, già preceduta dalla l.r. n. 69/2007), Puglia (l.r. n. 28/2017), Emilia-Romagna (l.r. n. 15/2018, già preceduta dalla l.r. n. 3/2010), Marche (l.r. n. 31/2020) e delle Province Autonome di Trento (l.p. n. 3/2006 come modificata dalla l.p. n. 12/2014) e Bolzano (l.p. n. 22/2018), che in alcuni casi hanno anche predisposto specifici portali permanenti dedicati (*Partecipa Toscana*; *Partecipazione* – portale della Regione Emilia Romagna; *La casa della partecipazione* – portale della Regione Puglia; *SensorCivico*, il portale del consorzio dei Comuni trentini), quali luoghi di incontro e dialogo tematico tra cittadini, esperti e decisori politici rispetto a temi di particolare interesse sociale, economico e istituzionale e che, al contempo, rinvigoriscono le funzioni di informazione e comunicazione pubblica svolte dall'ente territoriale.

Posto che la diffusione delle pratiche partecipative è rimessa alle spontanee iniziative *sub*-statali, non manca l'esposizione al rischio di una eccessiva differenziazione infra-regionale all'interno del contesto nazionale.

Anzitutto le Regioni hanno definito con diversa latitudine ciò che rientra nel novero delle pratiche partecipative: si passa dalla consultazione, quale «strumento che consente il coinvolgimento del cittadino nell'esercizio delle funzioni delle istituzioni regionali, attraverso canali di ascolto immediato e diretto delle sue opinioni», che deve essere garantita “in tutte le fasi dei procedimenti amministrativi e normativi” (l.r. Umbria), anche strutturata in un Consiglio delle cittadine e dei cittadini (l.p. Bolzano), al generico

---

<sup>75</sup> In tema, M. DE DONNO, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, cit., p. 755 ss.

<sup>76</sup> Cfr., N. VIZIOLI, *La democrazia partecipativa nella legislazione regionale italiana*, in *Rev. catalana dret públic*, 2014, n. 48, p. 187 ss.; M. BRUNAZZO, *Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia*, in *Ist. fed.*, 2017, f. 3, p. 837 ss.; M. TROISI, *op. cit.*; P. VIPIANA, *La recente legge marchigiana in tema di partecipazione: aggiunta un'altra tessera al mosaico della legislazione regionale sulle tematiche partecipative*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2020, f. 3, p. 597.

processo partecipativo (l.r. Marche, l.r. Emilia-Romagna e l.p. Trento); dal dibattito pubblico regionale (l.r. Toscana e l.r. Puglia) alla previsione del *Town meeting* annuale, dei *Citizen meetings*, del diritto di tribuna e del bilancio partecipativo (l.r. Puglia), con un ambito oggettivo aperto agli atti normativi, ai progetti, alle procedure amministrative o alle politiche pubbliche (l.r. Umbria, Marche, Puglia ed Emilia-Romagna).

Poi, con riguardo alla legittimazione attiva alla partecipazione, si nota la generale condivisione di una ampia apertura, estesa agli stranieri e apolidi regolarmente residenti nel territorio interessato dal processo partecipativo e alle persone che lavorano, studiano, soggiornano in tale territorio o che hanno interesse al territorio stesso o all'oggetto del processo partecipativo (l.r. Marche, Puglia, Emilia-Romagna e Toscana, eccetto la l.p. Trento, che limita i diritti di partecipazione ai cittadini aventi un'età non inferiore ai sedici anni residenti nel territorio interessato dal processo partecipativo), nonché alle imprese, associazioni, organizzazioni e altre formazioni sociali aventi sede nel territorio suddetto o interesse al processo partecipativo (l.r. Puglia ed Emilia-Romagna). Gran parte delle discipline regionali prevedono altresì appositi strumenti per riconoscere centralità alle politiche regionali partecipative (la sessione annuale del Consiglio regionale sulla partecipazione e il programma annuale sulla partecipazione delle leggi regionali della Puglia ed Emilia-Romagna) e per promuovere la cultura della partecipazione (la "Giornata della partecipazione" riconosciuta dalle leggi regionali delle Marche ed Emilia-Romagna, ovvero specifici bandi per l'attivazione di processi partecipativi finalizzati a promuovere la cultura della partecipazione diffusa nei territori nel caso della legge provinciale di Trento).

Generalmente a livello territoriale la regia dei processi partecipativi è affidata a figure o organismi appositamente istituiti: è il caso delle Regioni Puglia (l'Ufficio della partecipazione) ed Emilia-Romagna (il Tecnico di garanzia della partecipazione). In alcuni casi agli organismi deputati a guidare i processi partecipativi è stato riconosciuto il carattere dell'indipendenza rispetto al soggetto titolare del potere decisionale, come nel caso della Regione Toscana (l'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione) e delle Province autonome di Trento (l'Autorità per la partecipazione locale) e Bolzano (l'Ufficio per la formazione politica e la partecipazione).

Il profilo procedurale è tendenzialmente previsto con una certa disomogeneità. L'iniziativa delle pratiche partecipative è rimessa al pubblico così come ai privati, singoli o associati, pur con diverso grado di dettaglio: ad esempio, la legge provinciale di Trento non prevede prescrizioni dettagliate ma sottopone obbligatoriamente a processo partecipativo alcune decisioni programmatiche; la legge regionale marchigiana non prescrive un numero minimo di richiedenti per l'attivazione del processo partecipativo; le leggi

regionali della Toscana, dell'Emilia Romagna (quest'ultima in un'ipotesi specifica) sono molto più minuziose dato che prevedono anche soglie numeriche. Il medesimo commento vale anche per la durata dei processi partecipativi, prevedendone generalmente la sola durata massima e con diversa entità (fissata a tre mesi dalla legge provinciale di Trento, a quattro mesi dalla legge regionale delle Marche, a sei mesi dalle leggi regionali della Toscana, della Puglia e dell'Emilia-Romagna).

Infine, il profilo dell'esito del processo partecipativo è compiutamente regolato dalla legge provinciale Trento e dalle leggi regionali delle Marche, Puglia ed Emilia-Romagna: in tali casi, si prevede che l'ente responsabile prenda atto degli esiti, valuti le proposte emerse e motivi le proprie decisioni anche in merito all'eventuale discostamento dalle risultanze emerse a seguito del processo partecipativo.

#### 4. *Notazioni conclusive e nuovi scenari digitali*

Comunicazione, consultazione e partecipazione, si è detto, sono gli strumenti che secondo l'OCSE garantiscono il coinvolgimento dei cittadini nell'*inclusive policy making*. Eppure nei gangli delle procedure esaminate non mancano i limiti.

Anzitutto è bene ricordare che più il coinvolgimento si apre a forme strutturate e organizzate di interessi e più si avvicina alle forme della negoziazione, affidando alla partecipazione una finalità politica; al contrario, più il coinvolgimento è aperto indistintamente a tutti i potenziali interessati, più la partecipazione assume una valenza conoscitiva e aperta anche agli interessi più deboli.

Abbiamo sottolineato, in positivo, che le pratiche di consultazione nei procedimenti regolatori delle autorità indipendenti hanno trovato una rapida e cospicua diffusione nell'ordinamento italiano, ma anche in questo caso non possiamo tralasciare alcune remore derivanti dalla provenienza del modello da una cultura giuridica lontana rispetto alla nostra tradizione<sup>77</sup> e che soltanto da pochi decenni è stata trapiantata nell'Europa continentale. Per tale motivo, è preferibile evitare bilanci prematuri e azzardati sul contributo delle consultazioni alla funzione regolatoria.

Peraltro, con riferimento a questo ambito non pare trascurabile il fatto che il quadro normativo relativo ai servizi di pubblica utilità (energia, acqua, comunicazioni elettroniche e trasporti) preveda un modello dualistico in cui sono attribuiti poteri di regolazione alle autorità di settore e ai ministeri

---

<sup>77</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 214.

competenti. D'altro canto, il contributo giurisprudenziale che ha consentito un ampliamento delle garanzie procedurali a cui si è fatto cenno ha riguardato le sole Autorità. In ambito ministeriale, i meccanismi procedurali atti a consentire e a valorizzare la partecipazione dei privati non sono stati attivati, né tantomeno – con la sola eccezione delle comunicazioni elettroniche (l'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche stabilisce che i privati interessati hanno il diritto di presentare osservazioni sia al Ministero, sia all'Autorità, a seconda dell'organo di volta in volta competente a procedere) – sono stati imposti come obbligatori. Occorre quindi chiedersi se vi siano ragioni per ritenere che anche la funzione regolatoria svolta dai ministeri debba essere soggetta agli stessi obblighi che la giurisprudenza ha affermato con riguardo alle autorità indipendenti. Se così fosse, anche gli atti di regolazione dei ministeri dovrebbero essere motivati e sottoposti alla procedura di *notice and comment*, consentendo ai privati coinvolti di presentare osservazioni a tutela dei propri interessi.

Un'analisi critica delle norme e della giurisprudenza, rilette alla luce dell'apporto dottrinario, consente di fornire una parziale risposta al quesito in esame. Ad avviso della giurisprudenza, l'obbligo delle autorità indipendenti di garantire la partecipazione trova giustificazione in virtù della particolare natura delle autorità stesse, prive come sono di una legittimazione democratica diretta<sup>78</sup>. Eppure, nonostante il ruolo rilevante attribuito alle Autorità, il principale attore della regolazione non può che essere il Governo, al quale la legge n. 400/1988 conferisce il potere di disciplinare tutte le materie che non sono oggetto di disposizioni di atti aventi valore di legge e che non sono coperte da riserva di legge (art. 17, comma 1, lett. c). Tuttavia, le ipotesi in cui il Governo deve assicurare il contraddittorio prima di adottare un atto normativo, come si è visto, sono essenzialmente limitate all'attività di consultazione relativa all'AIR, in cui peraltro il diritto a partecipare al procedimento non è riconosciuto ai singoli destinatari dell'atto normativo, ma alle loro rappresentanze organizzate in un'ottica concertativa fra istituzioni pubbliche e associazioni di categoria<sup>79</sup>. Allora se la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la sussistenza di determinati oneri di consultazione per le autorità indipendenti, proprio in quanto queste sono "sganciate" dal circuito della rappresentanza democratica, argomentando a contrario, si potrebbe persino giungere a conclusioni opposte per quanto concerne il Governo, che del circuito democratico è parte, essendo lo stesso direttamente responsabile nei confronti del Parlamento.

In materia ambientale, come si è visto, nonostante le previsioni della

---

<sup>78</sup> N. DESSÌ, *Attività ministeriale di regolazione e procedure di consultazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015, f. 1, p. 162.

<sup>79</sup> *Ivi*, p. 166.

Convenzione di Aarhus indichino una direzione di segno espansivo per la partecipazione, l'ordinamento italiano ha riconosciuto solo in parte l'applicazione di istituti partecipativi ascrivibili al modello della democrazia partecipativa e deliberativa (l'inchiesta pubblica e il dibattito pubblico) ai procedimenti decisionali che ricadono sul territorio – rispetto ai quali importanti aperture sono state introdotte da alcune normative regionali –, limitandosi a prevedere un modello generale di consultazione basato su osservazioni scritte che il pubblico può presentare all'amministrazione competente.

Tra gli strumenti partecipativi, la consultazione pubblica più di altri si rafforza attraverso l'uso della telematica<sup>80</sup> e si deve proprio alla diffusione delle nuove tecnologie la proliferazione delle consultazioni nell'ordinamento italiano. Vero è che il ricorso alla telematica garantisce parità delle armi tra i partecipanti al processo di deliberazione pubblica, ma anche relativamente a questo aspetto non mancano gli interrogativi, del tipo: siamo certi che tutti i portatori di interesse (potenzialmente il *quavis de populo*) riescano efficacemente a contribuire? Possiamo ritenere superata la questione del divario digitale? Riusciamo a monitorare la tendenza della partecipazione collaborativa a sfociare in partecipazione corporativa?

Dall'*homepage* del portale nazionale *ParteciPA*, la piattaforma del Governo italiano dedicata ai processi di consultazione e partecipazione pubblica, è possibile accedere alle consultazioni pubbliche telematiche in corso (due al 29 maggio 2023) e all'archivio di quelle concluse (ventiquattro al 29 maggio 2023, undici delle quali si sono svolte tra il 2022 e il 2023). La metodologia seguita è varia (così come le tematiche che sono oggetto della consultazione) e spazia dal questionario *online* alla raccolta di commenti o proposte, fino a segnalazioni di criticità relative ai documenti strategici dell'amministrazione centrale predisposti in bozza ovvero soggetti a revisione e aggiornamento<sup>81</sup>. Molte tra le suddette consultazioni sono riportate anche nel portale *consultazione.gov.it*, che al fine di ridurre gli ostacoli e i costi della partecipazione dovrebbe rappresentare il punto unico di accesso per i cittadini interessati a partecipare alle consultazioni dell'amministrazione centrale. D'altro canto anche i siti delle amministrazioni regionali dovrebbero essere standardizzati.

Inoltre, manca un punto unico di accesso destinato ad accogliere tutte

---

<sup>80</sup> M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in A. BARTOLINI-A. PIOGGIA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Cittadinanze amministrative*, vol. VII, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 96.

<sup>81</sup> Cfr. [https://partecipa.gov.it/processes?filter%5Barea\\_id%5D=&filter%5Bdate%5D=past&filter%5Bscope\\_id%5D=](https://partecipa.gov.it/processes?filter%5Barea_id%5D=&filter%5Bdate%5D=past&filter%5Bscope_id%5D=)

le procedure di consultazione: ad esempio, il portale *consultazione.gov.it* (attivo dal 2019) in cui sono presenti le consultazioni aperte e quelle concluse delle amministrazioni centrali, regionali e locali, non comprende le autorità amministrative indipendenti, ognuna delle quali gestisce in modo autonomo i propri processi di consultazione; lo stesso fenomeno si registra a livello sovranazionale dove il portale “di la tua”<sup>82</sup>, ad esempio, non raccoglie le consultazioni gestite dalle agenzie europee.

È stato saggiamente ricordato che a causa dell’aumento delle piattaforme di democrazia digitale sarà necessario generare un nuovo criterio di «gerarchia delle piattaforme»<sup>83</sup>. Al momento, infatti, si identificano tre macrocategorie di piattaforme per la democrazia digitale: quelle politiche, riconducibili direttamente o indirettamente ad una forza politica; quelle istituzionali, quindi riconducibili a più livelli istituzionali; quelle civiche, appartenenti a comunità virtuali o territoriali.

Alla luce delle esperienze che abbiamo richiamato emerge come, pur in assenza di un quadro normativo generale di riferimento, non siano mancate le iniziative di consultazione pubblica promosse dai vari governi che si sono succeduti. Ciononostante, il dato empirico evidenzia disomogeneità nel metodo, nell’oggetto, nei limiti e negli effetti prodotti sulla decisione finale<sup>84</sup>, con il rischio di generare divari derivanti da limitazioni arbitrarie al diritto ad essere consultati, dalla diversa incidenza dell’esito della consultazione, dalle caratteristiche tecniche e di sicurezza del sistema informativo destinato alla raccolta e al trattamento dei dati.

La dottrina più avveduta<sup>85</sup> ricorda che «una partecipazione è reale ed effettiva quando è in grado di incidere in qualche maniera sulla decisione, quando le parti contribuiscono al processo regolatorio, quando le proposte iniziali e il provvedimento finale differiscono in relazione ai contributi giunti in consultazione». Certo è che l’esperienza delle consultazioni pubbliche esprime il passaggio da un’istruttoria procedimentale per fatti e documenti ad una incentrata su dati e informazioni, quelli messi a disposizione dal decisore pubblico sulla piattaforma dedicata alla consultazione e quelli pervenuti

<sup>82</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say\\_it](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_it). A questo si aggiunge il portale della Commissione Europea “Contribuire al processo legislativo” (cfr. [https://commission.europa.eu/law/contribute-law-making\\_it](https://commission.europa.eu/law/contribute-law-making_it)).

<sup>83</sup> A. STURNI, *Le piattaforme di democrazia digitale nelle città del futuro*, in Astrid Rassegna, 2021, f. 9, p. 3.

<sup>84</sup> M. PIETRANGELO, *Il contributo di Internet alla partecipazione popolare: la consultazione pubblica telematica*, in F. MARCELLI-P. MARSOCCI-ID. (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 70.

<sup>85</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 205.

dai soggetti consultati, poi raccolti e repertoriati sulla stessa piattaforma (e forse anche sul *sentiment!*), che forse potrebbe migliorare la definizione e l'implementazione delle politiche pubbliche e degli atti amministrativi di carattere generale, ma senz'altro è capace di dare voce al maggior numero di interessi e dunque di aumentare il tasso di democraticità delle decisioni<sup>86</sup>.

Anche il ricorso alle nuove tecnologie, quali i *big data* e il *machine learning* possono dare un contributo alla produzione di atti normativi e amministrativi, con particolare riferimento alla raccolta e all'analisi dei dati che stanno alla base delle decisioni e alla rielaborazione dei commenti che vengono raccolti in sede di consultazione pubblica, eliminando gli errori umani, promuovendo l'imparzialità, l'equità procedurale e l'efficienza, limitando le occasioni di *maladministration* e garantendo precisi sistemi di controllo<sup>87</sup>.

Ciò è particolarmente evidente con riferimento alle decisioni a rilevanza ambientale e per il governo del territorio rispetto alle quali l'esigenza di disporre di un significativo patrimonio informativo (anche con riferimento ai dati storici conservati nelle banche dati delle diverse amministrazioni pubbliche) è particolarmente centrale<sup>88</sup>, così come ai fini della regolamentazione di settori squisitamente tecnici rimessi alle autorità amministrative indipendenti.

Tuttavia non mancano i rischi, specie con riguardo all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, stigmatizzati dalla dottrina nell'opacità, nell'errore e nelle potenziali discriminazioni; per ovviarli, il ricorso alle nuove tecnologie deve poggiarsi sul principio di trasparenza e deve riconoscere la possibilità di verificare e contestare i dati<sup>89</sup>.

In sostanza, la partecipazione che si realizza attraverso le consultazioni pubbliche telematiche è funzionale alla produzione di decisioni più informate e nelle quali si riduce l'asimmetria informativa fra il regolatore e il soggetto regolato, contribuendo al miglioramento delle stesse<sup>90</sup>, soddisfacendo un bisogno deflattivo dei conflitti che in molti casi rallentano o bloc-

---

<sup>86</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in AA.VV., *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Giuffrè Francis-Lefebvre, Milano, p. 32.

<sup>87</sup> Sul punto si soffermano anche G. CORSO-M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *op. cit.*, pp. 178-181.

<sup>88</sup> Come sottolinea, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, specie p. 70 ss.

<sup>89</sup> Sul punto, R. CAVALLO PERIN-I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 119 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, f. 2, p. 199 ss.

<sup>90</sup> G. CARULLO, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, n. 3, 2019, p. 697.

cano i processi decisionali. Al tempo stesso le nuove tecnologie, se utilizzate nel rispetto dei principi generali del *due process*, al fine supportare le basi scientifiche e tecniche delle decisioni e i controlli in sede di valutazione *ex post* dei risultati conseguiti, possono rappresentare un viatico per garantire la buona amministrazione<sup>91</sup>.

Ciò detto, la direzione da seguire è quella di un'amministrazione pubblica «condivisa»<sup>92</sup>, attraverso la quale possono scaturire «scelte collettive autenticamente democratiche»<sup>93</sup> secondo la serie «legittimazione-consenso-legittimità»<sup>94</sup>, dove la legittimità dell'atto è il risultato non solo dell'uso del potere da parte dell'autorità, ma anche dell'intervento da parte del cittadino nell'esercizio della funzione.

---

<sup>91</sup> Sul punto, con riferimento alla transizione digitale, D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 2022, f. 7.

<sup>92</sup> G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, n. 117-118, p. 29 ss.

<sup>93</sup> S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, f. 1, p. 43.

<sup>94</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Marsilio, Venezia, 1994, p. 103.

FRANCESCA NUGNES

## LE SFIDE DELLA REGOLAZIONE DIGITALE. QUALE RUOLO PER L'AUTORITÀ PUBBLICA?

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione. – 2. La co-regolazione nel quadro europeo. – 3. La co-regolazione nel *Digital Services Act* (DSA). – 4. La co-regolazione secondo l'*Artificial Intelligence Act*. – 5. Quale ruolo per l'autorità pubblica?

### 1. *Inquadramento della questione*

I pubblici poteri si trovano di fronte ad una sfida costituita dal bilanciamento tra la tutela dei principi democratici e dei diritti fondamentali da un lato, e lo sviluppo delle nuove tecnologie e dei relativi settori, dall'altro. Si tratta di un bilanciamento che nella regolazione europea più recente, quale il *Digital Service Act*, l'*Artificial Intelligence Act* e il *Digital Market Act*, coinvolge in modo significativo gli operatori privati inducendo a chiedersi quale sia il ruolo delle autorità pubbliche e le relative ricadute per i sistemi democratici.

La vastità e la complessità del tema non consentono in questa sede una riflessione esaustiva, ci si limiterà pertanto ad alcuni aspetti come quello relativo alle implicazioni della co-regolazione digitale sul ruolo delle autorità pubbliche nella garanzia dei diritti fondamentali.

Sul punto, il dibattito sembra essersi assestato su due posizioni opposte: da un lato coloro che ritengono opportuno affidare ai poteri pubblici l'elaborazione e l'applicazione della relativa disciplina; dall'altro coloro che ritengono necessario invece affidarsi all'autoregolazione dei soggetti privati<sup>1</sup>.

Quest'ultima opinione si giustificherebbe in ragione del carattere estremamente specialistico e sofisticato della materia che configura gli operatori del settore, vale a dire gli stessi destinatari della regolazione, come i sog-

---

<sup>1</sup> J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, vol. LIX p. 27 ss.; I. BARTLE-P. VASS, *Self-Regulation Within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?*, in *Public Administration*, 2007, vol. LXXXV; S. MSASSEN, *On the Internet and Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, vol. V, p. 545 ss.

getti realmente in possesso della conoscenza necessaria alla regolazione<sup>2</sup>.

In realtà, in un punto intermedio tra queste due posizioni contrapposte, pubblico-privato, si colloca la posizione di quanti ritengono che la scelta più opportuna sia affidarsi a una co-regolazione basata sulla collaborazione tra autorità pubblica e soggetti privati. Tale collaborazione consentirebbe di mitigare l'asimmetria informativa tra i due lasciando al soggetto pubblico il compito di stabilire a monte i valori e gli obiettivi della disciplina, così da coinvolgere il privato destinatario a valle, nella fase di attuazione della norma<sup>3</sup>.

In effetti, sembra essere questo il modello al quale si ispira la regolazione digitale nell'ordinamento giuridico europeo, una regolazione che mira a coniugare due principali obiettivi quali: lo sviluppo di un mercato unico delle nuove tecnologie, considerato una vera e propria leva per la crescita economica e sociale, da un lato, e la protezione delle libertà fondamentali e dei dati personali, dall'altro<sup>4</sup>.

Il punto nodale risiede pertanto nella fissazione di un equilibrio tra le due componenti oggetto di regolazione, tra gli obiettivi di crescita del mercato e degli operatori economici da un lato e quelle di protezione e tutela dei diritti fondamentali dei privati cittadini dall'altro<sup>5</sup>, equilibrio che nella regolazione europea è stato ricercato attraverso una co-regolazione *risk based approach* come ora si dirà.

## 2. La co-regolazione nel quadro europeo

La Commissione europea fa riferimento alla *co-regulation* nel manuale di istruzione per il *drafting* delle proposte legislative, il *Better Regulation Tool-box*, definendola come uno degli strumenti di *policy* della più ampia regolazione<sup>6</sup>. Quest'ultima, secondo quanto illustrato dal manuale, si avva-

<sup>2</sup> Cfr. O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, vol. CXXXVII, p. 88 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C.T. MARSDEN, *Internet co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyber space*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, *passim*.

<sup>4</sup> In argomento A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnicoscien-*  
*tifico e Costituzione*, ESI, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>5</sup> In argomento F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini Editore, Pisa, 2020, p. 187 ss.; L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, f. 1, p. 70 ss.

<sup>6</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *'Better Regulation' Toolbox*, novembre 2021, reperibile

le di: i) misure di *hard-law*, giuridicamente vincolanti (ex art. 288 TFEU: direttive, regolamenti e decisioni); (ii) misure di *soft regulation*; (iii) strumenti di tipo educativo e informativo; (iv) strumenti di natura economica.

In particolare la *co-regulation* è riconducibile agli strumenti di *soft law*, attraverso cui l'Unione delinea un sistema in cui il «raggiungimento di obiettivi politici specifici stabiliti nella legislazione o in altri documenti» è affidato a soggetti privati riconosciuti nel settore quali «operatori economici, parti sociali, organizzazioni non governative, organismi di normalizzazione o associazioni». L'intento è quello di combinare «i vantaggi della natura vincolante della legislazione con l'approccio flessibile della "autoregolazione"». Dunque, da un lato i poteri pubblici mediante strumenti di *hard law* stabiliscono l'insieme di condizioni, obiettivi, modalità di attuazione della normativa e connesse sanzioni, dall'altro i privati mediante l'auto-regolazione sono responsabili dell'attuazione della normativa pubblica<sup>7</sup>.

Nel suddetto schema collaborativo, pubblico-privato, il ruolo del primo non si esaurisce nella definizione del quadro normativo, ma si estende anche a fasi successive in cui si rende opportuno l'esercizio di funzioni di vario tipo quali, ad esempio, quelle di controllo oppure di promozione, di pubblicità e di recepimento. Tali funzioni possono essere svolte in varie combinazioni contribuendo in questo modo a definire il modello di co-regolazione adottato; allo stesso tempo, il ruolo del privato si fonda sulla scelta di collaborare autolimitando la propria attività in senso conforme ai principi stabiliti dall'autorità pubblica e recepiti dagli organismi di rappresentazione degli stessi destinatari<sup>8</sup>.

Guardando alla normativa europea è possibile individuare una disciplina della co-regolazione già nella dir. 1995/46/CE e nel reg. 2016/679/UE, c.d. GDPR, che in quanto finalizzati alla regolazione del trattamento dei

---

all'indirizzo: [ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox-0\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox-0_en); in argomento si veda A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, f. 4, p. 1031 ss.; L. SENDEN, *Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, vol. IX, reperibile all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=943063>.

<sup>7</sup> Così A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., p. 1034, anche per il virgolettato sopra; in riferimento alla "Better Regulation Toolbox", della Commissione europea, l'A. riporta che «La co-regolazione, [...] Non è l'unica opzione prevista nella macrocategoria della *soft regulation*; al suo interno vi sono, ad esempio, anche gli *standard* tecnici, le raccomandazioni e il metodo aperto di coordinamento; tutti strumenti accomunati dal proporre, seppur con formule differenti, la combinazione di fonti di natura pubblicistica con forme di autodisciplina privata».

<sup>8</sup> Sul punto S. SILEONI, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2011, p. 20 ss.

dati personali sui cui si basano le attività delle piattaforme digitali, offrono indirettamente una prima disciplina generale della tecnologia digitale<sup>9</sup>.

In particolare, nel modello configurato dal GDPR, le istituzioni pubbliche quali gli Stati membri, la Commissione, le autorità indipendenti nazionali e il Comitato europeo per la protezione dei dati personali, svolgono una generale azione di incentivazione e di promozione all'applicazione dei codici di condotta, le autorità indipendenti nazionali ed europee svolgono attività di vigilanza e controllo. A queste ultime dovranno essere preventivamente sottoposte le proposte di codice che si intende adottare, al fine di verificare la sussistenza dei parametri soggettivi e oggettivi che, se rispettati, consentono la registrazione e la pubblicazione dello stesso<sup>10</sup>.

Questo assetto subisce un'evoluzione nella normativa più recente nel senso di un rafforzamento del ruolo della Commissione europea, ma anche nel consolidamento del ruolo dei privati nel sistema di regolazione; entrambi gli elementi emergono dal *Digital Service Act* (DSA) e dall'*Artificial Intelligence Act* (AI Act) compresi nel c.d. pacchetto digitale<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Reg. 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR); in particolare, l'art. 40 del GDPR dispone che: «1. Gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese».

<sup>10</sup> Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 19 febbraio 2020, reperibile al seguente link: [https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future\\_it](https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it); inoltre si vedano COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, del 25 novembre 2020, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767>; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, del 15 dicembre 2020, reperibile in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-service-s-digital>; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act)*, del 15 dicembre 2020, in [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf); COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (AI Act)*, del 21 aprile 2021, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>.

<sup>11</sup> Si vedano le proposte della Commissione (DSA e DMA) presentate nel dicembre 2020 sulle quali il 25 marzo 2022 è stato raggiunto un accordo politico. Il *Digital Market Act*, reg. 2022/1925/UE del Parlamento europeo e del Consiglio 14 settembre 2022, pubblicato in G.U.U.E., 12 ottobre 2022, L 265/1; il *Digital Service Act*, reg. 2022/2065/UE

### 3. La co-regolazione nel Digital Services Act (DSA)

Il *Digital Service Act* (DSA) è volto a disciplinare «la responsabilità degli intermediari *online* per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione della natura dei rischi che tali servizi rappresentano per la società». Dunque il DSA interviene sulle responsabilità degli *internet service provider* (Isp), comprendendo coloro che offrono un servizio di trasporto (*mere conduit*), oppure di memorizzazione temporanea (*caching*) oppure di *hosting*, incluse le piattaforme digitali e in particolare i *social media*. In dettaglio, l'articolazione del DSA corrisponde a diversi destinatari: oltre ad una parte generale destinata a tutti gli intermediari, un'altra parte di norme è rivolta alle piattaforme *online*, ad eccezione delle piccole e micro imprese, mentre un'altra ancora è dedicata solo alle grandi piattaforme *online*, c.d. *Very Large Online Platforms* (VLOPs), identificabili con le piattaforme che mensilmente erogano i loro servizi ad almeno quarantacinque milioni di utenti attivi nell'Unione europea (art. 25 DSA).

A queste ultime non solo si impongono obblighi legati all'utilizzo di sistemi algoritmici (obblighi di trasparenza, *audit*, *risk assessment*, ecc.)<sup>12</sup>, ma si applicano anche le norme dell'*AI Act* complementari a quelle del DSA con la conseguente possibilità di un cumulo delle sanzioni previste<sup>13</sup>.

L'approccio seguito dal DSA, al pari di quanto previsto in altri settori dal finanziario all'ambientale, è quello del rischio, con particolare attenzione ai rischi per i diritti fondamentali e in generale ai rischi sociali che possono derivare dal comportamento dagli intermediari e dalle VLOPs in particolare<sup>14</sup>.

A riguardo il DSA non offre una definizione dei rischi sistemici che si

---

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento dei servizi digitali) in *G.U.U.E.*, 27 ottobre 2022.

<sup>12</sup> Cfr. L. AMMANNATI-F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, il Mulino, Bologna, 2022, p. 547.

<sup>13</sup> Così C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, cit., p. 203 ss., spec. p. 231.

<sup>14</sup> In questo senso Z. EFRONI, *The Digital Services Act: Risk-based regulation of online platforms*, in *Internet policy review*, 16 novembre 2021, reperibile all'indirizzo: <https://policyreview.info/articles/news/digital-services-act-risk-based-regulation-online-platforms/1606>.

concretizzano nell'impatto negativo sulla garanzia dei diritti fondamentali come anche nella diffusione di contenuti illegali e nella manipolazione di dati a scapito della sicurezza, della salute pubblica e delle elezioni (art. 26 DSA); sono le stesse VLOPs che dovranno effettuare annualmente un *risk assessment* con cui rilevano e analizzano i rischi sistemici correlati all'utilizzo dei propri dati, nel rispetto dei quali è obbligatoria l'adozione di misure ragionevoli, proporzionate ed efficaci volte a contenere i suddetti rischi (art. 27 DSA). In realtà alle VLOPs si impongono non solo obblighi relativi all'individuazione e la gestione del rischio, ma anche obblighi relativi alla trasparenza oltre a quelli relativi alla supervisione esterna che è affidata a organismi privati e che si aggiunge a quella svolta dal soggetto interno (art. 32 DSA).

Accanto all'autoregolazione, la co-regolazione è articolata sia in "codici di condotta" (art. 35 DSA), sia in strumenti di *soft regulation* come le norme volontarie determinate dai "competenti organismi di normazione europei e internazionali"<sup>15</sup> (art. 34 DSA), e i "protocolli di crisi" (art. 37 DSA), volti a fronteggiare situazioni straordinarie tali da incidere sulla sicurezza o sulla salute pubblica<sup>16</sup>.

Si tratta di atti di co-regolazione "atipici" per i quali è stato previsto il coinvolgimento delle piattaforme di grandi dimensioni (VLOPs) sia nella fase di elaborazione che in quella di sperimentazione e applicazione.

A riguardo va evidenziato che «rispetto ai modelli oggi vigenti, la "cooperazione normativa" nel DSA appare non più soltanto come una tra le possibili opzioni regolative da impiegare, quanto una prassi esistente da razionalizzare. A differenza della disciplina *ante litteram* della prima direttiva *privacy* degli anni Novanta, oggi l'utilizzo degli strumenti di *soft regulation* è un dato acquisito (si pensi alle norme europee di standardizzazione o ai sistemi di certificazione tecnica all'interno del *New Legislative Framework*)»<sup>17</sup>.

È questo un fenomeno la cui rilevanza è progressivamente cresciuta, specie considerando che sistemi di *self regulation* sono stati adottati dalle grandi piattaforme *online* il cui potere di condizionamento sul comportamento degli utenti è oramai un dato assodato. In tal senso vanno considerati esempi di auto regolazione da parte dei privati quali il codice di condotta contro le forme illegali di incitamento all'odio *online*, come anche il codice "rinforzato" di buone pratiche sulla disinformazione che riprende sviluppandole le disposizioni del precedente codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2018<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Sull'esempio delle norme Uni EN ISO.

<sup>16</sup> Cfr. considerando n. 71 DSA.

<sup>17</sup> Così A. SIMONCINI, *La regolazione digitale*, cit., p. 1040.

<sup>18</sup> Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *Media Laws*,

In questo quadro il ruolo delle autorità pubbliche appare in evoluzione poiché non si limita ad una mera funzione di incentivazione (art. 35, comma 1, DSA) per l'elaborazione di codici di condotta dovendo intensificare il loro intervento nel caso in cui «emerge un rischio sistemico significativo» per diverse VLOPs<sup>19</sup>.

In particolare, spetterà alla Commissione nel caso si riscontrino alterazioni del dibattito civico ad opera delle piattaforme *online* invitare le stesse, insieme ad organizzazioni della società civile oltre ad altri soggetti interessati, ad impegnarsi «ad adottare misure specifiche di attenuazione dei rischi nonché un quadro di comunicazione periodica sulle misure adottate e sui relativi risultati» (art. 35, comma 2, DSA).

In realtà il ruolo della Commissione, di fronte a rischi sistemici innescati dalle piattaforme, non si limita ad un semplice invito ad intervenire, ma si concretizza in un'azione di impulso in grado di impegnare le VLOPs ad adottare misure specifiche prefigurate dalla stessa Commissione, il che, sotto profilo ordinamentale, realizza uno spostamento del baricentro della co-regolazione dal livello nazionale (autorità indipendenti), al livello europeo (Commissione).

Peraltro la Commissione, insieme al Comitato, svolge un rinnovato ruolo anche rispetto ai controlli sui codici di condotta che pur non essendo più previsti in forma obbligatoria, avranno ad oggetto i principi e l'oggetto del DSA e la loro effettiva applicazione (art. 35, comma 3, DSA), lasciando in secondo piano gli aspetti formali imperniati sui requisiti soggettivi che caratterizzavano il controllo precedentemente delineato nel GDPR<sup>20</sup>.

---

2018, vol. I, pp. 1-19; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giapichelli, Torino, 2002, p. 25 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, f. 1, pp. 45-60; M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, in *Federalismi. it*, 2015, f. 3, pp. 1-47.

<sup>19</sup> Il considerando n. 57 DSA individua tre categorie di rischio sistemico: «La prima categoria riguarda i rischi associati all'abuso dei loro servizi attraverso la diffusione di contenuti illegali, quale la diffusione di materiale pedopornografico o l'illecito incitamento all'odio, e lo svolgimento di attività illegali, quali la vendita di prodotti o servizi vietati dal diritto dell'Unione o nazionale [...]. La seconda categoria riguarda gli effetti del servizio sull'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali, compresi libertà di espressione e di informazione, il diritto alla vita privata, il diritto alla non discriminazione e i diritti del minore [...]. La terza categoria di rischi riguarda la manipolazione intenzionale e spesso coordinata del servizio della piattaforma, con effetti prevedibili sulla salute pubblica, sul dibattito civico, sui processi elettorali, sulla sicurezza pubblica e sulla tutela dei minori, tenuto conto della necessità di garantire l'ordine pubblico, tutelare la vita privata e contrastare le pratiche commerciali fraudolente e ingannevoli».

<sup>20</sup> L'art. 35, comma 3, DSA dispone che: «[...] La commissione e il comitato mirano

Appare sin da subito chiaro come il DSA si sviluppi tra autoregolazione dei privati e co-regolazione su impulso della Commissione, secondo un modello collaborativo pubblico-privato che finisce per consolidare la posizione di vantaggio delle grandi piattaforme rispetto alle aziende concorrenti presenti sul mercato e ancor di più rispetto a quante ambiscono a entrarvi<sup>21</sup>. Osservazioni parzialmente analoghe possono svolgersi per la proposta di regolamento sull'Intelligenza artificiale che insieme al DSA contribuisce ad individuare la tendenza evolutiva della co-regolazione e le implicazioni per i poteri pubblici.

#### 4. *La co-regolazione secondo l'Artificial Intelligence Act*

In riferimento alla co-regolazione definita dal regolamento sull'Intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act - AI Act*) si individuano una serie di obblighi per i fornitori ed altri soggetti che operano nel settore<sup>22</sup>.

In effetti, già nella Relazione introduttiva alla proposta si chiariva che il modello adottato fosse “3+” inteso quale «strumento legislativo orizzontale dell'UE che segue un approccio proporzionato basato sul rischio + codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio»<sup>23</sup>.

---

inoltre a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i relativi obiettivi, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, compresi i cittadini, a livello di Unione. La Commissione e il comitato mirano inoltre a garantire che i partecipanti riferiscano periodicamente alla Commissione e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali del luogo di stabilimento in merito a tutte le misure adottate e ai relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori chiave di prestazione contenuti nei codici di condotta».

<sup>21</sup> Sul punto L. AMMANNATI-F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, cit., p. 547 ss., spec. p. 604 osservano che «La normativa, nel lasciare spazio alle piattaforme, ne consolida il vantaggio competitivo, in quanto l'adeguamento alla normazione costituisce uno strumento di barriera di ingresso o di crescita per le aziende concorrenti. Così come affidare responsabilità a piattaforme potenti le rende ancora più potenti»; il tema è messo in luce, *ex multis*, da E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, f. 2, numero speciale *Autorità amministrative indipendenti e regolazione delle decisioni algoritmiche*, p. 879 ss.

<sup>22</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *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*, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM n. 206/2021 final, (COD) n. 0106/2021.

<sup>23</sup> Si veda il punto n. 1, par. 1.1, *Relazione introduttiva AI Act*.

Si configurano così tre categorie di regolazione: alla prima appartengono sistemi di IA vietati, a rischio inaccettabile (art. 5, *AI Act*), ritenuti lesivi dei diritti della persona costituiti, ad esempio, dai sistemi di identificazione biometrica e di *social scoring*, oppure i sistemi volti a manipolare la condotta delle persone attraverso tecniche subliminali; nella seconda categoria rientrano sistemi di IA ad “alto rischio” che impongono il rispetto di diversi obblighi (art. 6 *AI Act* e Titolo III *AI Act*), per l'utilizzo e la qualità dei dati, per la gestione del rischio legato alla commercializzazione, per la documentazione relativa al caratteristiche e al funzionamento del sistema, nonché in materia di trasparenza e di supervisione umana; infine, alla terza categoria sono riconducibili in via residuale i sistemi di IA a basso o minimo rischio la cui disciplina può essere affidata ai codici di condotta.

Nel suddetto modello di regolazione *risk based approach*, in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali e della *rule of law*, una questione centrale è costituita dalla qualità dei dati utilizzati dai sistemi di Intelligenza artificiale, soprattutto in considerazione dei rischi di errore e di discriminazione che possono derivare dal loro utilizzo nel *training* ma anche nel *testing* e ancor di più nelle inferenze statistiche svolte dal sistema<sup>24</sup>.

L'affidabilità dei sistemi di IA, infatti, dipende dall'accuratezza con cui sono raccolti i dati, accuratezza che non può essere garantita poiché i dati utilizzati comprendono anche una quota raccolta «a strascico dall'ambiente circostante o da fonti difficilmente o per niente verificabili». In questi casi, peraltro, non è da escludere che si riproducano i “pregiudizi o convinzioni” di chi era preposto alla selezione e alla raccolta dei dati, così come non è da escludere che si verifichino *bias* storici in esito all'utilizzo di dati già presenti<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, f. 3, p. 15; A. SIMONCINI- S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 1, pp. 87-105.

<sup>25</sup> Così L. AMMANNATI-F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, cit., p. 553, anche per il virgolettato sopra; per rispondere a questa esigenza l'*AI Act* impone dei requisiti minimi e di *data governance* che si inseriscono in una strategia più ampia di *governance* dei dati volta alla costruzione di un mercato europeo. Non è possibile occuparci di questo tema in questa sede, sinteticamente la proposta di regolamento prevede l'utilizzo di dati rilevanti, corretti e completi di cui è precisato il carattere rappresentativo (art. 10); la solidità dei sistemi ad alto rischio, in termini di cybersicurezza e resilienza, rispetto alla capacità di gestire eventuali rischi derivanti da punti deboli del sistema; la predisposizione di una documentazione tecnica aggiornata utile a consentire una valutazione dei dati e dei processi impiegati rispetto alla tutela dei diritti fondamentali (art. 11); la predisposizione di “diari aggiornati”, *logs*, delle operazioni svolte dal sistema così da permetterne la verifica (art. 12); in argomento ampiamente C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione*

Un'altra questione ad oggi di complessa risoluzione riguarda le *black box* che in riferimento a *machine* e *deep learning* rende praticamente impossibile la ricostruzione del procedimento di produzione dell'*output*<sup>26</sup>. Ne deriva che pur essendo noti i dati utilizzati e il risultato finale, tutto il processo dei dati propedeutico all'esito resta opaco, compresi gli eventuali aggiustamenti che il sistema potrebbe aver adottato per giungere a un miglior risultato, il che impedisce il controllo sulla motivazione a fondamento della decisione ed inficia di conseguenza l'affidabilità dei sistemi di Intelligenza artificiale (*trustworthy*)<sup>27</sup>.

Di fronte all'impossibilità di natura tecnologica di garantire una completa trasparenza e tracciabilità delle decisioni la proposta di regolamento punta su un approccio *by design* stabilendo che i sistemi ad alto rischio siano progettati e sviluppati in modo da garantire un funzionamento "sufficientemente trasparente" tale da consentire agli utenti di conoscere, tra l'altro, le istruzioni d'uso del sistema con informazioni sintetiche e comprensibili sulle sue caratteristiche, contratti con il *provider*, i livelli di accuratezza, robustezza e *cybersecurity*, i dati utilizzati e i rischi per la sicurezza, la salute e altri diritti fondamentali (art. 13 *AI Act*).

Tuttavia, un livello sufficiente di trasparenza non risolve il principale problema di tutelare i diritti fondamentali implicati nella decisione del sistema di IA, specie per i destinatari di quest'ultima. Sul punto in dottrina è stata evidenziata la necessità del riconoscimento di un diritto a conoscere la logica

---

*europa in materia di intelligenza artificiale*, cit., p. 16; relativamente alla strategia di data governance si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 del 19 febbraio 2020; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati)*, 25 novembre 2020, pubblicato in *G.U.U.E.*, 3 giugno 2022, L 152; in argomento A. RIEKE-M. BOGEN-D.G. ROBINSON, *Public Scrutiny of Automated Decisions. Early Lessons and Emerging Methods. An Upturn and Omidyar Network Report*, 2018, p. 23 ss., in <https://omidyar.com/public-scrutiny-of-automated-decisions-early-lessons-and-emerging-methods/>; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 2020, f. 16, p. 292 ss.

<sup>26</sup> Sulle questioni aperte dai sistemi di intelligenza artificiale con particolare riguardo alla *black box* si veda lo studio EPRS - EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE - PANEL FOR THE FUTURE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Study, Artificial intelligence: From ethics to policy*, 2020, p. 7 ss.; S. QUINTARELLI, *Intelligenza Artificiale. Cos'è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Giappichelli, Torino 2020, *passim*.

<sup>27</sup> Sul punto *ex multis*, A. BIBAL ET AL., *Legal requirements on explainability in machine learning*, in *AI and Law*, 2021, vol. XXIX, p. 149 ss.; più ampiamente F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Boston, 2015, *passim*; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss university press, Roma, 2019, *passim*; A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in F.S. MARINI-G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 191 ss.

di fondo su cui è stata basata la decisione, anche al fine di consentirne un controllo di affidabilità che in «alcuni settori come l'amministrazione della giustizia» sarebbe funzionale alla legittimazione della stessa decisione dato il carattere necessario della motivazione (art. 111 Cost.)<sup>28</sup>.

A riguardo l'*AI Act* prevede, analogamente a quanto già disposto dal GDPR (art. 22), la sottoposizione dei sistemi ad alto rischio alla supervisione umana al fine di prevenire i rischi per la salute, la sicurezza ed altri diritti fondamentali quando il sistema è «utilizzato per le sue finalità o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile» (art. 14, par. 2)<sup>29</sup>.

La disposizione, per quanto meritevole di apprezzamento, configura uno strumento di tutela debole nella misura in cui non sia supportata da misure idonee a garantirne l'effettiva applicazione<sup>30</sup>, poiché, come già osservato in letteratura, non sono scongiurati i pericoli di un appiattimento della decisione umana su quella preventivamente fornita dal sistema intelligente e neutro<sup>31</sup>.

Tali debolezze appaiono confermate di fronte all'attribuzione agli stessi fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio del compito di valutare la sicurezza dei loro stessi prodotti rispetto alla tutela dei diritti fondamentali e della sicurezza, valutazione da svolgere attraverso una procedura di conformità,

---

<sup>28</sup> Così C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, cit., p. 21; sul punto A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, f. 1, p. 76 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 2020, f. 3, pp. 3369-3389; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, f. 1, pp. 415-436.

<sup>29</sup> Sul punto sempre attuali appaiono le osservazioni di S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti quali vincoli*, Laterza, Bari, 2014, p. 37; ID., *Una Costituzione per Internet?* in *Politica del Diritto*, 2010, f. 3, pp. 337-352; A. PRINCIPATO, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2015, f. 1, pp. 197-229.

<sup>30</sup> Così C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento*, cit., p. 19; sul punto il Consiglio di Stato partendo dal presupposto della necessaria supervisione dell'uomo rispetto al procedimento affidato al sistema, in linea con la disciplina europea di tutela della *privacy* e in attuazione del principio di trasparenza ha inteso la supervisione umana non solo come strumento volto a tutelare la conoscibilità dei criteri applicati e del modello impiegato, ma anche come strumento di imputabilità della decisione al soggetto titolare del potere che, sotto la propria responsabilità, deve essere in grado di intervenire per verificare la logicità e la legittimità del risultato oltre che per validare o correggere; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 Aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891; in argomento I. NICOTRA-V. VARONA, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, f. 4, p. 86 ss.

<sup>31</sup> Sul punto a M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 63 ss.

prima dell'immissione del mercato e della loro commercializzazione (art. 16, lett. a) ed e), *AI Act*).

A venire in luce è un modello di gestione del rischio informato all'approccio *by design* in parte analogo a quello già previsto nel GDPR (art. 22), dal quale tuttavia si discosta per la sostanziale differenza che nella proposta di *AI Act* l'eventuale intervento sul *design*, avviato dopo autovalutazione degli stessi produttori, non si concretizza rispetto alla progettazione del sistema, ma solo al momento dell'immissione sul mercato<sup>32</sup>. Il che desta non poche perplessità sulla neutralità della valutazione specie in ragione degli alti investimenti che i privati impiegano per la produzione e fornitura di un sistema e che condizionano giocoforza l'imparzialità del controllo a scapito della garanzia di tutela dei diritti fondamentali<sup>33</sup>.

## 5. *Quale ruolo per l'autorità pubblica?*

Dalle osservazioni brevemente svolte sulla co-regolazione configurata dal DSA e dall'*AI Act*, appare confermata la tendenza al rafforzamento del ruolo dei privati nella fase di attuazione della normativa. Tale tendenza è riconducibile in parte al divario di conoscenze e di mezzi tra le autorità pubbliche e gli operatori tecnologici, divario che a sua volta si colloca in una evoluzione economica e sociale oramai dipendente dai prodotti e dai servizi digitali.

Lo stesso divario espone al rischio di indurre i poteri pubblici ad abdicare alla propria potestà normativa in favore di privati, rischio che potrebbe

<sup>32</sup> Sul punto L. AMMANNATI-F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e regolazione dei mercati digitali. Modelli di regolazione e di regolatori*, cit., pp. 556-557, in cui si osserva che viene così «delineato un disegno che, quanto alla garanzia dei diritti fondamentali e della sicurezza, lascia la valutazione di conformità agli stessi fornitori dei sistemi di IA che si accompagna ad una presunzione di conformità se il fornitore ha applicato le norme armonizzate oppure, dove queste non esistano o siano insufficienti, standard armonizzati definiti da organismi privati di standardizzazione. Certamente suscita una qualche perplessità che, grazie all'ampia discrezionalità riconosciuta a soggetti di natura privata come i fornitori di sistemi di IA, la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali sia quasi esclusivamente affidata a procedure di auto-valutazione».

<sup>33</sup> Oltre ai controlli precedenti l'immissione sul mercato la proposta di regolamento prevede anche un monitoraggio *post market* (Titolo VIII). Si dispone che ciascuno Stato membro si doti di un'autorità per la gestione del sistema di sorveglianza si impongono obblighi non solo per l'utilizzatore ma soprattutto per il *provider*. Questi dovrà conservare per un adeguato periodo di tempo le registrazioni di funzionamento del sistema di IA al fine di consentire eventuali controlli e correggere e comunicare all'autorità nazionale competente le violazioni nel funzionamento del sistema.

svilupparsi nell'ambito delle diverse conformazioni assunte dalle forme di collaborazione dei privati con le autorità pubbliche.

Certo, nella normazione relativa alla protezione dei dati resta preminente il ruolo del soggetto pubblico: il GDPR, infatti, prevede che siano le istituzioni pubbliche quali gli Stati membri, la Commissione, le autorità indipendenti nazionali e il Comitato europeo per la protezione dei dati personali a svolgere una funzione di incentivazione per l'adozione dei codici, analogamente alla funzione di controllo affidata alle autorità di controllo, nazionali ed europee.

Tuttavia già nel DSA si coglie un rafforzamento del potere di regolazione dei privati, manifestato dalla discrezionalità loro riconosciuta rispetto all'adozione di codici di condotta. Fanno eccezione i casi in cui dalle VLOPs possono insorgere rischi per i diritti fondamentali o in generale per la sicurezza e la democrazia, poiché in queste ipotesi la Commissione può promuovere l'adozione di codici di condotta indicandone, se del caso, anche i contenuti.

Analoghe osservazioni possono svolgersi per l'*AI Act* in cui, a ben vedere, la co-regolazione *costituisce una metodologia "preferenziale" solo per i sistemi di IA a basso rischio*, ma non per quelli vietati e per quelli ad alto rischio per i quali sono previsti diversi obblighi. A riguardo è stato rilevato in dottrina come il modello adottato nel *AI Act* sia decisamente innovativo prefigurando «un regolamento dalla natura "mista", composto da una parte ad applicazione "obbligatoria e diretta" – le disposizioni sulla IA "vietata" e ad "alto rischio" – ed una parte – quella sulla IA a "basso rischio" – ad applicazione "volontaria e differita", ovvero affidata alla co-regolazione»<sup>34</sup>. Il grado di imperatività delle regole è direttamente proporzionale ai valori da esse protette, così «per le tecnologie che violano – ovvero pongono gravemente a rischio – valori giuridici primari, ci si affida all'imperatività della regolazione di *hard-law* e alla forza deterrente delle sanzioni, per le altre tecnologie a basso rischio – nelle quali dunque, in ottica precauzionale, permane pur sempre un rischio, seppur limitato – si sceglie la via della capacità persuasiva dei valori giuridici e l'incentivo collettivo derivante dalla garanzia di qualità che essi assicurano». Nei sistemi AI a basso rischio resta pertanto molto ridotto, se non secondario, il ruolo dell'autorità pubblica che si occupa principalmente di promuovere e agevolare l'applicazione

---

<sup>34</sup> Così A. SIMONCINI, *La regolazione digitale*, cit., p. 1044, il quale osserva che «In termini di teoria delle fonti, nell'*AI Act* si configurano norme che, al tempo stesso, sono "obbligatorie", per i sistemi di AI vietati e ad alto rischio e che costituiscono soltanto un "valore" ovvero un "orientamento", per i sistemi di AI a basso rischio»; ID., *Quale modello per la regolazione dell'Intelligenza Artificiale? L'Europa al bivio*, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza Artificiale*, Cedam, Padova, 2022, p. 237 ss.

di codici di condotta da parte degli operatori del settore, il che configura un assetto normativo affidato in definitiva all'autoregolazione dei privati. Si tratta di modelli diversi in cui la co-regolazione consente di «proporre soluzioni normative flessibili – [...] a geometria variabile- ad esigenze di regolazione ovvero a condizioni di forza variabili e cangianti»<sup>35</sup>.

D'altro canto, su questa evoluzione della co-regolazione incide l'onerosità di una regolazione a tutela dei diritti fondamentali e della democrazia, onerosità che trova nel ricorso ai codici di condotta la modalità meno pesante per gli operatori del settore. Allo stesso tempo, al fine di evitare una primazia dei privati nella fase attuativa della norma, e con essa i rischi per i diritti fondamentali, principio di legalità e democrazia, occorre rimarcare la distinzione dei ruoli e delle funzioni in tutto il processo deliberativo.

È in questo contesto che la riflessione si estende al ruolo dello Stato quale garante dei diritti fondamentali oltre che dei principi di democrazia e per il quale il DSA e l'*AI Act* delineano una responsabilità in ordine alla *governance*, all'*enforcement* e alla individuazione delle autorità nazionali competenti e delle rispettive funzioni. Tuttavia le disposizioni osservate non sembrano sufficienti a garantire la protezione dei principi democratici dalle violazioni derivanti da un eventuale cattivo uso degli strumenti algoritmici da parte delle grandi piattaforme, violazioni che si potrebbero dar luogo a disinformazione, *fake news*, *hate speech* e così via. La co-regolazione resta così imperniata sulla responsabilizzazione degli operatori privati tenuti ad assolvere specifici obblighi di tipo procedurale, il che si traduce sostanzialmente nell'affidare a questi ultimi un ruolo determinante nella tutela dei diritti e dei principi democratici, mentre allo Stato "residua" una funzione di vigilanza e controllo del rispetto della normativa che non giunge a concretizzarsi in azioni positive. Eppure sia la Corte di Strasburgo<sup>36</sup> che la Corte di giustizia<sup>37</sup> hanno da tempo evidenziato l'esigenza di azioni positive da parte dello Stato a tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici.

A riguardo un positivo segnale per un riequilibrio tra poteri pubblici e

<sup>35</sup> In questo senso A. SIMONCINI, *L'uso delle tecnologie nella pandemia e le nuove disuguaglianze*, in L. VIOLANTE-A. PAJNO (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 225.

<sup>36</sup> Sul punto si veda C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 235; Corte EDU, 13 luglio 2010, *Manole e.a. c. Moldova*, par. 100; Corte EDU, 7 giugno 2012, *Center Europa 7 Di Stefano c. Italia*, par. 134.

<sup>37</sup> Corte giust. UE, 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*; Conclusioni dell'avvocato generale Poirares Maduro, causa C-350/05, *Centro Europa 7*, 12 settembre 2007; in argomento B. NASCIBENE-F. ROSSI DAL POZZO, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, in *Eurojus*, 2019, p. 132 ss.

privati, si coglie nel DSA in base al quale è la Commissione ad assumere un ruolo centrale nei confronti delle grandi piattaforme giungendo ad entrare nel merito del contenuto dei codici di condotta, il che limita il rischio paventato in dottrina che la “co-regolazione” si tramuti in “confusione”<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Così A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., p. 1047, anche per il virgolettato sopra, il quale evidenzia che «se osserviamo il fenomeno in prospettiva diacronica, siamo passati da un modello, quello più risalente della legislazione sulla *privacy*, caratterizzato dalla funzione di controllo «esterno» attribuita alle autorità indipendenti di controllo, alla prefigurazione di un modello, quello del DSA, in cui, quantomeno nei confronti delle grandi piattaforme, il ruolo centrale è giocato dalla Commissione, utilizzando poteri di amministrazione diretta, più che di controllo».



DONATO VESE<sup>1</sup>

## INTELLIGENZA ARTIFICIALE, ALGORITMI E COMPETITIVITÀ NELLA SFERA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. IA e algoritmi nella scienza dell'informazione: significato, funzione e applicazione. – 3. IA e algoritmi nella sfera pubblica: neutralità, trasparenza, comprensibilità. – 4. Le nuove pratiche anticoncorrenziali algoritmiche: presupposti e rimedi nella normativa UE. – 5. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

L'imporsi nella nostra società dell'intelligenza artificiale (IA) e degli algoritmi ha aperto un'area di ricerca nel diritto dell'economia sempre più dinamica e avvincente per gli studiosi di questa scienza. L'aumento delle capacità di autoapprendimento e di elaborazione estesa dei dati di queste tecnologie, i potenziali danni che possono causare nella sfera dei consumatori e, più in generale al benessere della società, sono utilizzati come punti di partenza per proposte di modifica delle attuali norme giuridiche e delle prassi di regolamentazione nella sfera pubblica.

Tuttavia, l'impatto dei sistemi di IA e degli algoritmi nel settore anti-trust è ad oggi un campo di ricerca poco esplorato dalla scienza giuridica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Desidero ringraziare Benedetta Galgani e Michela Passalacqua per avermi coinvolto nel Progetto di ricerca d'Ateneo (PRA) "Servizi pubblici e piattaforme digitali. Categorie giuridiche, processi, garanzie", dell'Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza. Alcune idee di questo contributo non sarebbero potute sorgere senza la mia esperienza di ricerca svolta nel 2022 al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bologna e all'Alma Mater Interdepartmental Research Institute For Human-Centred Artificial Intelligence. Desidero ringraziare per questa ragione Monica Palmirani, Direttrice del Centro Alma Mater AI e Marco Dugato mio supervisore dell'attività di ricerca all'Università di Bologna. Un sentito ringraziamento va anche ad amici e colleghi del centro di ricerca bolognese e particolarmente a Salvatore Sapienza, Alessandra Santangelo, Chantal Bompreszi ed Emanuela Podda. Infine, vorrei ringraziare Giovanni D'Elia che ha riletto una bozza precedente del manoscritto.

<sup>2</sup> In dottrina maggiore attenzione, almeno per ora, è stata dedicata dalla letteratura economica. Si v. E. CALVANO-G. CALZOLARI-V. DENICOLO-S. PASTORELLO, *Artificial Intel-*

Sebbene abbia suscitato un vivo interesse fra i *policymakers*, le autorità di regolamentazione e le corti, ad oggi non esiste un consenso unanime a livello internazionale sulla misura in cui leggi, provvedimenti e politiche siano adatti a questo particolare ambito del diritto.

La letteratura specialistica che si è occupata di IA e algoritmi riflette tre grandi aree di interesse per il diritto antitrust<sup>3</sup>. In primo luogo, gli studiosi suggeriscono che IA e algoritmi possano ampliare le ipotesi in cui si verificano forme di condotta anticoncorrenziale, come l'abuso di posizione dominante e l'intesa restrittiva della concorrenza.

In secondo luogo, si ipotizza che l'uso dell'IA e degli algoritmi porti a nuove forme di condotte anticoncorrenziali che sfidano la tradizionale legislazione antitrust con nuovi elementi, quali la discriminazione di prezzo, l'estrazione e l'acquisizione di dati<sup>4</sup>.

In terzo luogo, si ritiene che l'illecito antitrust possa sfruttare i mercati che implementano sistemi di IA e sofisticati algoritmi, spingendo i consumatori ad impegnarsi in transazioni che amplificano l'illecito concorrenziale.

Sulla base di queste premesse dell'analisi empirica offerta dalla letteratura specialistica, questo contributo si focalizza sul ruolo che l'IA e gli algoritmi possono avere come strumenti che agevolano le condotte distorsive della concorrenza e sulle implicazioni che ne derivano per le

---

*ligence, Algorithmic Pricing and Collusion* (April 1, 2019), disponibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3304991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3304991>; A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Artificial Intelligence and Collusion: When Computers Inhibit Competition*, in *Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015*, May 2015; A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge, Ma, 2016; S.K. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 100, p. 1323 ss.; M.S. GAL, *Algorithmic-facilitated coordination*, in *Cpi Antitrust Chronicle*, May 2017; S. GOSSELIN-J. APRIL-A. MARTIN, *Are Antitrust Laws Up to the Task? A Us/Eu Perspective on Anti-Competitive Algorithm Behavior*, Hausfeld, LLP, August 17, 2017; J. HARRINGTON, *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents*, University of Pennsylvania, 2017; F. BENEKE-M.O. MACKENRODT, *Artificial Intelligence and Collusion*, in *International Rev. of Intellectual Property and Competition Law*, January 2019, 50, 1, p. 109 ss. Nella dottrina giuridica italiana, si v. P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, p. 163 ss.; ID., *Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di Internet*, in *Dir. comm. intern.*, 2018, p. 289 ss.

<sup>3</sup> Per una solida impostazione, in ambito giuridico, si v. S. RAB, *Artificial intelligence, algorithms and antitrust*, in *Competition law journal*, 2019, 18, 4, p. 141 ss., la quale sostiene come il campo dell'intelligenza artificiale stia rimodellando praticamente ogni settore, compreso il diritto antitrust. E ciò, secondo l'A., sulla base dell'idea che le macchine possano essere utilizzate per simulare l'intelligenza umana attraverso il cosiddetto *machine learning*.

<sup>4</sup> A. GAUTIER-A. ITTOO-P. VAN CLEYNENBREUGEL, *AI algorithms, price discrimination and collusion: a technological, economic and legal perspective*, in *European journal of law and economics*, 2020, 50, 3, p. 405 ss.

politiche e gli interventi antitrust nella sfera pubblica.

Dato che l'innovazione tecnologica continua ad evolversi ed ha un impatto notevole sull'economia pubblica<sup>5</sup>, noi pensiamo che l'IA e gli algoritmi possano avere effetti dirompenti sul versante della competitività e della crescita economica degli Stati in ogni parte del mondo. In questo orizzonte un ruolo cruciale riguarda lo sviluppo delle piattaforme digitali. Molti e pregevoli studi hanno descritto come nuovi modelli di business si espandano come risultato di innovazioni digitali che utilizzano IA e algoritmi, come nella *sharing economy* che ha visto protagoniste piattaforme digitali come Airbnb e Booking.

Tuttavia, manca la conoscenza di come avvengono questi cambiamenti e, soprattutto, non si conosce appieno il contenuto o quali saranno le conseguenze sotto diversi aspetti. La conoscenza delle cause richiede la comprensione della digitalizzazione, mentre la comprensione dei contenuti è legata all'IA e agli algoritmi e a quali norme danno origine in termini di aspettative. È innegabile che queste nuove piattaforme producano benefici per i consumatori, ma c'è il rischio, seguendo la logica dell'IA e degli algoritmi, che le piattaforme che riescono a conquistare un segmento di mercato rafforzino la propria posizione nel tempo, creando monopoli di fatto e rilevanti distorsioni alla concorrenza.

Inoltre, sistemi sofisticati basati sull'implementazione dell'IA e degli algoritmi producono sul versante del diritto positivo problemi di interpretazione legati ai grandi cambiamenti imposti dalle nuove condizioni di regolamentazione. Queste nuove condizioni, che si proiettano potentemente nella sfera pubblica, sono principalmente l'effetto di tre fattori: (i) la funzione autonoma dell'IA, (ii) il problema della complessità e della trasparenza (iii) la necessità di enormi quantità di dati (*big data*)<sup>6</sup>. Tali fattori, come vedremo nel corso dell'indagine, chiamano i regolatori e i *policymakers* nel settore dell'antitrust ad affrontare la sfida della competitività in modo nuovo rispetto al passato.

Alla luce di queste considerazioni introduttive, sosteniamo che per garantire una maggiore efficacia del sistema antitrust e quindi consentire la competitività nella sfera pubblica, i sistemi basati sulla tecnologia come l'IA e gli algoritmi devono essere necessariamente trasparenti e responsabili, in modo da rendere il processo di formazione delle scelte economiche

---

<sup>5</sup> Sull'innovazione nel contesto dell'intervento pubblico nell'economia, si v. M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma: *il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2021, p. 55 ss.

<sup>6</sup> Su cui si v. F. DI PORTO, *La rivoluzione dei big data*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, f. 5, pp. 5-14. Più di recente, si v. B. MÄIHÄNIEMI, *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets*, Elgar, Cheltenham, 2020.

degli attori del mercato visibile e spiegabile e, in ultima istanza, controllabile dalle autorità di regolamentazione (e dai giudici).

## 2. *IA e algoritmi nella scienza dell'informazione: significato, funzione e applicazione*

Gli scienziati del diritto conoscono da tempo il fenomeno dell'IA e degli algoritmi e hanno studiato molte delle caratteristiche tecniche e applicative di tali recenti acquisizioni dell'informatica<sup>7</sup>. Nelle corti e nei tribunali di tutto il mondo si assiste ad una crescente consapevolezza da parte di giudici e periti del funzionamento dei sistemi di IA e algoritmici. Nelle pagine che seguono offriamo una sintesi dello stato dell'arte di questa crescente consapevolezza, sicuri che essa possa fornire una solida base per comprendere la valenza dei nuovi sistemi nella sfera pubblica e cogliere meglio la loro applicazione al settore antitrust. Allo stesso tempo, offriamo anche una riflessione critica sull'impatto che l'IA e gli algoritmi hanno in termini di rischi nel dominio di riferimento cui vengono applicati e suggeriamo alcuni profili di miglioramento utili per la discussione sul diritto antitrust e sulla sfera pubblica più in generale.

In quest'ottica, appare imprescindibile cogliere anzitutto il funzionamento che algoritmi e IA hanno nel contesto della scienza dell'informazione<sup>8</sup>.

La scienza dell'informazione stabilisce che gli algoritmi di apprendimento automatico rappresentano il primo stadio del funzionamento di un sistema dotato dell'IA<sup>9</sup>. Secondo tale scienza, ogni termine che compone l'algoritmo deriva dalla gestione di una ingente quantità di dati<sup>10</sup>. Il *mana-*

<sup>7</sup> Di recente si v. l'interessante libro di G.M. FLICK-C. FLICK, *L'algoritmo d'oro e la torre di Babele. Il mito dell'informatica*, Baldini+Castoldi, Milano, 2022.

<sup>8</sup> Su questo argomento, per una preziosa guida si v. G. D'ELIA, *IA, algoritmi e giudizio amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione* (in corso di pubblicazione), 2023, f. 1.

<sup>9</sup> In letteratura si trovano molte definizioni di intelligenza artificiale. Tra queste ci sono diversi approcci che si basano sul comportamento o sul pensiero umano. Il test di Turing, introdotto da Alan Turing nel 1950, in cui le azioni generate dal sistema o dal robot non devono essere distinguibili da quelle generate dagli esseri umani. Un simile test per i sistemi che interagiscono con gli esseri umani significherebbe, ad esempio, che una persona non potrebbe più determinare se un interlocutore al telefono è un essere umano o un *software*.

<sup>10</sup> Si v. V.M. SCHONBERGER-K. CUKIER, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, New York, 2013. I *big data* sono insiemi di dati dal volume talmente elevato da non poter essere gestiti dagli strumenti convenzionali, bensì da tecnologie e metodi innovativi in grado di raccogliarli, elaborarli e analizzarli, in modo da poterli sfruttare per fare previsioni su tendenza di comportamento,

gement dei *big data* presuppone a sua volta specifiche attività, quali l'ordine, la strumentazione, la segmentazione, la sistematizzazione e la correlazione di dati e delle informazioni<sup>11</sup>, attraverso la possibilità di proporre domande e ottenere risposte al fine della risoluzione dei problemi<sup>12</sup>.

Naturalmente, l'applicazione di un sistema intelligente alla logica della sfera pubblica può essere ben valorizzata solo al termine di un ulteriore processo, quello di codificazione e normalizzazione del testo giuridico nel formalismo comprensibile al programma informatico<sup>13</sup>. In effetti, implementare il sistema dotato dell'IA vuol dire allineare il sistema giuridico all'età dell'informazione<sup>14</sup>. Una volta che il programmatore informatico ha fornito al sistema gli *input* e le regole da applicare, a seconda della tipologia di algoritmo utilizzato dall'IA, si giungerà ad una soluzione automatizzata condizionata nel caso in cui segua la logica causale degli algoritmi deterministi<sup>15</sup>, oppure ad una soluzione frutto del processo generato in fase di apprendimento<sup>16</sup>.

---

per esempio, e così prendere delle decisioni più efficienti. La definizione *big data* mette in evidenza tre proprietà o caratteristiche: volume, velocità, varietà. Più di recente, poi, sono state analizzate altre due dimensioni che interessano i *Big data*: veracità e valore. Per una definizione più approfondita, si v. A. DE MAURO-M. GRECO-M. GRIMALDI, *A formal definition of Big Data based on its essential features*, in *Library Review*, 2016, 65, 3, p. 122 ss.; A. SARDI-E. SORANO-V. CANTINO-P. GARENGO, *Big data and performance measurement research: trends, evolution and future opportunities*, in *Measuring Business Excellence*, 2020.

<sup>11</sup> Sulla differenza tra dati e informazioni si v. D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1019 ss.; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, f. 13, p. 27; G. CARULLO, *Open data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 689 ss.

<sup>12</sup> D.U. GALETTA-J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3, p. 12.

<sup>13</sup> L. WOLFGANG BIBEL, *AI and the conquest of complexity in law*, Springer, 2004, p. 159 ss.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 163.

<sup>15</sup> Tali tipi di algoritmi si fondano sulla regola *if ... else*, ossia se (*if*) l'*input* è un certo dato, l'*output* (*else*) sarà un altro dato e quello soltanto. Poniamo ad esempio che l'ISEE dovrà essere inferiore a 10.000 € per ottenere una borsa di studio. L'algoritmo calcolerà questi dati: *if* ISEE inferiore a 10.000, *else* idoneità per ottenere la borsa di studio. Ancora, l'algoritmo è ampiamente usato dalle forze di polizia, negli strumenti di controllo elettronico della velocità, per calcolare la velocità, sia quella istantanea che quella media. Dunque, l'algoritmo funzionerà in questo modo: *if* velocità inferiore a 50 km/h, *else* il dispositivo non si attiverà (oppure si attiverà ma invierà le immagini nel cestino). *If* velocità superiore a 50 km/h, *else* il dispositivo si attiverà (ed invierà le immagini all'archivio informatico per la successiva fase di accertamento umano e contestazione).

<sup>16</sup> È stato osservato da I. GOODFELLOW-Y. BENGIO-A. COURVILLE, *Deep Learning*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, p. 1 che «*the difficulties faced by systems relying on*

Nel primo caso, l'algoritmo è governato da una regola tecnica, la quale resta però una regola generale costruita dall'umano e non dalla macchina, applicata da quest'ultima al caso concreto<sup>17</sup>. La conseguenza è la possibilità di adattare i tradizionali strumenti elaborati dalla scienza giuridica all'applicazione tecnologica, al fine di assicurare adeguata tutela alle imprese incise da provvedimenti illeciti sotto il profilo della concorrenza<sup>18</sup>.

Nel secondo caso, invece, è il contenuto dei dati forniti in fase di programmazione ad assumere un ruolo centrale per la determinazione dell'*output* da parte dell'algoritmo, poiché il sistema di *machine learning*, mediante un modello logico-matematico, diviene in grado di tradurre gli atti in parametri informatici idonei a fornire le risposte adeguate<sup>19</sup>. L'evoluzione di tali algoritmi ha condotto la scienza dell'informazione a sviluppare sistemi sempre più complessi, concependo algoritmi ad apprendimento automatico, i quali danno luogo ad applicazioni di *machine learning*.

Vero è che l'algoritmo fornisce un modello di apprendimento da applicare al *set* di dati cui la macchina ha accesso per giungere ad una soluzione attraverso l'analisi di esperienze pregresse relative a situazioni simili. Tra questi abbiamo tre tipologie:

- I) apprendimento supervisionato, il quale è una modalità di addestramento dove i dati utilizzati sono etichettati; ad ogni *input* si conosce il rispettivo *output* che viene utilizzato per insegnare all'algoritmo le regole del modello.

---

*hard-coded knowledge suggest that AI systems need the ability to acquire their own knowledge, by extracting patterns from raw data*». In altri termini, la tecnica del *machine learning* è stata sviluppata proprio per superare i limiti dei programmi condizionali nei quali la conoscenza del contesto rilevante per la decisione è manualmente codificata da un essere umano. Nella dottrina italiana, si v. G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informazione e informatica*, 2021, f. 3, p. 431 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, che aggiunge «[l]a discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al *software*, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale».

<sup>18</sup> A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro Amm.*, 2002, p. 2256 e 2264; F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2003, p. 615; S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 2006, p. 179.

<sup>19</sup> Un algoritmo non deterministico rintracciabile su qualsiasi *personal computer* è il gioco di carte "*hearts*". In questo gioco l'algoritmo seleziona a caso una condizione iniziale: dopo aver eseguito una mossa, l'algoritmo si mette in stato di attesa aspettando l'alternativa che gli viene fornita dal giocatore; ricevutala, esegue una nuova mossa e questo fino a quando il gioco termina (con "successo", e allora vince il computer, o con "fallimento", e allora il computer perde). In questo caso, l'informazione necessaria alla esecuzione di  $S = \text{CHOICE}(A)$  è data dall'interazione con il giocatore.

- II) apprendimento non supervisionato, il quale attinge a dati non previamente classificati, li rielabora, individua eventuali correlazioni e crea nuova conoscenza estrapolando una regola non previamente definita in sede di impostazione dell'algoritmo<sup>20</sup>.
- III) apprendimento per rinforzo, in cui la macchina apprende dai risultati delle proprie azioni o da quelle altrui, distinguendo successi e fallimenti e migliorando la propria efficacia. All'interno di questa categoria (apprendimento automatico) si rinvencono i sistemi basati sul c.d. *deep learning*<sup>21</sup>, il quale, più di ogni altro sistema algoritmico, per funzionare appieno, abbisogna dei c.d. *big data*<sup>22</sup>.

Si distinguono, così, i funzionamenti automatici basati sull'acquisizione e gestione meramente esecutiva di dati, dai meccanismi di processo deci-

---

<sup>20</sup> Il concetto di *nuova conoscenza*, in ambito di IA, non va confuso con quello di creatività. Con creatività s'intende la capacità cognitiva di una mente di creare ed inventare nuova conoscenza, basandosi sull'esperienza pregressa, ma generando una diversa visione del mondo, inserita in una fase storica, in una data società. Una macchina, pur complessa e dotata di profonde reti neurali (V. nota successiva), non è in grado di produrre conoscenza creativa, in quanto basa la nuova conoscenza su calcoli statistici di dati storici (*big data*), elaborati, rielaborati, messi in connessione, ma, pur tuttavia, in un campo finito di probabilità all'interno di un modello matematico. Inoltre, la macchina non dispone né del c.d. "senso comune" né dell'interpretazione critica della storia, né, soprattutto, degli stati emotivi, ragion per cui non sarà in grado di percepire e tradurre su supporto quegli stati necessari affinché si crei nuova conoscenza, creativa. Inoltre, com'è stato osservato dalla dottrina filosofica, «(...) la tecnologia, che secondo i neopositivisti risolverebbe progressivamente tutti i problemi del genere umano, non può essere considerata come una scienza che ha, in quanto tale, a che fare con come stanno le cose nella realtà – pur con tutti i limiti connessi al suo modo di procedere induttivo per cui ogni generalizzazione e universalizzazione è sempre a rischio di venir falsificata – in quanto niente può assicurarci che un certo trend determinato statisticamente sui dati del passato debba confermarsi immutato anche in futuro. La tecnologia, in effetti, piuttosto che descrivere come fa la scienza, mira a prescrivere come deve configurarsi il reale affinché i suoi dispositivi abbiano successo. Tale funzione performativa e trasformativa della tecnica sulla realtà avviene sulla base del suo metodo e, quindi, resta decisivo chi lo stabilisce e a quale scopo dal punto di vista economico, sociale, politico e ideologico». Così R. CAPUTO, *La non neutralità dell'algoritmo*, in *La Città futura*, 10 novembre 2019.

<sup>21</sup> Il *deep learning* (apprendimento profondo) è un sottoinsieme del concetto di *machine learning* che pone l'accento sull'apprendimento di strati successivi di rappresentazioni di dati sempre più significative. Si basa sulle reti neurali e, detta in soldoni, si ispira alla struttura e alla funzione del cervello, chiamate – appunto – reti neurali artificiali.

<sup>22</sup> In genere si parla di *big data* quando l'insieme di dati è talmente grande e complesso che richiede la definizione di nuovi strumenti e metodologie per estrapolare, gestire e processare informazioni entro un tempo ragionevole. Infatti, come enunciato dalla legge di Moore, l'evoluzione tecnologica permette la memorizzazione e la gestione di *dataset* di dimensioni continuamente crescenti. In uno studio del 2001, l'analista Douglas Laney aveva definito il modello di crescita come tridimensionale (modello delle «3V»): con il passare del tempo aumentano volume (dei dati), velocità e varietà (dei dati).

sionale automatizzato che sono in grado di compiere atti e vere e proprie operazioni di valutazione e giudizio<sup>23</sup>, al pari delle decisioni umane, nelle quali tutto è riducibile a informazione<sup>24</sup>.

Gli algoritmi di apprendimento automatico compiono quindi operazioni di percezione e computazione, che, pur partendo da impostazioni effettivamente impartite in forma umana, creano dei propri percorsi di apprendimento molto complessi, mediante valutazioni cognitive, anche senza la supervisione umana<sup>25</sup>, giungendo ad un *output* non previsto poiché determinato in totale autonomia dalla macchina<sup>26</sup>.

### 3. IA e algoritmi nella sfera pubblica: neutralità, trasparenza, comprensibilità

Dal quadro appena esposto, si assiste all'affermazione di una nuova fenomenologia, in cui macchine governate dall'IA sono in grado di svolgere operazioni ad una velocità e complessità che eccede ogni capacità umana e che continua a crescere in materia esponenziale<sup>27</sup>. In questo contesto, come vedremo, assume grande rilevanza l'applicazione delle nuove tecnologie informatiche alle transazioni economiche degli operatori del mercato.

La tecnologia non può essere più considerata come il mezzo per realizzare un corso di azioni predisposto da un operatore umano, bensì essa diviene l'agente-strumento in grado di prendere decisioni rilevanti per la persona umana e per i suoi diritti<sup>28</sup>. È chiaro che, per fare riferimento all'ambito della sfera pubblica, al fine di estrarre le informazioni potenzialmente espresse

<sup>23</sup> Cfr. l'art. 4 del reg. 2016/679/UE e le linee guida WP251 *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, definite dal Gruppo di lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della dir. 1995/46/CE, anche per le differenze e le possibilità di usare insieme queste potenzialità dell'attività algoritmica.

<sup>24</sup> J.M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *Yale I. J.*, 2013, 153, p. 522.

<sup>25</sup> F. POLLICE, *Gli algoritmi e l'intelligenza artificiale, come le macchine apprendono*, in *Education, Futurism, Innovation*, 9 dicembre 2014.

<sup>26</sup> G. ORSONI-E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, p. 610 ss., dove è detto che «l'apprendimento automatico, che caratterizza il relativo meccanismo di funzionamento, fa sì che la regola decisionale emerga automaticamente dai dati specifici oggetto di analisi, a volte in modi che nessun programmatore può spiegare».

<sup>27</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journal*, 2019, f. 1, p. 76.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 69.

dai dati e per consentire un'effettiva conoscibilità occorre, in ogni caso, che l'operatore economico metta a disposizione delle autorità di regolamentazione gli strumenti necessari per analizzarli, in modo corretto ed efficace. L'attendibilità dei dati acquisiti dai sistemi di IA necessariamente inciderà sulla validità degli schemi logici posti a fondamento dell'inferenza informatica.

Da ciò ne deriva che l'elaborazione di dati da parte dell'IA che sfruttano la logica degli algoritmi deterministi non è mai veramente un processo neutro (né tanto meno neutrale<sup>29</sup>), poiché il risultato che ne consegue è pur sempre espressione del progresso tecnico raggiunto dall'uomo, il quale imprime una direzione di senso ai processi in atto trasferendo al sistema le conoscenze informatiche e le norme giuridiche, mediante un linguaggio comprensibile alla macchina. In tal senso, si ribadisce l'insostenibilità della tesi della neutralità della tecnologia, la quale non si può risolvere mediante una buona progettazione o buon uso, poiché in ogni caso, durante la fase di pianificazione, progettazione e sviluppo, l'operatore umano condiziona la funzionalità dell'algoritmo e ne orienta il progresso tecnologico<sup>30</sup>.

Le macchine cognitive che funzionano mediante gli algoritmi di apprendimento, avvalendosi di complessi strumenti matematici di analisi informatica della realtà, sono in grado di adeguare autonomamente il loro comportamento ai mutamenti del contesto in cui operano. Pertanto, qualora l'automazione divenga completa e raggiunga alti gradi di intensità, attraverso il *deep learning*, la macchina potrà giungere in autonomia all'elaborazione di un risultato finale caratterizzato da un alto grado di oggettività<sup>31</sup>.

Inoltre, l'utilizzo di algoritmi determina ulteriori benefici per le imprese che operano sui mercati. In particolare, un risultato evidente è la netta riduzione dei tempi che occorrono a svolgere un'operazione finanziaria<sup>32</sup>, in quanto con l'applicazione dell'IA a vaste aree di attività economiche si possono effettuare operazioni complesse in pochissimo tempo, accrescendo l'efficienza delle iniziative di mercato<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Il rilievo è di M. MAZZOTTI, *Algorithmic Life*, in *www.lareviewofbooks.com*, 2017, secondo cui «we need to see the technical features of an algorithm as the outcome of a process. In other words, we need a historical – indeed genealogical – understanding of the algorithm».

<sup>30</sup> F. PASQUALETTI, *Dall'intelligenza umana artificiale a quella dei computer. Alcune riflessioni critiche*, in *Form@re*, 2020, 20, 3, p. 13 ss.

<sup>31</sup> Cfr. sul punto V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, f. 5, p. 581.

<sup>32</sup> La questione della velocità come una delle peculiarità del potere degli algoritmi è rilevata da L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the Italian style»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 19 ss.

<sup>33</sup> L.M. AZZENA, *L'algoritmo nella formazione della decisione amministrativa: l'esperienza italiana*, in *Revista Brasileira de Estudos Politicos*, 2021, vol. 123, p. 510.

Nell'ambito del *decision-making* dell'operatore economico, i vantaggi derivanti dall'utilizzo dell'IA si riscontrano anche in termini di efficienti risultati nell'acquisizione e trasformazione dei dati<sup>34</sup>. Il sistema così implementato produrrà negoziazioni economiche e finanziarie che saranno il risultato di procedimenti abilmente rielaborati nella politica di apprendimento propria del sistema dell'IA<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda la sfera pubblica, noi sosteniamo che l'introduzione di tali sistemi intelligenti, opportunamente supervisionati dalle autorità di regolazione, può generare valore nell'interesse della collettività attraverso la promozione della competitività. Ciò nella misura in cui può consentire di ridurre i tempi nelle operazioni di mercato e aumentare esponenzialmente la base di conoscenza da cui determinare la decisione dell'operatore economico a beneficio dei consumatori<sup>36</sup>.

Bisogna chiarire che lo sviluppo dell'IA non consiste nell'imitare o copiare i processi cognitivi umani, poiché allo stato attuale è impossibile far riprodurre il ragionamento umano ad una macchina<sup>37</sup>. Da ciò emerge che la macchina, a differenza dell'uomo, non è in grado di prendere decisioni in modo del tutto indipendente, in quanto il suo limite consiste nell'incapacità di valutare i dati e gli *input* sulla base della loro affidabilità come farebbe un agente economico umano<sup>38</sup>.

Per cui, la criticità riscontrata si pone a monte dell'implementazione del sistema e deriva dal fatto che l'IA può generare dei risultati errati o fuorvianti, sulla base di dati sbagliati o pregiudizievole immessi nella fase di progettazione del sistema logico-matematico, sui quali lo stesso sistema intelligente non è in grado di comprendere la correttezza o l'idoneità degli stessi<sup>39</sup>.

Riteniamo che tali criticità possono arrecare un danno alla competitività nella sfera pubblica se non opportunamente corrette dalle autorità di rego-

---

<sup>34</sup> C. BENETAZZO, *L'intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 2020, f. 16, p. 30.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione solida, si v. P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, p. 259 ss.

<sup>36</sup> G. FASANO, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 1 novembre 2020, p. 715 ss.

<sup>37</sup> D.U. GALETTA-J.G. CORVALAN, *op. cit.*, p. 7.

<sup>38</sup> Cfr. B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 26, 1, p. 5 ss. L'autore evidenzia come il problema dell'algoritmo nella pubblica amministrazione è legato alla sua conoscibilità, alla possibilità di accedere e comprendere le scelte che ne hanno determinato l'adozione e, infine, ai meccanismi di tutela e responsabilità.

<sup>39</sup> Sul punto, si v. G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 12 s.

lamentazione attraverso adeguate politiche di supervisione e correzione dei procedimenti economici informatizzati.

Non appare convincente che la (presunta) neutralità degli algoritmi ad apprendimento automatico possa essere intesa in senso assoluto; e ciò in quanto il sistema recepisce i condizionamenti del soggetto che lo ha creato e i pregiudizi già radicati nella società, generando soluzioni che potrebbero portare ad un livello di discriminazione sociale superiore a quello del programmatore umano<sup>40</sup>. Inoltre, anche la scelta di un *software* non funzionale al concreto perseguimento dell'operazione economica<sup>41</sup>, l'inserimento di dati immessi volontariamente dai privati durante l'attività di transazione sulle piattaforme digitali (navigazione *online*, pagamenti elettronici ecc.) e la continua variabilità delle regole possono comportare risultati incongrui e fuorvianti<sup>42</sup>.

A nostro avviso, tali rischi possono essere efficacemente mitigati, fornendo al sistema dei termini coerenti, corretti e univoci, ma soprattutto assicurando che le autorità di regolamentazione del mercato siano in grado di conoscere e comprendere i sistemi di IA e gli algoritmi alla base delle operazioni economiche da parte delle imprese concorrenti.

Si tratta di rendere trasparente il percorso logico seguito dalla macchina, mediante l'esternazione dell'*iter* argomentativo che correla le informazioni elementari alla determinazione conclusiva elaborata dal calcolatore<sup>43</sup>. Tale limite tecnologico, definito comunemente *black box*<sup>44</sup>, rappresenta la potenziale conflittualità tra il processo di informatizzazione amministrativa, mediante l'uso di algoritmi di apprendimento automatico e le ineludibili garanzie di conoscibilità e trasparenza<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Roma, 2018, p. 24.

<sup>41</sup> V. NERI, *op. cit.*, p. 592.

<sup>42</sup> Si v. F. DE LEONARDIS, *Big Data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 137 ss.; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle pubbliche amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 43 ss.;

<sup>43</sup> V. NERI, *op. cit.*, p. 587.

<sup>44</sup> Si v. F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that controls money and information*, Harvard Univ. Press, Cambridge-Londra, 2015; Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, p. 890 ss.

<sup>45</sup> In giurisprudenza si è chiarito che la motivazione va considerata integrata dalla necessitata applicazione dei parametri legali che predeterminano i presupposti dell'atto, richiamati dall'indicazione della causa dell'atto medesimo. Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2020, n. 8218; Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7537.

Proprio in considerazione dell'opacità degli algoritmi, l'obiettivo di trasparenza può essere raggiunto sia rendendo visibile il codice sorgente<sup>46</sup>, ma anche assicurando l'effettiva intelligibilità del procedimento algoritmico in tutte le sue fasi volte alla comprensione del fenomeno stesso. La motivazione si deve estendere all'indicazione dei suoi autori, del procedimento usato per l'elaborazione, del meccanismo di decisione comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti<sup>47</sup>.

L'apparato motivazionale dovrà includere tutti gli elementi necessari al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento informatizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalle decisioni dell'autorità di regolamentazione del mercato<sup>48</sup>.

Se da un lato, tuttavia, per gli algoritmi deterministi il percorso algoritmico può essere facilmente compreso, nelle architetture profonde di IA tale percorso della macchina resta pur sempre opaco e non può essere osservato pienamente, tanto che la conoscenza delle operazioni compiute dalla macchina dovrà essere in ogni caso approssimata.

Non è un caso che, a tal riguardo, si sia affermata una nuova missione nel settore della *data science* riconosciuta come *Explainable AI* (XAI)<sup>49</sup>, in vista di rendere conoscibili, spiegabili e comprensibili le decisioni automatiche, cercando di contrastare la *black box* dell'apprendimento automatico, perseguendo il diritto alla spiegazione<sup>50</sup>.

Siamo dell'idea che, nel percorso verso l'impiego dei sistemi di IA nella sfera pubblica e particolarmente con riguardo al settore della concorrenza economica, occorrerà che i valori giuridici della trasparenza, della pubblicità e della responsabilità amministrativa degli strumenti algoritmici costituiscano il riferimento centrale per la tutela dell'interesse pubblico.

A nostro avviso, tali valori devono costituire la base su cui edificare l'uso dell'IA e degli algoritmi in ambito concorrenziale al fine di garantire il controllo da parte delle autorità di regolamentazione nei confronti degli attori del mercato.

---

<sup>46</sup> In tal senso già F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2018, p. 3 ss.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> A. BARREDO ARRIETA-N. DIAZ-RODRIGUEZ-J. DEL SER-A. BENNETOT-S. TABIK-A. BARBADO-S. GARCIA-S. GIL LOPEZ-D. MOLINA-R. BENJAMINS-R. CHATILA-F. HERRERA, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, in *Information Fusion*, 2020, 58, p. 82 ss.

<sup>50</sup> L. EDWARDS-M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" is probably not the remedy you are looking for*, in *Duke Law & technology Review*, 2017, 18, pp. 1-67.

#### 4. *Le nuove pratiche anticoncorrenziali algoritmiche: presupposti e rimedi nella normativa UE*

È difficile trascurare come la crescente quantità di dati disponibili e i miglioramenti degli algoritmi possano potenzialmente modificare il comportamento delle imprese sul mercato<sup>51</sup>. Una migliore conoscenza dei consumatori e l'uso di raffinati algoritmi possono agevolare la determinazione di prezzi personalizzati da parte delle imprese. La migliore osservabilità e prevedibilità del comportamento dei concorrenti e la capacità degli algoritmi di reagire quasi istantaneamente ai mutamenti e alle oscillazioni dei mercati possono facilitare il coordinamento delle pratiche commerciali scorrette.

Inoltre, in questo campo, l'IA tende ad attrarre sempre più dati man mano che cresce la sua capacità di apprendimento e, allo stesso tempo, gli algoritmi diventano sempre più sofisticati, così i fornitori di servizi che riescono a prendere il comando, in questo processo di mercato, tendono a creare monopoli di fatto.

Noi possiamo osservare come, a livello empirico, la dottrina giuridica ed economica sia riuscita ad isolare due rilevanti fenomeni basati sull'uso di algoritmi che possono risultare potenzialmente molto dannosi per la concorrenza. Dal momento che tali pratiche anticoncorrenziali possono avere un impatto sui consumatori, richiedendo una maggiore attenzione da parte delle autorità di regolamentazione antitrust, noi ce ne occupiamo in questo paragrafo. Non è un caso che, negli ultimi anni l'osservazione empirica su tali pratiche abbia ricevuto un'attenzione significativa da parte degli esperti, suscitando anche un'attenzione mediatica di un certo rilievo fra regolatori e *policymakers*, che hanno iniziato a proporre soluzioni applicative e legislative di contrasto a tali fenomeni.

Nella legislazione antitrust, la discriminazione dei prezzi consiste nell'applicazione di valori monetari diversi per prodotti uguali o simili nei confronti dei consumatori. Sebbene non vi sia unanimità di vedute da parte degli studiosi, le maggiori preoccupazioni per le pratiche algoritmiche di discriminazione dei prezzi sono legate agli enormi volumi di dati personali divulgati dai consumatori *online*. Rispetto ai dati demografici tradizionali, questi dati potrebbero offrire un *database* significativamente più ricco di informazioni preziose, utilizzate dai venditori per stabilire i prezzi discriminatori. In sostanza, gli algoritmi potrebbero sfruttare i *big data* per gene-

---

<sup>51</sup> P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Article 101 TFEU's association of undertakings notion and its surprising potential to help distinguish acceptable from unacceptable algorithmic collusion*, in *Antitrust Bulletin*, 2020.

rare profili accurati dei consumatori e per acquisire una comprensione più approfondita dei loro comportamenti di acquisto<sup>52</sup>.

Le informazioni vengono poi incorporate nelle applicazioni di marketing o delle *policies* di fissazione del prezzo (*pricing*) per ottenere raccomandazioni su prodotti personalizzati. L'uso di algoritmi di *pricing* abilitati dall'IA e l'accesso a potenti *database* sul comportamento dei consumatori consentono una discriminazione dei prezzi in modo più preciso. In effetti, diversi modelli analizzati dagli esperti hanno dimostrato di essere in grado di discriminare i prezzi a un grado di specializzazione elevato<sup>53</sup>.

Sul versante delle pratiche collusive, le imprese sono solite utilizzare strategie con uno schema di ricompensa-punizione che premia le imprese che si attengono al risultato sovra competitivo e le penalizza quando si discostano da esso<sup>54</sup>. A tal riguardo, va detto che le tecnologie di IA potrebbero avere la capacità di analizzare e sorvegliare il mercato con modalità senza precedenti rispetto al recente passato. In effetti, i sofisticati strumenti di IA possono esaminare costantemente il comportamento delle imprese concorrenti e apportare rapide modifiche ai prezzi per adattarsi al contesto di riferimento. Pertanto, quando interagiscono tra di loro e con l'ambiente circostante, gli algoritmi di determinazione dei prezzi possono imparare ad attuare strategie collusive basate su schemi di premi e punizioni, che producono prezzi sovra competitivi nel medio e lungo periodo<sup>55</sup>.

Inoltre, tale tipologia di algoritmi sarebbe in grado di sostenere risultati collusivi senza l'intervento dell'operatore umano sulle politiche di *pricing*. Questo tipo di collusione algoritmica, a differenza di quella attuata nei cartelli tradizionali, non comporta alcun accordo collusivo esplicito. Gli algoritmi stessi non sono programmati con l'intenzione di colludere, né sono influenzati a favorire la formazione di cartelli. Al contrario, tali algoritmi adottano una strategia collusiva attraverso un processo decisionale autonomo. Si tratta di un fenomeno che è stato definito collusione tacita

---

<sup>52</sup> R. WOODCOCK, *Personalized pricing as monopolization*, in *Connecticut Law Review*, 2019, f. 51, p. 415 ss.

<sup>53</sup> F. BENEKE-M.-O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, 9, 1, p. 156 ss.

<sup>54</sup> J. HARRINGTON, *Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2018, 14, 3, p. 331 ss.

<sup>55</sup> Si v. l'approfondita ricerca di A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Virtual Competition*, cit., *passim*, che ha ispirato molti dei lavori successivi e fra cui cfr., almeno, i seguenti: F. BENEKE-M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, op. cit., p. 152 ss.; S.K. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, cit., p. 1323 ss.; M.S. GAL, *Algorithms as Illegal Agreements*, 34, in *Berk Technol. L. J.*, 2019, 34, p. 67 ss.; J. HARRINGTON, *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents*, cit., p. 331 ss.

algoritmica. Con tale fenomeno, gli studiosi fanno riferimento ad alcuni algoritmi che sono in grado di apprendere efficacemente come attuare strategie collusive per un periodo sufficientemente lungo<sup>56</sup>.

Sebbene la discriminazione algoritmica dei prezzi e la collusione algoritmica tacita richiedano un uso intensivo di dati e modelli matematici di IA, ciò non vuol dire che tali pratiche si diffondono sullo stesso tipo di mercato<sup>57</sup>. Inoltre, a livello microeconomico, la discriminazione algoritmica consente ai prezzi di essere più vicini alla disponibilità a pagare del consumatore. Pertanto, i consumatori saranno disposti a pagare un prezzo più alto e avranno un beneficio inferiore. In aggiunta, potrebbe verificarsi una espansione della domanda e l'impatto globale della discriminazione algoritmica dipende dall'importanza relativa di questi due effetti. Nella collusione algoritmica i prezzi divengono sovra competitivi, aumentando i profitti delle imprese e riducendo il *surplus* di benessere dei consumatori.

Nella teoria economica sono state individuate due precondizioni necessarie affinché si verifichi una discriminazione di prezzo. In primo luogo, le imprese devono avere la possibilità di fissare i propri prezzi. Ciò significa che un'impresa deve avere un certo potere di mercato o almeno la possibilità di applicare prezzi differenziati<sup>58</sup>. In secondo luogo, poiché i beni sono venduti a prezzi diversi, la discriminazione è sostenibile solo se il consumatore che acquista il bene a un prezzo inferiore deve essere incapace di rivenderlo a un altro a cui viene offerto a un prezzo superiore<sup>59</sup>.

Vi sono varie categorie di discriminazione di prezzo a seconda delle

---

<sup>56</sup> E. CALVANO-G. CALZOLARI-V. DENICOLO-S. PASTORELLO, *op. cit.*, *passim*. La maggior parte degli attuali sistemi di IA mira a generare agenti che pensano o agiscono razionalmente. Per realizzare sistemi che pensano razionalmente, spesso si utilizzano rappresentazioni e sistemi di ragionamento basati sulla logica. L'assunto di base è che il pensiero razionale comporta un'azione razionale se i meccanismi di ragionamento utilizzati sono corretti. Un altro gruppo di approcci definitivi si occupa della generazione diretta di azioni razionali. In questi sistemi, le rappresentazioni sottostanti spesso non sono leggibili o facilmente comprensibili dall'uomo. Spesso utilizzano una funzione obiettivo che descrive l'utilità degli stati. Il compito del sistema è quindi quello di massimizzare questa funzione obiettivo, cioè di determinare lo stato che ha la massima utilità o che, in caso di incertezze, massimizza la ricompensa futura attesa. Se, ad esempio, si sceglie come funzione obiettivo per un robot pulitore la pulizia della superficie di lavoro meno i costi delle azioni eseguite, nel caso ideale questo porta il robot a selezionare le azioni ottimali per mantenere la superficie di lavoro il più pulita possibile.

<sup>57</sup> M. HELFRICH-F. HERWEG, *Fighting collusion by permitting price discrimination*, in *Economic Letters*, 2016, p. 148 ss.

<sup>58</sup> L. STOLE, *Price discrimination and imperfect competition*. *Handbook of Industrial Organization*, 2003, 3, p. 34 ss.

<sup>59</sup> R. WOODCOCK, *Personalized pricing as monopolization*, in *Connecticut Law Review*, 2019, 51, 2, p. 311 ss.

informazioni che l'impresa possiede sui consumatori. Vi può essere una discriminazione basata sul prezzo personalizzato che corrisponde al caso in cui l'impresa ha accesso a informazioni complete su ciascun consumatore, che le consentono di dedurre la sua disponibilità a pagare. Anche quando dispone solo di informazioni parziali, l'impresa può comunque utilizzarle per suddividere i consumatori in base alle caratteristiche osservabili sulla loro disponibilità a pagare e applicare prezzi diversi a gruppi di consumatori diversi. Questa forma di *pricing* può essere svolta sia nei prezzi personalizzati che in quelli di gruppo, dove l'impresa utilizza le informazioni osservabili sui consumatori per adattare il prezzo o, più in generale, l'offerta ed estrarre un maggiore *surplus*. È generalmente riconosciuto che maggiori informazioni sui consumatori consentono una segmentazione più precisa degli stessi.

Un'altra tipologia di discriminazione si basa sul fatto che l'impresa offre diversi pacchetti, ossia combinazioni di prezzo e quantità/qualità, sicché i consumatori selezionano la loro opzione preferita. L'uso di algoritmi basati su tecnologie di IA potrebbe facilitare l'emergere di discriminazioni di prezzo o almeno aiutare le aziende a ottimizzare il *range* di opzioni che propongono ai consumatori. Rimane tuttavia da chiedersi in che misura le attuali conoscenze dell'IA permettano di attuare una discriminazione di prezzo.

Un altro rilevante fenomeno nel settore antitrust che ha attirato l'attenzione degli studiosi è quello della collusione algoritmica. Nella letteratura specialistica, con tale termine si fa riferimento a due diverse ipotesi<sup>60</sup>. La prima situazione riguarda l'ipotesi in cui gli algoritmi implementano una strategia collusiva esistente definita o concordata dagli operatori umani. La seconda ipotesi è la collusione algoritmica tacita<sup>61</sup>. Questa tipologia di illecito antitrust ricorre quando gli algoritmi imparano a colludere in modo autonomo (o quasi autonomo) con un intervento umano minimo o praticamente nullo.

Una ipotesi avanzata dalla dottrina giuridica a questo proposito è che i progressi degli algoritmi di apprendimento automatico e la loro prevalenza nelle applicazioni di *pricing*, insieme alla disponibilità di enormi volumi di dati<sup>62</sup>, renderanno tale tipologia di illecito sostenibile nei mercati anche senza livelli significativi di concentrazione oligopolistica<sup>63</sup>.

Gli studi sulla collusione algoritmica tacita dimostrano che gli algorit-

<sup>60</sup> A. EZRACHI-M.E. STUCKE, *Virtual Competition*, cit., *passim*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> D.D. SOKOL-R. COMERFORD, *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, in R.D. BLAIR-D.D. SOKOL (a cura di), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 271 ss.

<sup>63</sup> F. BENEKE-M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, cit., p. 156 ss.

mi possono colludere in un oligopolio. Tuttavia, lavori successivi hanno dimostrato che i risultati ottenuti in precedenza erano piuttosto fragili e non funzionavano più in presenza di piccole perturbazioni di costi, prezzi e altri parametri. Più recentemente, è stato dimostrato che semplici agenti ad apprendimento possono imparare a colludere ottenendo profitti sovra competitivi in un ambiente stilizzato con prezzi sequenziali<sup>64</sup>.

Infine, ulteriori ricerche specialistiche hanno fornito prove del fatto che gli algoritmi di apprendimento automatico possono imparare sistematicamente a giocare con sofisticate strategie collusive. In particolare, hanno permesso a diversi algoritmi di apprendimento automatico di interagire in un contesto di oligopolio, con costo marginale fisso e in cui la dispersione dei prezzi era bassa e le imprese tendevano a praticare prezzi simmetrici<sup>65</sup>.

Nel diritto antitrust, come è noto, gli ordinamenti giuridici occidentali hanno messo in atto da tempo i loro assetti legali per contrastare i fenomeni e le pratiche anticoncorrenziali. Si pensi al tradizionale apparato che contraddistingue la legislazione degli Stati Uniti con lo *Sherman Act*<sup>66</sup> e al più recente impianto realizzato dall'Unione Europea con gli artt. 101 e 102 del TFUE<sup>67</sup>.

Tenendo a mente queste rilevanti acquisizioni delle legislazioni antitrust moderne, ci soffermeremo di seguito sui presupposti giuridici del settore della concorrenza, fornendo alcune considerazioni critiche alla luce dell'attuale assetto legislativo e avanzando, nelle conclusioni del contributo, alcuni rimedi alle problematiche rilevate nel corso dell'intera indagine e particolarmente con riguardo alle nuove pratiche anticoncorrenziali basate sull'IA e gli algoritmi.

---

<sup>64</sup> Si v., fra gli altri, S.S. IZQUIERDO-L.R. IZQUIERDO, *The "Win-Continue, Lose-Reverse" Rule in Cournot Oligopolies: Robustness of collusive outcomes*, in F. AMBLARD-F. MIGUEL-A. BLANCHET-B. GAUDOU (a cura di), *Advances in artificial economics*, Springer, Berlino, 2015, p. 33 ss.; L. WALTMAN-U. KAYMAK, *Q-learning agents in a Cournot oligopoly model*, in *Journal of Economic Dynamics and Control*, 2008, 32, 10, p. 3275 ss.

<sup>65</sup> E. CALVANO-G. CALZOLARI-V. DENICOLA-S. PASTORELLO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>66</sup> Si v. D.F. TURNER, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *Harvard L Rev*, 1962, p. 655 ss. Si v. anche R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, New York, 2007, p. 303 ss.; ID., *Review of Kaplow, Competition policy and price fixing*, 79, in *Antitrust Law Journal*, 2014, p. 761 ss.; J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in *J. Pol. Econ.*, 1964, 44, p. 72; R. POSNER, *Oligopoly and Antitrust Laws: A Suggested Approach*, in *Stanford L. Rev.*, 1969, 1562, p. 21; L. KAPLOW, *An Economic Approach to Price Fixing*, in *Antitrust Law Journal*, 2011, 343, 77; ID., *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton University Press, Princeton, 2013, p. 453.

<sup>67</sup> L. CALZOLARI, *The Misleading Consequences of Comparing Algorithmic and Tacit Collusion: Tackling Algorithmic Concerted Practices Under Art. 101 TFEU*, in *European Papers*, 2021, 6, 2, p. 1193 ss. Interessante anche il lavoro dell'OECD, *Algorithms and Collusion – Competition policy in a Digital Age*, Parigi, 2017, <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.

Sul versante del diritto positivo, per rendere concreta l'analisi, prenderemo come modello di riferimento le norme del sistema legale europeo. Nell'Unione Europea sappiamo che l'art. 101 TFUE vieta il coordinamento tra imprese e definisce tre categorie di collusione illecita: accordi, decisioni di associazioni di imprese, pratiche concordate<sup>68</sup>.

Da questa prospettiva, dobbiamo tenere conto che nessuna di queste categorie, almeno come attualmente concepite nel diritto della concorrenza dell'UE, appare idonea ad applicarsi alle nuove pratiche anticoncorrenziali basate su IA e algoritmi<sup>69</sup>. Sul piano della dogmatica giuridica, sappiamo che il concetto di accordo richiede l'intenzione comune delle imprese di comportarsi sul mercato in un determinato modo e l'esistenza di una volontà concorde. Questo tipo di coordinamento, inteso nel senso tradizionale del diritto della concorrenza, implica qualcosa di più della segnalazione dei prezzi. In realtà, esso richiede specifiche forme di comunicazione dell'intenzione di aumentare congiuntamente i prezzi.

Sul versante del divieto di pratiche concordate, questo illecito trova la sua maggiore applicazione nel fenomeno del coordinamento tra imprese, che tuttavia non può essere qualificato come accordo. Più in generale, il concetto di pratiche concordate non comprende i casi in cui è possibile individuare una concertazione, una pratica successiva o un nesso di causalità<sup>70</sup>. Pertanto, un comportamento parallelo autonomo non può neppure qualificarsi come pratica concordata e non è vietato dall'art. 101 TFUE.

Inoltre, per come è inteso nella corrente legislazione europea sulla concorrenza, questo concetto non si applica alla semplice interdipendenza, tanto meno a quella che comporta l'uso di agenti autonomi per la determinazione dei prezzi. In effetti, si tratta di un concetto pensato per comprendere una cooperazione che non può essere considerata un accordo, ma che tuttavia stabilisce un coordinamento pratico tra le imprese al fine di evitare i rischi della concorrenza<sup>71</sup>.

A nostro avviso, il risultato più immediato che emerge è che la legislazione antitrust dell'UE, difficilmente allo stato attuale sarebbe in grado

---

<sup>68</sup> Guardando al dato pratico, nell'Unione Europea (EU) un caso interessante che aveva ad oggetto pratiche anticoncorrenziali basate sull'uso improprio dell'IA e degli algoritmi è stato recentemente affrontato dalla Commissione EU. Si tratta delle decisioni del 18 luglio 2018 in relazione a intese verticali compiute mediante sistemi informatici. Cfr. Commissione europea del 18 luglio 2018, *Asus* (AT. 40465), *Denon e Marantz* (AT. 40469), *Phillips* (AT. 40181) e *Pioneer* (AT. 40182). Il divieto è posto in modo esplicito dal regolamento n. 330/2010, del 20 aprile 2010, in *G.U.U.E.*, L 102/1 del 23 aprile 2010, art. 4.

<sup>69</sup> F. BENEKE-M.O. MACKENRODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, cit., p. 164 ss.

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 165.

<sup>71</sup> *Ivi*, p. 166.

di offrire alle autorità di regolamentazione dei mercati gli strumenti legali idonei a controllare e correggere le distorsioni derivanti dall'uso di IA e algoritmi. Inoltre, pur ipotizzando che le autorità di regolamentazione della concorrenza riescano a trovare prove sufficienti per dimostrare una violazione dell'art. 101 del TFUE, resta da chiarire quali siano i rimedi e gli strumenti a disposizione in questi casi.

Nonostante le incertezze applicative e in attesa che la legislazione si adegui alle nuove pratiche anticoncorrenziali, uno sforzo interpretativo può portare a qualche risultato benefico, sebbene si debba tenere a mente come il sistema antitrust si dimostri refrattario a includere l'IA e gli algoritmi nella *black list* delle operazioni distorsive della concorrenza.

In via generale, noi sappiamo che le disposizioni per le misure correttive, nei casi in cui è stata riscontrata una violazione dell'articolo 101 TFUE, sono stabilite nel reg. 2003/01/UE. L'art. 7 di tale regolamento prevede che la Commissione europea può imporre decisioni per obbligare le imprese a porre fine all'illecito. Pertanto, a questo scopo la Commissione può fissare «l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa».

La norma suggerisce che le misure correttive strutturali sono generalmente considerate un intervento più incisivo, rispetto alle misure correttive comportamentali. In particolare, i rimedi strutturali possono essere utilizzati per risolvere i problemi di collusione tacita in diversi modi. Inoltre, nel progettare un rimedio di tipo strutturale, l'autorità garante della concorrenza dovrebbe voler attenuare gli effetti negativi della collusione tacita, ad esempio creando asimmetrie tra i partecipanti al mercato. In effetti, in molti modelli di oligopolio la simmetria è un'ipotesi che riduce l'interazione strategica delle imprese. Inoltre, la decisione del prezzo ottimale di un'impresa non è determinata solo dal comportamento delle imprese concorrenti, bensì da una ampia gamma di fattori<sup>72</sup>.

Questi fattori includono la struttura dei costi d'impresa, i canali di distribuzione e la cooperazione con altre imprese. Pertanto, lo stesso algoritmo di determinazione dei prezzi potrebbe arrivare a un prezzo ottimale, se applicato a imprese diverse. Le asimmetrie del mercato potrebbero quindi impedire o ridurre la probabilità di risultati collusivi del mercato attraverso l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi<sup>73</sup>.

Secondo il nostro punto di vista, i rimedi strutturali potrebbero non solo prevenire future violazioni del mercato, ma anche disincentivarle. Ciò accade quando il timore di dover affrontare in seguito una forma di mercato

---

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 167.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

più competitiva, in cui i profitti saranno più bassi, graverà sulle decisioni delle imprese di praticare prezzi interdipendenti<sup>74</sup>. Perché ciò avvenga, si presume che le imprese siano attori economici “pazienti” e che quindi valutino ponderatamente i profitti futuri. Si tratta anche di un presupposto necessario per la stabilità dei prezzi interdipendenti; sicché il rimedio avrebbe effetti maggiori sui mercati più inclini alla collusione. Come si può notare, le misure correttive strutturali sono un’opzione interessante perché affrontano le caratteristiche del mercato che facilitano i risultati collusivi degli algoritmi senza la necessità di intervenire su parti specifiche<sup>75</sup>.

Infine, sempre come prescritto dall’art. 7 del reg. 2003/01/UE, un valido risultato può giungere anche dagli incentivi comportamentali. Riteniamo che, su questo versante, la formulazione di linee guida possa rendere più trasparente il funzionamento dell’IA e degli algoritmi. Con la trasparenza dovrebbe essere garantita una migliore e più efficace funzione di controllo da parte delle autorità di regolamentazione, nel senso che le autorità sono in grado di verificare se il *software* è conforme alle migliori pratiche concorrenziali. Pertanto, le misure di trasparenza dovrebbero mirare a mitigare il problema della *black box*. In termini concreti, ciò vuol dire che le soluzioni incentrate sulla trasparenza possono essere applicate alle decisioni sui prezzi, dove la variabile di interesse sarebbe la reazione strategica ai concorrenti.

## 5. Conclusioni

L’indagine sin qui compiuta ha rivelato come nel settore antitrust nuove pratiche abusive della concorrenza possono svilupparsi e diffondersi attraverso le recenti acquisizioni dei sistemi basati sull’IA. L’uso di sofisticati algoritmi da parte delle imprese può condurre a rilevanti violazioni che rischiano di essere sottovalutate dalle autorità di regolamentazione e produrre pericolosi fenomeni distorsivi dei mercati. Nel diritto positivo occidentale, come negli USA e nell’UE, i tradizionali impianti normativi per controllare e mitigare l’impatto delle pratiche anticoncorrenziali non sono ancora pienamente allineati alle recenti acquisizioni dell’informatica e rischiano di non essere adeguati all’affermarsi di nuovi comportamenti illeciti. Un risultato negativo potrebbe prodursi nella sfera pubblica, dove l’effetto a livello sistemico potrebbe essere quello di compromettere la competitività e con essa il benessere collettivo.

---

<sup>74</sup> J.E. HARRINGTON JR, *A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion*, in *Antitrust Law Journal*, 2017, f. 1, p. 342.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 347.

In questo scenario, la presente ricerca ha offerto dapprima una ricognizione dello stato dell'arte sui sistemi di IA e algoritmici, a partire dall'approfondimento della scienza dell'informazione sul significato, la funzione e l'applicazione di tali nuovi strumenti. Poi, il contributo ha esaminato l'impatto che i nuovi strumenti informatici hanno nella sfera pubblica, esplorando i campi della neutralità, della trasparenza e della comprensibilità dell'IA e degli algoritmi. Infine, si sono analizzate le nuove pratiche anti-concorrenziali algoritmiche, discutendo i presupposti legali e suggerendo alcuni rimedi sul versante della normativa UE.

Sulla base dell'indagine svolta, riteniamo che per assicurare una maggiore efficacia del sistema antitrust e quindi permettere la competitività nella sfera pubblica, i sistemi basati sulla tecnologia come l'IA e gli algoritmi devono essere inevitabilmente trasparenti e responsabili, così da rendere il processo di formazione delle decisioni economiche degli attori del mercato visibile e spiegabile e, in ultima istanza, controllabile dalle autorità di regolamentazione (e dai giudici).



ALFREDO FIORITTO

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO TELEMATICO:  
TRA ESIGENZE DI LEGALITÀ  
E DI BUONA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi: l'introduzione del procedimento amministrativo telematico come principio generale nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e nei rapporti con i privati. – 2. La genesi e gli sviluppi del procedimento amministrativo. – 3. L'uso della telematica nell'attività amministrativa. – 4. I principi e la responsabilità nel procedimento telematico. – 5. L'istruttoria procedimentale e la decisione informatica. – 6. Le segnalazioni certificate di inizio attività. – 7. Le prospettive.

1. *La digitalizzazione dei procedimenti amministrativi: l'introduzione del procedimento amministrativo telematico come principio generale nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e nei rapporti con i privati*

La legge n. 241/1990 ha previsto, nel corso del tempo, un uso sempre maggiore degli strumenti informatici e telematici per agevolare i rapporti tra le amministrazioni e i cittadini; l'esito più recente di tale processo è stato il d.l. n. 76/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120/2020), che ha reso obbligatorio l'uso di tali strumenti e ha avviato la trasformazione del procedimento amministrativo che da "cartaceo" si avvia rapidamente a divenire "telematico".

Il nuovo art. 3-*bis*, introdotto dal decreto-legge prevede che «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Come meglio si vedrà in seguito, si tratta di una profonda innovazione poiché quello che prima era sostanzialmente un suggerimento («le amministrazioni incentivano l'uso della telematica») oggi è un obbligo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione; il procedimento*

Altra novità introdotta dal d.l. n. 76/2020 riguarda il responsabile del procedimento; il nuovo testo dell'art. 5 impone che vengano comunicati agli interessati oltre al nominativo del responsabile del procedimento il suo domicilio digitale. La novità è l'indicazione del "domicilio digitale" del responsabile che serve per facilitare i rapporti tra questi e il responsabile per tutto il corso del procedimento. Per domicilio digitale si intende l'indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata (PEC) così come stabilito dalle Linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (Agid).

Un ulteriore obbligo si rinviene, di nuovo a seguito del d.l. n. 76/2020, nell'art. 8 sulle modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento. Infatti, nella comunicazione devono essere indicati anche il domicilio digitale dell'amministrazione e le modalità con le quali, attraverso il punto di accesso telematico di cui all'art. 64-*bis* del d.lgs. n. 82/2005 o con altre modalità telematiche, è possibile prendere visione degli atti, accedere al fascicolo informatico di cui all'art. 41 dello stesso d.lgs. n. 82/2005 ed esercitare in via telematica i diritti previsti dalla presente legge.

Non si tratta di novità assolute ma di un processo avviato negli anni Novanta per adeguare l'azione amministrativa alle nuove tecnologie che si erano largamente affermate in tutti i settori della vita sociale ed economica. L'uso di strumenti tecnologici ha prodotto profondi cambiamenti nell'amministrazione pubblica; si possono, sia pure solo a scopo descrittivo, ricordare tre "rivoluzioni" che hanno segnato la burocrazia italiana. La prima è stata l'introduzione della macchina da scrivere che ha reso inutile l'intera categoria degli scrivani addetti alla copia manoscritta degli atti pubblici; la seconda, realizzata in tempi relativamente brevi, è quella caratterizzata dall'introduzione dei primi elaboratori elettronici usati prevalentemente come banche dati e poi, con i primi *personal computer*, usati come macchine da scrivere evolute. La terza e attuale rivoluzione è quella dell'amministrazione informatica e telematica che comincia a usare gli algoritmi e l'intelligenza artificiale per prendere decisioni.

Quest'ultima fase ha un impatto su tutte le forme di attività amministrativa, da quelle concrete e materiali (si pensi alla gestione dei dati o al loro impatto su importanti servizi pubblici come quello sanitario in cui

---

*amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 88; la riforma ha sostituito la parola «incentivano» con quella «agiscono», creando un vero e proprio obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di agire con strumenti informatici e telematici. La previsione smette, quindi, di essere programmatica come si è creduto fino ad adesso e fa ritornare centrale una norma fino ad ora assolutamente ignorata, rendendola un vero e proprio monito per il responsabile del procedimento, il quale è tenuto ad applicare l'informatica all'azione amministrativa.

informatica e telematico possono radicalmente trasformare il rapporto tra strutture e operatori sanitari e pazienti) a quelle più direttamente legate all'esercizio di poteri pubblici. È questo, evidentemente, il settore che qui ci interessa indagare; più in particolare, ci interessa verificare l'impatto attuale e potenziale sull'attività procedimentalizzata quella, cioè, in cui il potere pubblico viene esercitato in forma di procedimento amministrativo.

Nei paragrafi che seguono, partendo dall'evoluzione del procedimento amministrativo, proveremo a evidenziarne l'evoluzione in senso tecnologico e a verificare se, almeno in linea teorica, questa evoluzione potrà rendere più evidente uno dei fini del procedimento e cioè quello di rendere giustizia al di fuori dai tribunali.

È stato più volte ricordato, infatti, che una delle finalità del procedimento sia quella di deflazionare il contenzioso tra amministrazioni e privati; obiettivo che si raggiunge soprattutto attraverso le forme di partecipazione previste nella fase dell'istruttoria. È così possibile che la decisione che scaturisce dal procedimento sia effettivamente quella che meglio rappresenti il giusto temperamento degli interessi pubblici e di quelli privati e che concretizzi i principi costituzionali ed europei dell'imparzialità, della legalità e del buon andamento.

D'altronde, come si evidenzierà in seguito, c'è uno stretto rapporto tra procedimento e processo: entrambi rappresentano un modo di circoscrivere e limitare l'esercizio di poteri pubblici (quello esecutivo e quello giudiziario) ma anche di garantire che il loro esercizio sia finalizzato ad ottenere una giustizia sostanziale e un accettabile livello di compromesso tra interessi dei singoli e interessi delle collettività.

Cercheremo, parallelamente, di verificare quali rapporti intercorrano tra l'esercizio dei poteri pubblici e il potere rappresentato dalla stessa tecnologia; questa, nelle sue varie espressioni, rappresenta ormai una forma di potere per lo più in mano ai privati che possono decidere come e a che scopi utilizzarla. Anche se lo sviluppo tecnologico è stato sempre oggetto di una conseguente regolazione pubblicistica, per lo più finalizzata ad assicurare un alto livello di sicurezza nei suoi usi e a garantirne la possibilità di accesso, le nuove frontiere aperte dai possibili usi dell'intelligenza artificiale attuali richiedono particolare attenzione.

## *2. La genesi e gli sviluppi del procedimento amministrativo*

Nel diritto amministrativo contemporaneo lo studio dell'attività delle amministrazioni pubbliche, e degli altri soggetti (pubblici e privati) che agiscono in virtù di speciali rapporti con esse, ha subito una profonda

trasformazione poiché questi, in virtù di leggi generali o speciali, devono esercitare i poteri che le norme gli attribuiscono attraverso sequenze di atti e comportamenti formalizzati in procedimenti amministrativi. Questi rappresentano, dunque, la forma ordinaria dell'esercizio del potere pubblico e corrispondono all'evoluzione del rapporto tra cittadini e amministrazioni non più basato sull'esclusivo principio di autorità ma su principi di parità, proporzionalità e ragionevolezza.

L'amministrazione contemporanea, dotata dei poteri che la legge le attribuisce, agisce per realizzare l'interesse pubblico secondo il principio costituzionale, contenuto nell'art. 98, di un'amministrazione al servizio dei cittadini («I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»).

Lo studio e l'affermazione normativa del procedimento amministrativo sono, almeno per l'Italia, relativamente recenti risalendo alla seconda metà del secolo scorso. Il maggiore contributo all'affermazione del procedimento è dovuto a Massimo Severo Giannini nella doppia veste di studioso (veste fondamentale e prevalente) e di ministro della funzione pubblica<sup>2</sup>.

Nel suo *Diritto amministrativo*, già nell'edizione del 1970, l'autore affronta il tema dell'attività amministrativa non più nella tradizionale ottica del suo prodotto finale, l'atto, ma in quella dinamica del suo farsi. La sequenza di fasi predeterminate e regolate costringe l'amministrazione non solo al loro rispetto ma anche alla motivazione della sua decisione in modo da rendere accessibile agli interessati il processo logico e giuridico seguito.

In realtà gli studi sul procedimento sono anteriori (ma sempre ascrivibili al XX Secolo) poiché si collocano sulla scia delle esperienze dottrinali e normative di altri ordinamenti. Se la funzione legislativa si esercita attraverso un procedimento legislativo (che trova le sue fonti nelle costituzioni,

---

<sup>2</sup> Gli studi sul procedimento amministrativo sono, naturalmente, numerosissimi; oltre a Giannini, importanti studi sul procedimento si devono ad A.M. Sandulli e F. Benvenuti. Qui vengono segnalati solo quelli che, per la loro rilevanza storica o ricostruttiva, sono stati utilizzati ai fini della redazione del presente paragrafo: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 31 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1970; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., p. 1426 ss.; L. TORCHIA, *I modelli di procedimento amministrativo*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, Padova, 1993, p. 36 ss.; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 27 ss.; A. SANDULLI, *Il Procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte generale*, t. II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1035-1342; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2015; F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016.

nelle leggi ordinarie e nei regolamenti parlamentari), se la funzione giurisdizionale si esercita attraverso il processo (disciplinato nelle costituzioni e nelle leggi ordinarie) anche la funzione amministrativa trova la sua naturale collocazione nell'ambito di un procedimento. Ed è proprio al processo che hanno guardato gli studiosi del diritto amministrativo del secolo scorso: se il potere legislativo è solo parzialmente legato dalle procedure parlamentari, i poteri propri dell'esecutivo e del giudiziario devono essere esercitati in forme legali.

Negli anni Venti e Quaranta, infatti, Austria e Stati Uniti adottano leggi specifiche sul procedimento amministrativo che pur nella loro diversità hanno influenzato la successiva produzione legislativa. La legge austriaca sul procedimento amministrativo generale n. 274/1925 si ispira al modello del processo e prevede, in modo unico per tutte le amministrazioni, tutti i passaggi dell'azione amministrativa così come nelle leggi di procedura sono regolate le singole fasi del processo. Al fondo, la legge austriaca tende ad assicurare le massime garanzie possibili alle parti private e assimila l'atto amministrativo alla sentenza del giudice frutto di un processo dettagliatamente regolato in tutte le sue parti.

La legge degli Stati Uniti del 1946, l'*Administrative Procedure Act* (Apa) si basa anch'essa su un modello quasi processuale e sul principio, costituzionale, del *due process of Law* ed è fortemente caratterizzata dall'idea della partecipazione al procedimento e del contraddittorio. Si distingue però dal modello austriaco in quanto si tratta di un testo di pochi articoli (sedici) che detta principi e non regole precise e si basa su un'idea poco formalizzata del procedimento.

Nei decenni successivi moltissimi paesi europei ed extraeuropei hanno adottato leggi sul procedimento amministrativo (da ultimo, nel 2015, anche la Francia) realizzando una sorta di modello misto rispetto ai due archetipi<sup>3</sup>.

Rispetto alle esperienze straniere, il procedimento viene introdotto con molto ritardo nell'ordinamento italiano in quanto sia la dottrina che la giurisprudenza si sono prevalentemente concentrate sui problemi della legittimità e dell'efficacia del provvedimento che, seguendo un ragionamento tipico del diritto privato, veniva considerato come l'unica espressione della volontà dell'amministrazione (avendo, quindi, scarso rilievo le modalità attraverso le quali si era giunti ad esprimere tale volontà).

Nel 1979 i problemi della trasformazione dell'amministrazione italiana,

---

<sup>3</sup> Per un'analisi comparata delle leggi sul procedimento il recente *de la procédure administrative / Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruxelles, 2016. Per la Francia, il *Code des relations entre le public et l'administration*, approvato con l'Ordinanza n. 2015/1341 del 23 ottobre 2015 è commentato in un Dossier pubblicato in *AJDA*, numeri 43 e 44 del 2015.

immobile da decenni e caratterizzata da una visione corporativa e autoritaria, furono affrontati in un Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato, elaborato da commissioni di studiosi e di esperti sotto la guida del ministro della funzione pubblica Massimo Severo Giannini<sup>4</sup>. Il Rapporto fu seguito da numerose proposte di riforma, alcune delle quali trasformate in proposte o disegni di legge che videro la luce negli anni successivi.

In particolare, la Commissione di studio, presieduta da Mario Nigro, che era stata incaricata di elaborare un progetto di legge sul procedimento amministrativo, effettivamente presentò un testo di pochi articoli in grado di coniugare garanzie dei diritti e speditezza dell'azione amministrativa. Solo dopo un decennio di faticosa gestazione il Parlamento italiano il 7 agosto 1990, riuscì ad approvare la legge n. 241 contenente «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».

Pur con numerose modifiche che ne restrinsero la portata (si veda più avanti il problema degli accordi amministrativi) la legge rispecchiava l'impianto della Commissione Nigro che aveva optato per una legge non generale ma di principi applicabili a tutte le amministrazioni pubbliche.

Non va, però, confusa l'assenza di una specifica norma sul procedimento con la completa mancanza di principi che già prima della legge n. 241/1990 regolavano l'attività amministrativa; in effetti, molti dei principi esplicitamente o implicitamente richiamati nella legge sono di creazione giurisprudenziale e di molto precedenti alla legge stessa. In considerazione della scarsità di principi offerti direttamente dalle norme, a cominciare da quelle costituzionali che indicano solo l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, è grazie alla costante azione del Consiglio di Stato che sono stati individuati molti dei principi poi codificati dalla legge n. 241/1990. La giurisprudenza ha contribuito a riempire i vuoti della legislazione e, soprattutto, a definire gli ambiti della discrezionalità amministrativa creando principi generali dell'ordinamento quali la logicità, la congruità, l'affidamento pubblico, l'obbligo di motivazione (pur limitata ai provvedimenti restrittivi delle libertà e dei diritti), il contraddittorio, il silenzio significativo (sia pur prevalentemente inteso come silenzio rifiuto).

La legge sul procedimento ha reso normativi alcuni dei principi giurisprudenziali (per tutti, l'obbligo di motivazione) e ha definito una struttura tipo con alcune fasi obbligatorie (avvio, istruttoria, decisione) e ha precisato obblighi (soprattutto a carico delle amministrazioni, si pensi all'obbligo di conclusione del procedimento e alla figura del responsabile del procedimen-

---

<sup>4</sup> *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, p. 722 ss.

to) e diritti (per la parte privata, come la partecipazione al procedimento e l'accesso alla documentazione).

L'attuazione della legge n. 241/1990 è stata insolitamente rapida grazie anche a un deciso intervento del governo che attraverso una Commissione istituita nel 1991 ha coadiuvato le singole amministrazioni nei principali adempimenti previsti come la deliberazione di alcuni regolamenti (sull'individuazione dei termini dei procedimenti, sulla individuazione del responsabile, sul silenzio assenso, sull'accesso agli atti e così via).

In contemporanea con la sua attuazione si è avviato, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, un processo di sostanziose, parziali ma continue, riforme delle amministrazioni pubbliche centrali, regionali e locali, che ha reso necessario un adeguamento legislativo di alcune parti della legge sul procedimento.

Ma la riforma più sostanziosa è intervenuta nel 2005 (a quindici anni dalla sua approvazione) a opera della legge n. 15/2005 e del d.l. n. 35/2005, poi convertito con modificazioni nella legge n. 80/2005 (è poi intervenuto un successivo d.l. n. 7/2007, convertito con modificazioni nella legge n. 40/2007).

Oltre ad alcune innovazioni di principi e istituti già previsti dalla legge n. 241/1990 come la partecipazione, gli accordi sostitutivi e integrativi del provvedimento, la conferenza di servizi, la dichiarazione di inizio attività, il silenzio assenso, la disciplina dell'accesso, la novella del 2005 introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina legislativa dell'efficacia, della esecuzione e della invalidità del provvedimento amministrativo che prima era, prevalentemente, oggetto di principi giurisprudenziali. Il Capo IV-*bis*, introdotto *ex novo* dall'art. 14 della legge n. 15/2005, recepisce e innova principi sull'efficacia e sulla validità degli atti frutto di oltre un secolo di elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che sembrano rafforzare il principio di legalità dell'azione amministrativa inteso nel suo senso più classico della sottoposizione dell'amministrazione alla legge. Con questa sostanziale innovazione la legge sul procedimento si è trasformata, in senso ampliativo, in una legge sull'attività amministrativa che, partendo dai principi e passando per la struttura del procedimento, arriva a definire il regime di efficacia e di validità dei provvedimenti.

Il processo di riforma è, però, proseguito con altre norme che si sono succedute costantemente dal 2005 a oggi; tra le principali si possono ricordare la legge n. 69/2009 (che ha innovato il regime dei silenzi, dei ritardi e delle cosiddette segnalazioni certificate di inizio attività); il d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122/2010 (che introduce il regime della segnalazione certificata di inizio attività in sostituzione della dichiarazione di inizio attività); il d.l. n. 5/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 35/2012 (in tema di termini e responsabilità); la legge

n. 190/2012 e il successivo d.lgs. n. 33/2013 (in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione, in base alle quali è stato inserito l'art. 6-*bis* che introduce una disciplina del conflitto di interessi in capo al responsabile del procedimento); il d.l. n. 133/2014 (sulla digitalizzazione e la semplificazione burocratica). Non va, infine dimenticato il Codice del processo amministrativo (approvato col d.lgs. n. 104/2010) che espunge dalla legge sul procedimento tutte le norme di carattere processuale.

Con un curioso, quanto evidente, gioco cabalistico il processo di riforma è proseguito con la recente legge n. 124/2015 che contiene le deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. I contenuti della legge vanno oltre la disciplina del procedimento e del provvedimento e si stendono all'organizzazione, al personale e alla semplificazione normativa (includendo la riforma delle società a partecipazione pubblica e quella dei servizi pubblici locali).

Tuttavia, il Capo I sulle semplificazioni amministrative ha previsto sia deleghe sia norme di modifica, direttamente applicabili, che riformano profondamente gli istituti della conferenza di servizi, del silenzio assenso (introducendo *ex novo* il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici), della segnalazione certificata di inizio attività, del silenzio assenso tra amministrazione e privati, delle autorizzazioni espresse e delle comunicazioni preventive, dell'autotutela amministrativa nonché, infine, la materia della prevenzione della corruzione, della pubblicità e della trasparenza<sup>5</sup>.

Le continue modifiche alla legge non ne hanno, però, intaccato il nucleo centrale né hanno stravolto le funzioni del procedimento: si tratta, piuttosto, di un'opera di manutenzione utile a tenere aggiornata la norma che più di altre ha cambiato il rapporto tra i cittadini (il pubblico nella recente legge francese) e le amministrazioni pubbliche.

La legge n. 241/1990 svolge, infatti, funzioni diverse. Rappresenta un limite alla discrezionalità amministrativa perché costringe l'amministrazione a rendere una motivazione dalla quale deve emergere la ragionevolezza, la proporzionalità, oltre che la legalità, della decisione; anche i limiti temporali, sia quelli finali (termine del procedimento) sia quelli ottenuti attraverso le semplificazioni (da ultimo il silenzio assenso tra amministrazioni), possono essere considerati come un limite alla discrezionalità. Attraverso la partecipazione, il procedimento svolge, poi, una funzione di deflazione del contenzioso; se gli interessi (tutti) vengono correttamente valutati nell'i-

---

<sup>5</sup> Tra i primi commenti alla legge n. 124/2015, anche nota come legge Madia, B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, f. 5, p. 621 ss.; G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, *Giornale di diritto amministrativo*, p. 629 ss.

strutturata si ricuce lo spazio del contenzioso: il nuovo istituto del soccorso istruttorio è proprio un esempio di questa funzione, l'amministrazione collabora con i cittadini per ottenere una decisione che sia legittima e che realizzi, contemperandoli, l'interesse pubblico e quello privato.

### 3. *L'uso della telematica nell'attività amministrativa*

Le pubbliche amministrazioni sono divenute oggi, allo stesso tempo, produttrici e fruitrici di quantità di dati che superano qualsiasi capacità umana di elaborazione e che devono necessariamente essere elaborati da macchine capaci di compiere con estrema rapidità e precisione tali compiti.

I sistemi più evoluti che usano l'intelligenza artificiale sono capaci di elaborare previsioni e di aiutare, o sostituire, l'uomo nel prendere decisioni; inoltre, i sistemi crittografici basati su registri distribuiti, le *blockchain*, possono svolgere il ruolo di archivi certificati e dar luogo a contratti con pieno valore legale.

Di fronte a tali processi, già largamente utilizzati dagli attori economici, le amministrazioni non possono rimanere estranee e infatti, nonostante ritardi e reticenze, si stanno avviando a diventare a pieno titolo attori di questo nuovo sistema di rapporti.

La legge n. 15/2005 aveva inserito l'art. 3-*bis* nella legge sul procedimento; tale articolo stabiliva una preferenza per l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati per conseguire maggiore efficienza nella loro attività.

Come si è anticipato nel primo paragrafo, il recente d.l. n. 76/2020 rendendo obbligatorio l'uso della telematica ha trasformato il procedimento amministrativo da "cartaceo" a "telematico".

Anche l'obbligo di comunicare il domicilio digitale e il punto di accesso telematico (già previsto dal CAD) al fine di facilitare l'istruttoria e di agevolare la visione degli atti e l'accesso al fascicolo informatico (anche questo già previsto dal CAD) vengono esplicitamente considerati come mezzi per esercitare in via telematica i diritti previsti dalla legge n. 241/1990.

Alla base dell'amministrazione digitale troviamo sia il principio costituzionale del buon andamento, che si configura oggi come uso di tutte le tecnologie utili a rendere l'organizzazione e l'azione amministrative efficienti ed efficaci, sia le indicazioni e le norme europee che trovano attualmente spazio nella *Digital Agenda for Europe* (più precisamente nella comunicazione "2030 Digital Compass: the European way for the digital decade").

Il legislatore nazionale ha avviato già nelle due ultime decadi del secolo scorso il processo di adattamento dell'amministrazione alle nuove tecno-

logie; anche la ricerca aveva cominciato a evidenziare le opportunità che potevano scaturire dall'uso dei nuovi strumenti informatici e telematici in particolare per rendere più efficace e imparziale l'azione amministrativa e lo svolgimento di compiti amministrativi rivolti a pubblici numerosi<sup>6</sup>.

Con il d.lgs. n. 39/1993, fu istituita l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione – AIPA, per promuovere, pianificare e controllare lo sviluppo dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche con criteri di standardizzazione, interconnessione e integrazione.

L'AIPA fu sostituita dal Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione – CNIPA (con l'art. 176 d.lgs n. 1964/2003,), per poi essere trasformata nella DigitPA (con il d.lgs. n. 177/2009) confluita successivamente nell'attuale AgID (istituita con il d.lgs. n. 83/2012). Ma, al di là degli aspetti organizzativi, il salto di qualità della normativa italiana si è avuto con l'emanazione del codice dell'amministrazione digitale, (approvato con il d.lgs. n. 82/2005). Una forte accelerazione sull'uso delle nuove tecnologie si è registrata, da ultimo, con la Strategia nazionale per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese "Italia 2025" e con il programma *NextGenEU* dell'Unione Europea, attuato in Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che nella digitalizzazione vede l'abilitatore trasversale per il progetto di riforma strutturale del Paese.

Ma in cosa consiste l'amministrazione digitale? Le risposte sono molteplici e complesse; in estrema sintesi si può rispondere che gli strumenti che comunemente vengono definiti di *Information and Communications Technology* – ITC possono svolgere un ruolo molto utile nella gestione delle organizzazioni complesse quali sono le pubbliche amministrazioni. Questo è il primo campo in cui tali strumenti sono stati utilizzati: gestione del personale amministrativo, gestione dei servizi rivolti a numeri molto ampi di persone (pensioni, assistenza, sanità), acquisizione e gestione dei dati (da quelli territoriali a quelli personali). Tutti campi in cui l'uso dell'informatica si è affermato nel corso del tempo e che ha reso semplici una serie di operazioni una volta complesse (si pensi all'accesso ai dati catastali o a quelli urbanistici).

A questo primo e più tradizionale uso dell'informatica si sta aggiungendo quello della gestione delle procedure relative agli acquisti di beni e servizi (quindi finalizzate alla stipula di contratti) settore in cui l'amministrazione italiana si è da tempo dotata di centrali uniche di committenza che operano sul piano nazionale e locale; anche per le procedure di scelta dei contraenti relativamente agli appalti di lavori si stanno facendo passi avanti soprattutto a livello regionale in cui operano piattaforme che consentono la gestione telematica delle procedure di gara.

---

<sup>6</sup> A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993.

La nuova frontiera è quella dei procedimenti telematici e delle decisioni informatiche. Come si è appena detto, le recenti norme sembrano voler accelerare tali processi di cambiamento che si basano sull'uso di algoritmi e dell'intelligenza artificiale per arrivare a gestire i procedimenti amministrativi e a produrre decisioni automatizzate. Sono, ovviamente, processi che stanno riguardando molte attività umane e che stanno producendo nuovi concetti e nozioni anche nel campo del diritto che, come per tutte le attività umane, viene chiamato a regolare e offrire una disciplina a tali fenomeni.

Va da sé che si tratti di fenomeni complessi che comportano il temperamento e il bilanciamento di interessi divergenti: si pensi al tema dei cosiddetti *big data* cioè di quelle informazioni relative a condizioni, relazioni, preferenze e molto altro delle persone che sono, oramai, disponibili sulle reti globali e che possono essere usate non solo per scopi leciti. Norme europee e nazionali hanno cercato di regolare l'uso dei dati personali ma la sensazione che si ha è quella di una protezione insufficiente non in grado di proteggere anche gli ambiti più personali delle nostre libertà<sup>7</sup>.

Le amministrazioni pubbliche sono, evidentemente, un soggetto centrale di questi processi di cambiamento sia perché detengono una enorme quantità di dati personali sensibili (si pensi solo a quelli sanitari) sia perché disciplinano e regolano moltissime attività sociali ed economiche e ciò le rende interlocutori necessari per tutte le persone.

Anche le amministrazioni si stanno misurando con le trasformazioni che l'uso delle nuove tecnologie comporterà; algoritmi, intelligenza artificiale, *blockchain*, sono strumenti e processi informatici che sono ormai entrati nella vita e nell'azione delle amministrazioni ma che sono ancora destinate a produrre cambiamenti (e, sperabilmente, miglioramenti nella vita delle persone). Ma quali sono e come operano tali nuovi strumenti e che riflessi hanno sulle attuali regole che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle amministrazioni e i loro rapporti coi cittadini?

La ricerca giuridica è già in una fase avanzata di riflessione su tali argomenti, anche, evidentemente, per quanto riguarda l'impatto di tali tecnologie sui rapporti tra privati (ad esempio sui contratti); ma anche la giurisprudenza sta offrendo dei contributi di chiarezza sul loro uso e sui suoi effetti.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con le sentenze n. 2270 e 8472 del 2019, ha contribuito a definire un quadro sistemico sull'amministrazione algo-

---

<sup>7</sup> F. FAINI, *Blockchain e Data Protection. Fra regole informatiche e regole giuridiche*, in E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di Blockchain*, vol. I, *Blockchain, democrazia e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 201-221. Le norme di riferimento sulla *data protection* sono contenute nel reg. 2016/679/UE sul GDPR (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati).

ritmica, affermando, anzitutto, che l'informatizzazione nell'azione amministrativa deve essere incoraggiata, in quanto rispondente ai principi di efficienza ed economicità<sup>8</sup>. Le sentenze, però, si riferiscono principalmente all'applicazione degli algoritmi al fine della velocizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa di tipo esclusivamente vincolato. Più avanzata si mostra la sentenza n. 881 del 2020, in cui il Consiglio di Stato arriva a conclusioni che superano il concetto di amministrazione digitale per approdare a quello di legalità algoritmica. La Corte difatti rivede le posizioni assunte con le sentenze del 2019, sostenendo che si possa ricorrere a strumenti informatici anche nel perseguimento di attività discrezionali, aprendo così alle altre tecnologie e strumenti di intelligenza artificiale al fine di produrre decisioni automatiche.

Si devono proprio al Consiglio di Stato alcuni chiarimenti sulle nozioni tecniche e sulla loro applicabilità ai rapporti tra amministrazioni e i privati; ad esempio, con la sentenza n. 7891 del 25 novembre 2021, si è chiarita la distinzione tra algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale; l'algoritmo viene definito come una «sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato». L'intelligenza artificiale è definita come un sistema «in cui l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

Anche la tecnologia delle *blockchain* ha bisogno di definizioni; così, una decisione amministrativa, così come una qualunque altra applicazione che funziona su una *blockchain*, può essere definita come un sillogismo giuridico eseguito in maniera automatica da un *software* che lavora su uno schema di causa/effetto (*If/Then*), ovvero su una scelta binaria, condizionata da un evento al quale viene collegato un effetto ipotetico. Tale *software* si basa su un codice che legge sia le clausole che sono state concordate sia le condizioni operative in cui devono verificarsi le condizioni concordate; nel momento in cui i dati riferitigli corrispondono ai dati concordati passa alla decisione, che per gli atti giuridici, produce effetti, appunto, giuridici<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, f. 4, pp. 1149-1188.

<sup>9</sup> Sul tema delle *blockchain*, si veda G. CARULLO, *Dati, banche dati, Blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 191-221; P. DEFILIPPI-A. WRIGHT, *Blockchain and the law. The Rule of code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

Ma, tornando alle nuove norme che, di fatto, rendono obbligatorio il procedimento telematico, queste vanno lette in connessione con i principi introdotti dal codice dell'amministrazione digitale approvato con il d.lgs. n. 82/2005 che costituisce l'attuale punto d'arrivo di un lungo processo di progressiva informatizzazione della gestione dei documenti e dei procedimenti amministrativi dell'amministrazione pubblica inaugurato dal d. lgs. n. 39/1993, proseguito con la legge n. 59/1997 (il cui art. 15 stabilisce che gli atti, i dati e i documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge) e con il d.P.R. n. 445/2000 (il cui articolo 50 obbligava ciascuna amministrazione alla realizzazione di sistemi informativi automatizzati finalizzati alla gestione del protocollo informatico e dei procedimenti amministrativi). Il codice dell'amministrazione digitale impone la gestione informatica dei documenti amministrativi che viene definita come «l'insieme delle attività finalizzate alla registrazione e segnatura di protocollo, nonché alla classificazione, organizzazione, assegnazione e reperimento e conservazione dei documenti amministrativi formati o acquisiti dalle amministrazioni, nell'ambito del sistema di classificazione adottato, effettuate mediante sistemi informatici».

Dopo dieci anni dal codice, la legge n. 124/2015 è intervenuta con diverse norme di delega finalizzate ad accelerare il processo di informatizzazione delle amministrazioni italiane nel quadro del Piano Digitale (in attuazione dell'Agenda digitale europea) che dovrebbe riuscire a colmare i ritardi dell'amministrazione italiana con le amministrazioni europee e, soprattutto, a colmare le distanze tra le amministrazioni nazionali. Tale legge prevede ben sedici criteri di delega che, però, possono essere raggruppati in sette macroaree: razionalizzazione della normativa; rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, ridefinizione delle funzioni, sviluppo delle infrastrutture digitali, apertura dei sistemi informatici (*open data*); semplificazione della *governance* istituzionale; attuazione dei diritti<sup>10</sup>. L'inserimento di norme sulla digitalizzazione nell'ambito della legge sul procedimento ha un valore di principio non avendo la legge previsto una specifica disciplina del procedimento telematico né di alcuna delle sue fasi (se non per il rinvio all'uso degli strumenti informatici e telematici che si trova in alcune specifiche norme come, ad esempio, nella disciplina della conferenza di servizi). Come si cercherà di illustrare, l'uso di tali strumenti potrebbe direttamente incidere, positivamente, su molti aspetti disciplinati dalla legge sul procedimento: si pensi, ad esempio, alla presentazione delle domande da parte

---

<sup>10</sup> In tal senso B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, f. 5, p. 626.

dei cittadini, all'avvio del procedimento e alle notifiche, all'istruttoria e al passaggio della documentazione tra diverse amministrazioni e uffici, alla produzione del documento/provvedimento digitale e alla sua trasmissione ai fini dell'esplicabilità della sua efficacia.

In effetti, l'importazione della stessa legge n. 241/1990 il cui obiettivo era, e rimane, quello di definire un nuovo rapporto aperto e paritario tra privati e amministrazioni pubbliche è particolarmente affine con i concetti di *open government* e di *data society*, che spingono verso il completo accesso al patrimonio delle informazioni pubbliche e verso la partecipazione consapevole e trasparente dei cittadini alle attività delle istituzioni pubbliche, favorendo la fiducia nei confronti delle amministrazioni<sup>11</sup>.

Nei paragrafi seguenti si proverà a verificare quale impatto potrà avere sulle varie fasi del procedimento l'uso degli strumenti informatici e telematici resi, come si è detto, obbligatori dalle ultime modifiche del 2020 alla legge n. 241/1990.

#### 4. *I principi e la responsabilità nel procedimento telematico*

Nel primo Capo della legge n. 241/1990 il legislatore ha indicato i principi che devono ispirare e indirizzare l'attività delle amministrazioni.

Molti di questi principi coincidono con quelli costituzionali e con quelli dell'ordinamento europeo; così, ad esempio, il principio di imparzialità, di partecipazione, di trasparenza e controllabilità mediante l'accesso dell'azione amministrativa, l'obbligo di motivazione, la risarcibilità dei danni, il ragionevole termine di conclusione del procedimento.

E, ancora, i principi di più stretta derivazione europea quali i principi di proporzionalità e di legittima aspettativa. Il principio di proporzionalità è, in realtà, già presente nel nostro ordinamento e rappresenta uno dei parametri di verifica della legittimità dell'azione amministrativa dal punto di vista della sua ragionevolezza (ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione, che va ad incidere su posizioni private deve essere ragionevole rispetto a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti)<sup>12</sup>.

Anche il principio del legittimo affidamento rileva nella giurisprudenza comunitaria come fortemente caratterizzato in termini di tutela dell'interesse privato. In base a tale principio una situazione di vantaggio, assicurata

---

<sup>11</sup> A. GAMBINO-A. STAZI-D. MULA, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giapichelli, Torino, 2019.

<sup>12</sup> V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 254. Sull'origine del principio di proporzionalità M. CLARICH, *op. cit.*, p. 154.

ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo e motivazione assai più puntuale e congrua delle ragioni di pubblico interesse che ostano al mantenimento in capo al privato della posizione acquisita<sup>13</sup>.

L'uso della telematica non può che favorire l'attuazione di questi principi: facilitare la partecipazione e l'accesso e la trasparenza, accorciare i tempi delle decisioni sono obiettivi che proprio tali mezzi possono meglio raggiungere (rispetto al procedimento cartaceo). Anche i principi più legati dall'uso della discrezionalità amministrativa possono, però, beneficiare dei nuovi strumenti tecnologici; si pensi all'imparzialità che può essere assicurata usando processi decisionali informatizzati in cui la decisione è presa solo ed esclusivamente sulla base dei dati analizzati dalle macchine che sfuggono alle influenze del contesto (sarebbe, ad esempio, evitato ogni conflitto di interessi).

Particolare attenzione va posta alla scelta del responsabile del procedimento il quale può adottare "ogni misura" nell'ambito dell'istruttoria; può, ad esempio, acquisire d'ufficio gli atti e ogni altro elemento utile per la conclusione del procedimento. Il nuovo testo dell'art. 6 prevede che debba essere comunicato il domicilio digitale del responsabile il quale, quindi, dovrà svolgere tutte le attività istruttorie attraverso comunicazioni telematiche<sup>14</sup>.

L'uso dell'*Information and Communications Technology* – ITC nella pubblica amministrazione rende ancor più centrale il ruolo del responsabile del procedimento, poiché oltre ad adempiere ai compiti prescritti dalle norme (artt. 5 e 6 legge n. 241/1990) dovrebbe anche colmare la distanza che intercorre tra cittadini e amministrazione nell'uso di tali tecnologie (il c.d. *digital divide*): distanza ancora molto elevata anche in considerazione delle diverse fasce della popolazione.

Lo stesso CAD assegnava alle amministrazioni il compito di contribuire a diminuire tali distanze (art. 8) ma, evidentemente, si tratta di un obiettivo difficile da raggiungere e, forse, anche improprio (almeno per le singole amministrazioni).

La scelta del responsabile dovrebbe, dunque, ricadere su dipendenti in grado di utilizzare tali tecnologie (scelta non sempre facile); resta da capire se l'obbligo si estende anche nei confronti dei cittadini che entrano in contatto con l'amministrazione attraverso un procedimento (sia di parte che d'ufficio). Se così fosse, il rischio di limitare l'accesso ai servizi e alle funzioni

---

<sup>13</sup> Tra i primi a ricostruire nell'ordinamento italiano la figura delle aspettative legittime e del legittimo affidamento come limite all'esercizio del potere e della discrezionalità amministrativa, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970.

<sup>14</sup> D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 109.

amministrative sarebbe alto proprio in considerazione dell'ancor basso livello di alfabetizzazione informatica. L'obbligo sarebbe dunque asimmetrico: permane per le amministrazioni ma non per i privati per i quali resta aperta la possibilità di comunicare con i tradizionali strumenti di comunicazione e partecipazione<sup>15</sup>. Il responsabile del procedimento, come prevede l'art. 3-*bis* della legge n. 241/1990, è dunque tenuto ad avvalersi della tecnologia per garantire maggiore efficienza ed efficacia all'azione amministrativa.

Altro approfondimento meriterebbe la questione della decisione automatizzata che non potrebbe prevedere un centro di imputazione della responsabilità; al momento le norme europee contenute nel GDPR all'art. 22 vieta che le persone possano essere assoggettate a una decisione esclusivamente algoritmica<sup>16</sup>.

## 5. *L'istruttoria procedimentale e la decisione informatica*

La fase dell'istruttoria è certamente quella in cui maggiore può essere l'impatto delle nuove tecnologie; se appare più semplice prevedere l'impatto della telematica, che consente lo scambio di documenti e informazioni attraverso canali i canali telematici (posta elettronica semplice o certificata che sia), più complesso appare prevedere l'applicazione e l'impatto di tecnologie più evolute che consentono di ottenere direttamente decisioni senza l'intervento dell'operatore umano.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'obbligo previsto dal nuovo testo dell'art. 3-*bis* della legge n. 241/1990 dovrà solo superare lo scoglio delle capacità personali sull'uso di tali tecnologie (sia dalla parte dell'amministrazione sia da quella dei cittadini) e delle dotazioni informatiche e telematiche (reale interoperabilità delle banche dati, affidabilità delle reti). Sul piano teorico tali innovazioni non dovrebbero comportare particolari complessità.

D'altronde, già oggi molte fasi del procedimento sono caratterizzate dall'uso della telematica: sui siti istituzionali di alcune amministrazioni sono disponibili moduli informatici che possono essere compilati dagli interessati e spediti alle amministrazioni per le operazioni più semplici (si pensi a procedimenti ed atti di stato civile come cambi di residenza, richiesta di documenti e molto altro).

---

<sup>15</sup> R. CAVALLO PERIN-I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 119-154.

<sup>16</sup> C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 2020, vol. XLIV, f. 3, pp. 3369-3389.

Si pensi, ancora, alle conferenze dei servizi che devono essere svolte in maniera telematica per consentire alle diverse amministrazioni coinvolte di esprimere i propri pareri, nulla osta o altri atti di consenso, al fine di semplificare e accelerare i tempi del procedimento.

Nella conferenza dei servizi, i rappresentanti delle amministrazioni sono chiamati a operare una valutazione dell'interesse pubblico affidato alla propria amministrazione in comparazione con interessi curati da altre amministrazioni allo scopo di semplificare lo svolgimento del procedimento.

Anche la conferenza dei servizi, soprattutto quella decisoria e asincrona, regolata dall'art. 14-*bis* della legge n. 241/1990, trarrebbe dei vantaggi dall'uso della telematica rendendo molto più trasparente e veloce il procedimento.

In genere, per i procedimenti semplici e per quelli cosiddetti "vincolati", dove, cioè, il ruolo dell'amministrazione deve limitarsi all'accertamento di requisiti e condizioni direttamente previsti da norme di legge o atti generali (salve poche eccezioni), non si riscontrano particolari difficoltà se non quelle legate alle competenze personali e alle dotazioni strumentali delle amministrazioni (problema, comunque, non di poco conto).

Maggiori difficoltà e problemi sorgono invece per i procedimenti relativi ad atti discrezionali nei quali le valutazioni dell'amministrazione vanno oltre i meri accertamenti e si estendono alla valutazione e comparazione di interessi pubblici e privati con un'ampiezza non sempre definita e limitata dalle norme.

Infatti, nel caso di potere vincolato, l'algoritmo svolge le proprie funzioni decisorie basandosi su dati certi, esclusivamente *rule-based*, in quanto deve solo accertare la presenza dei requisiti e il rispetto degli obblighi di legge; in questo caso il provvedimento è dovuto al cittadino. Su questo tipo di decisioni algoritmiche è intervenuto il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891), che ha chiarito come in questi casi gli algoritmi non utilizzano sistemi di intelligenza artificiale, ma piuttosto una semplice applicazione finalizzata al perseguimento di un fine.

Nella citata sentenza i giudici hanno precisato le definizioni di algoritmo e di intelligenza artificiale; il primo viene definito come una «sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», quindi un sistema di automazione di tipo *rule-based*. L'intelligenza artificiale è definita come un sistema «in cui l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole e i parametri preimpostati ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> G. PESCE, *Organizzazione della pubblica amministrazione e IA*, in R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona*,

È evidente che nel caso dell'intelligenza artificiale, nel quale è la macchina stessa che apprende dall'algoritmo le diverse modalità di assolvere i propri compiti, la distanza dal fattore umano e la decisione si allontana drasticamente; infine è la macchina stessa a prendere la decisione.

Vanno considerati sia gli aspetti positivi sia quelli critici dell'uso dell'IA; tra i primi, il fatto che una istruttoria affidata ad una macchina dotata di IA ha molte maggiori capacità di analizzare i dati e l'utilizzo dei cosiddetti *big data* nell'istruttoria può consentire una valutazione molto più approfondita degli interessi in gioco. La verifica automatizzata consente di rielaborare, in una sequenza logica, una enorme massa di dati che non sarebbe possibile analizzare dall'uomo. Possono essere considerate probabilità, previsioni, correlazioni tra informazioni difficilmente analizzabili in una normale istruttoria.

Qualche perplessità suscita la reale possibilità che venga effettivamente perseguito l'interesse pubblico affidato dalla legge all'amministrazione precedente; cosa accade se dall'istruttoria informatica risulta una scelta razionale ma lontana dalla cura dell'interesse pubblico? Sembra, per questo, necessario un intervento umano che controlli e guidi l'istruttoria informatica che garantisca un risultato coerente con gli interessi pubblici.

Quando ai fini della decisione l'amministrazione è dotata di ampia discrezionalità la macchina cui venisse affidato il compito di decidere dovrebbe essere capace di analizzare i pareri e le altre valutazioni espresse nell'istruttoria oltre agli altri apporti documentali espressi dai privati in sede di partecipazione (artt. 9, 10 e 10-*bis*)<sup>18</sup>.

Come è stato rilevato, quanto più ampio risulta il margine di discrezionalità tanto più l'algoritmo appronta una motivazione meno trasparente e spiegabile<sup>19</sup>.

Per i procedimenti complessi e ampiamente discrezionali possono ancora essere necessarie fasi più personalizzate nei rapporti tra privati e amministrazioni; si pensi ai pareri e nulla osta di carattere culturale e/o paesaggistico, in cui incidono certamente valutazioni di carattere estetico che, almeno per ora, sembrano sfuggire alle capacità delle macchine dotate

---

*Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 521-540. La sentenza fa riferimento agli algoritmi utilizzati dal governo per la determinazione delle zone e degli scenari di rischio durante la pandemia Covid-19.

<sup>18</sup> G. AVANZINI, *Decisione amministrativa e algoritmo informatico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019. Sulla partecipazione è interessante la sentenza del T.A.R. del Lazio n. 3769 del 2017, sull'algoritmo di mobilità del personale docente, che definisce gli algoritmi amministrativi quali atti amministrativi informatici e pertanto stabilisce il diritto all'accesso civico alla tecnologia.

<sup>19</sup> G. PESCE, *Intelligenza artificiale, procedimento e soluzione dei conflitti fra interessi*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 507.

di IA. Vero è che il procedimento amministrativo, così come il processo, è prevalentemente basato su documenti che ben si presterebbero ad una produzione e comunicazione esclusivamente telematica; va però ricordato che, almeno per procedimenti più complessi (si pensi alle approvazioni dei progetti di opere pubbliche, le norme più recenti stanno valorizzando strumenti di partecipazione personali (come i dibattiti pubblici che in altri paesi europei, e non solo, vengono utilizzati all'interno di molti procedimenti amministrativi).

Sembra evidente che l'uso della telematica non potrà essere sempre sostitutivo di altri mezzi di comunicazione (anche per non gravare i cittadini di obblighi e, dunque, diventare punitivi invece che semplificatori).

Una garanzia di legittimità, imparzialità e legalità della decisione deriva, comunque, dall'obbligo di motivazione del provvedimento (art. 3); nella motivazione, infatti, devono essere spiegate le ragioni di fatto e di diritto che hanno portato alla decisione. Nei casi di provvedimenti discrezionali basati su decisioni prese da sistemi di intelligenza artificiale bisognerebbe, almeno, rendere palesi gli algoritmi e i metodi di apprendimento della macchina per evitare il pericolo di decisioni oscure e arbitrarie.

## 6. *Le segnalazioni certificate di inizio attività*

Altro utile campo di applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche è quello delle segnalazioni certificate di avvio delle attività. Come per i procedimenti vincolati in cui l'amministrazione deve solo limitarsi alla verifica di dati oggettivi (la presenza di determinati requisiti o condizioni oggettive e soggettive), anche per le segnalazioni certificate una istruttoria informatizzata può essere d'aiuto.

In questo caso, peraltro, come bene ha evidenziato il legislatore (e prima ancora dottrina e giurisprudenza) non si tratta di un vero e proprio procedimento che sfocia in un provvedimento ma solo e semplicemente di un atto del privato (la segnalazione) al quale devono essere allegati documenti e dichiarazioni (fornite dallo spesso segnalante o da suoi tecnici abilitati) ai fini di una verifica da parte dell'amministrazione<sup>20</sup>.

Dall'art. 19 della legge n. 241/1990, più volte modificato e integrato, si ricava che la legittimazione del privato a svolgere determinate attività non

---

<sup>20</sup> A. VENTURI, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) tra livelli essenziali delle prestazioni e "dematerializzazione"*, in *Le Regioni*, 2012, f. 5-6, pp. 1182-1194; G. STRAZZA, *La S.C.I.A. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

dipende dal provvedimento amministrativo ma risiede direttamente nella legge. L'amministrazione deve, in ogni caso, svolgere un'attività di controllo che può portare a diversi esiti; può esercitare un potere inibitorio nei confronti dell'attività avviata (entro un periodo di tempo limitato di sessanta giorni o di trenta nel caso della SCIA edilizia) oppure può chiedere integrazioni documentali volte ad adeguare l'attività alle forme effettivamente previste dalla legge. Si tratta, dunque, di un controllo non discrezionale ma solo di accertamenti di conformità alle norme.

Un ruolo non indifferente giocano le informazioni e i moduli forniti ai privati dalle pubbliche amministrazioni; sempre più frequentemente, anche ad opera delle leggi, le amministrazioni organizzano uffici definiti "sportelli unici" che rappresentano l'unico punto di informazione e di relazione con l'amministrazione. Le norme nazionali hanno già previsto simili soluzioni organizzative (ad esempio, lo Sportello Unico per le Attività Produttive – SUAP, introdotto con il d.P.R. n. 447/1998 o lo Sportello unico per l'edilizia – SUE, previsto dal d.P.R. n. 380/2001). Tali uffici sono divenuti i punti di accesso e di riferimento per i procedimenti relativi alle attività produttive ed edilizie, operando, soprattutto i SUAP, in maniera esclusivamente telematica (in base all'art. 2 d.P.R. n. 160/2010). Lo sportello, difatti, opera nella completa interoperabilità dei registri di autorizzazione, senza dover richiedere copia dei documenti autorizzatori alle imprese; inoltre, alla presentazione delle domande, la PA ha l'obbligo, in via telematica, di rilasciare la ricevuta dell'avvenuta presentazione della richiesta<sup>21</sup>.

Tali uffici, dunque, svolgono un ruolo centrale sia come fornitori di informazioni sia come motori delle attività istruttorie: devono, infatti, richiedere, se necessario, documenti e informazioni detenute da altre amministrazioni in modalità telematica. A seguito della presentazione della segnalazione (o della richiesta di autorizzazione nel caso delle attività produttive) lo sportello unico compie un primo controllo destinato alla verifica della completezza della segnalazione; deve, poi, svolgere un secondo controllo sulla SCIA più qualitativo destinato alla verifica della congruità della documentazione. In pratica, anche considerando la quantità di segnalazioni da analizzare e i tempi relativamente ristretti, questo secondo controllo viene spesso eseguito a campione (non su tutte le segnalazioni).

Una istruttoria informatizzata, anche con l'uso di IA, sarebbe senz'altro

---

<sup>21</sup> Anche diverse norme europee sono andate nella direzione di attuare il principio del *once only* e degli sportelli unici; ad esempio, con il reg. 2017/2226/UE del Parlamento e del Consiglio si è dato avvio alla istituzione di un «sistema di ingressi/uscite» (*Entry/Exit System – EES*) per controllare i movimenti delle persone che entrano dall'esterno nell'area Schengen; il sistema europeo deve garantire la completa interoperabilità con tutti gli altri sistemi di controllo nazionali.

utile a compiere tali verifiche che, come si è detto, non implicano valutazioni discrezionali da parte delle amministrazioni.

Questo tipo di procedure, che già rappresentano una forma concreta di semplificazione dell'attività amministrativa e che è già oggetto di operazioni di semplificazione, potranno essere oggetto di ulteriori interventi grazie al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR il quale prevede la digitalizzazione delle procedure amministrative per l'edilizia e le attività produttive, le estensioni della SCIA, oltre che l'eliminazione delle autorizzazioni non giustificate da motivi imperativi e degli adempimenti che non utilizzano le nuove tecnologie.

Il ricorso agli algoritmi, che sono già in uso in molti sportelli unici per le attività produttive, consente di presentare la segnalazione in modalità telematica (su un modulo già presente nello sportello) e di verificare automaticamente la completezza della segnalazione e dei relativi allegati, delle dichiarazioni rese dal privato e la loro coerenza rispetto alla richiesta. Se la verifica è positiva la segnalazione viene accettata dagli uffici competenti; se il riscontro documentale non è positivo gli uffici possono impedire la continuazione delle attività ed attivare le eventuali sanzioni. Questi tipi di algoritmi potrebbero facilmente venire utilizzati per tutti i casi previsti dall'art. 19 della legge n. 241/1990 (oltre che per gli atti vincolati).

## 7. *Le prospettive*

Quali potranno essere le prospettive dell'uso delle nuove tecnologie informatiche e telematiche sul procedimento amministrativo?

Indubbiamente, sia le norme più recenti sia i progetti e i piani dei ministeri e delle agenzie finalizzati all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, spingono verso una maggiore utilizzazione delle tecnologie informatiche e telematiche nelle pubbliche amministrazioni.

La spesa prevista di circa 9,2 miliardi di euro finalizzati alla digitalizzazione e alle migrazioni su *cloud* delle amministrazioni dovrebbe favorire la transizione verso l'amministrazione digitale di cui da tempo si parla senza, però, aver portato ad un chiaro miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dell'amministrazione. Va pure detto che nel suo complesso la società italiana fa ancora fatica ad accettare le nuove tecnologie ed è in ritardo rispetto ad altri paesi, soprattutto, europei.

Il processo di cambiamento, finora lento, può proseguire più speditamente anche grazie ad una normativa e ad una giurisprudenza che non pongono troppi ostacoli all'uso di algoritmi, *blockchain* e intelligenza artificiale. Certo, come per tutte le altre attività umane, bisognerà trovare un

giusto rapporto tra macchine e uomo; per l'amministrazione digitale questo vuol dire spingere sull'automazione quando l'attività amministrativa non richiede scelte discrezionali. Significa anche trovare il giusto spazio per un controllo da parte degli operatori sulle decisioni automatizzate quando queste richiedano l'uso della discrezionalità.

Al di là di questo, come si è visto, all'interno del procedimento amministrativo così come questo è attualmente disciplinato, si aprono molti spazi per aumentare l'uso degli strumenti tecnologici; certamente la partecipazione può essere facilitata, l'accesso e la trasparenza possono aumentare i loro spazi, le semplificazioni possono essere maggiormente efficaci se si usano le tecnologie. Le tecnologie, peraltro, non escludono i controlli e le verifiche che possono essere previsti per procedimenti più complessi e che coinvolgono interessi particolarmente sensibili. La gamma degli usi è vasta ma richiede capacità e competenze specifiche che l'amministrazione sembra, attualmente, non avere; grazie ai finanziamenti oggi esistenti dovrà essere possibile investire oltre che sulle tecnologie anche sulla formazione e sul reclutamento delle migliori competenze.

CATERINA PAREO

## PROSPETTIVE DI REGOLAZIONE DEL LAVORO ATTRAVERSO PIATTAFORME DIGITALI

SOMMARIO: 1. Il dilemma della qualificazione giuridica dei nuovi lavori e della disciplina applicabile. – 2. L'oscillante giurisprudenza sulle prestazioni rese attraverso piattaforme digitali. – 2.1. Dalle prime (timide) pronunce ... – 2.2. (*Segue*) fino agli approdi più recenti. – 3. La latitudine dei poteri datoriali nell'era dell'algoritmo. – 4. Bisogni di protezione e prospettive di regolazione del fenomeno.

### 1. *Il dilemma della qualificazione giuridica dei nuovi lavori e della disciplina applicabile*

La progressiva diffusione di relazioni contrattuali all'interno dei mercati digitali ha posto il problema del corretto inquadramento giuridico delle prestazioni rese attraverso e/o per conto delle c.d. "piattaforme digitali" e, conseguentemente, della disciplina applicabile a rapporti contenenti profili di assoluta novità.

La realtà ci restituisce uno scenario particolarmente composito e in costante evoluzione, tanto da rendere molto difficile operare una classificazione esaustiva delle tipologie di piattaforme ad oggi esistenti. Si consideri, solo a titolo esemplificativo, che esistono piattaforme che forniscono servizi di consegna a domicilio, altre che invece si occupano della condivisione di materiale multimediale, altre ancora che offrono servizi di formazione in modalità *e-learning* o di comunicazione e condivisione di dati per fini professionali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La progressiva diffusione di piattaforme *online* ha indotto ad operare una serie di tentativi classificatori non sempre uniformi e talvolta anche molto contrastanti tra loro. Ad esempio, i primi studiosi in materia hanno operato una distinzione tra *piattaforme di capitale* – come *Ebay* o *Airbnb* che mettono in contatto consumatori con soggetti che affittano o vendono beni secondo una logica *peer to peer* – e *piattaforme di lavoro* – come *Uber* o *TaskRabbit*, che fungono da intermediari tra clienti e prestatori di servizi che svolgono incarichi connotati anche da una certa complessità: così D. FARRELL-F. GREIG, *Paychecks, Paydays, and the Online Platform Economy*. *Big data on Income Volatility*, JPMorgan Chase

Con riguardo alle piattaforme sulle quali transitano prestazioni di lavoro il cerchio si restringe<sup>2</sup>, sebbene resti comunque piuttosto complesso mappare e classificare in modo completo la variabile molteplicità di piattaforme presenti nel mercato digitale<sup>3</sup>.

La prima casistica giurisprudenziale in materia di lavoro nelle piattaforme digitali ha riguardato principalmente le piattaforme di consegna di cibo a domicilio (*Glovo, Foodora, Deliveroo, Just Eat, Uber Eats*) nonché quelle che forniscono il servizio di trasporto di persone in ambito urbano ed extraurbano (*Uber*).

In Italia, in particolare, i *leading cases* che hanno portato all'attenzione dell'opinione pubblica il tema del lavoro attraverso piattaforme digitali hanno riguardato proprio le piattaforme di consegna di cibo a domicilio, che forniscono contestualmente sul mercato sia il servizio di intermediazione fra clienti e ristoratori, sia il servizio di consegna materiale del pasto dal ristorante al cliente per il tramite di un fattorino.

È interessante constatare come sui siti *web* di molte piattaforme l'affidamento delle operazioni di consegna dei pasti venga pubblicizzato in una

---

Institute, 2016, p. 5. Optano invece per una diversa scelta classificatoria altri autori, i quali utilizzano la locuzione *Online Gig Economy* per indicare un sistema in cui si utilizzano *app online* per mettere in contatto clienti e prestatori di servizi che svolgono incarichi più o meno complessi – tra cui trasportare un passeggero da un posto ad un altro oppure consegnare cibo a domicilio – con l'esclusione di quelle piattaforme che agevolano lo scambio di beni e servizi impersonali: così S.D. HARRIS-A.B. KRUEGER, *A proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, The Hamilton Project, 2015, p. 6 ss.

<sup>2</sup> Con riguardo alle piattaforme di lavoro, in particolare, uno studio pubblicato nel giugno 2015 dal McKinsey Global Institute ha individuato tre tipologie di *online talent platform* classificandole in base ai dati utilizzati e alla principale funzione svolta. Secondo tale studio la prima tipologia comprende le piattaforme che vengono utilizzate per cercare posti di lavoro tradizionali (tra le più comuni, *LinkedIn* e *Indeed*). La seconda tipologia, invece, agevola le imprese a ricercare forza lavoro in base ad esigenze di natura contingente, dando luogo al modello della *gig economy* (tra le piattaforme più comuni: *Taskrabbit, Uber, Upwork*). La terza tipologia, infine, include le piattaforme che consentono di migliorare la selezione e la gestione delle risorse umane valutando le competenze dei candidati o personalizzando il percorso formativo dei lavoratori assunti (tra queste: *Good.co, Payscale*): così MCKINSEY GLOBAL INSTITUTES, *A Labor Market That Works: Connecting Talent With Opportunity In The Digital Age*, McKinsey & Company, 2015, p. 4.

<sup>3</sup> Secondo la proposta ricostruttiva che si ritiene più condivisibile – che si fonda sul tipo di attività esternalizzata dal committente e gestita dalla piattaforma – è possibile distinguere fra tre principali tipologie di piattaforme: 1) piattaforme di *crowdwork* puro; 2) piattaforme che consentono l'esternalizzazione di attività richiedenti un livello di professionalità medio/elevato; 3) piattaforme che fungono da intermediari di prestazioni da svolgere *offline* (in tal senso A. DONINI, *Il lavoro attraverso piattaforme digitali*, Bononia University Press, Bologna, 2019, p. 17 e ss.).

sezione apposita, diversa dalla sezione “lavora con noi”, mediante l’utilizzo dell’espedito narrativo del “diventa capo di te stesso” attraverso un’attività di lavoro autonomo, flessibile e che consente di guadagnare anche durante il tempo libero<sup>4</sup>.

L’emersione del fenomeno del lavoro tramite piattaforme ha dunque condotto la dottrina, la giurisprudenza, il legislatore e le parti sociali a occuparsi del fenomeno, prestando adeguata attenzione ai nuovi bisogni di protezione emergenti dalla mutata realtà sociale.

Date le dimensioni globali del fenomeno, la tendenza a regolare il lavoro attraverso piattaforme digitali è stata avvertita anche a livello europeo, dove sono in corso i lavori per il varo della proposta di direttiva in materia di lavoro su piattaforme digitali del 9 dicembre 2021 (sul punto v. *infra*, par. 4).

Occorre, tuttavia, ricordare che, proprio al fine di regolare la complessa vicenda giuridica dei *riders* delle piattaforme di consegna di cibo a domicilio, nel 2019 il legislatore italiano è intervenuto su due fronti: da un lato ha modificato l’art. 2 d.lgs. n. 81/2015, operando una estensione ulteriore delle tutele proprie della subordinazione anche oltre i confini dell’art. 2094 c.c., dall’altro ha introdotto nel *corpus* del d.lgs. n. 81/2015 il capo *V-bis* destinato alla tutela del lavoro autonomo svolto tramite piattaforme digitali.

Non essendo possibile soffermarsi in modo analitico sui contenuti del provvedimento legislativo, ci si limita a ricordare – in estrema sintesi – che l’intervento sulla fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate ha incluso sotto l’ombrello protettivo delle tutele stabilite per il lavoro subordinato quelle collaborazioni «che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente» anche mediante piattaforme digitali.

Dall’altro lato, invece, all’interno del nuovo capo *V-bis* del d.lgs. n. 81/2015 il legislatore ha cercato di regolare il fenomeno del lavoro autonomo reso attraverso piattaforme digitali con l’obiettivo di stabilire livelli minimi di tutela e delineare una cornice essenziale di principi comuni, demandando alla contrattazione collettiva il compito di definire nel dettaglio la disciplina concretamente applicabile, avuto particolare riguardo al profilo concernente il compenso<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Ad esempio, sul sito di *Uber Eats* si legge «Effettua consegne con Uber Eats. Nessun capo. Orari flessibili. Pagamento rapido. Guadagna consegnando cibo e altri articoli con l’app Uber Eats, tutto mentre esplori la tua città» ([https://www.uber.com/it/it/deliver/?\\_ga=2.211842262.397851076.1625670294-870878236.1625670294](https://www.uber.com/it/it/deliver/?_ga=2.211842262.397851076.1625670294-870878236.1625670294)); mentre, prima che intervenisse il noto contratto integrativo aziendale *Just Eat*, sul sito della società si leggeva testualmente «Consegna con Just Eat. In pochi semplici passaggi potrai iniziare a consegnare con noi e a guadagnare nel tuo tempo libero. È un’opportunità di lavoro flessibile che potrai personalizzare ed adattare al tuo stile di vita» (<https://rider.justeat.it/application>).

<sup>5</sup> Si consideri, infatti, che per quanto concerne il compenso è prevista la possibilità per

È utile ricordare che la disposizione in esame, pur inquadrando i fattorini nell'area dell'autonomia, identifica le piattaforme digitali in quei programmi e procedure informatiche che «indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione».

Com'è possibile constatare dalla sommaria ricostruzione appena riportata, l'operazione svolta dal legislatore italiano, seppure mossa dalle migliori intenzioni, non ha totalmente diradato le ombre addensatesi intorno al problema della qualificazione giuridica dei nuovi lavori, contribuendo invece ad alimentare il dibattito sull'esatta delimitazione del *discrimen* tra autonomia e subordinazione.

## 2. *L'oscillante giurisprudenza sulle prestazioni rese attraverso piattaforme digitali*

Nell'ordinamento italiano l'attenzione verso il lavoro prestato per o attraverso piattaforme digitali si è acuita proprio grazie ad alcune controversie giudiziarie, le quali, peraltro, hanno influenzato, persino nelle more della definizione dei relativi giudizi, le determinazioni dei decisori pubblici cui si è appena fatto cenno.

Le prime pronunce sul tema si sono mostrate piuttosto restie nel riconoscere al lavoro dei fattorini un qualche elemento, pure attenuato, di subordinazione. È solo con il passare del tempo che gradualmente è stata ammessa la possibilità di applicare la disciplina del lavoro subordinato al lavoro tramite piattaforma digitale<sup>6</sup>.

È importante in questa sede precisare che la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi anche in tema di riconoscimento dei diritti sindacali alle coalizioni di lavoratori delle piattaforme: un tema, questo, particolarmente spinoso se solo si considera la stretta correlazione sussistente fra accesso

---

i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale di definire criteri di determinazione del compenso complessivo, tenendo conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente (art. 47-*quater*). Nel caso in cui manchino tali contratti i lavoratori non possono essere retribuiti solo in base alle consegne effettuate e dunque deve essere garantito un compenso minimo orario, oltre ad una indennità integrativa non inferiore al dieci per cento per il lavoro notturno e festivo o svolto in condizioni meteorologiche sfavorevoli.

<sup>6</sup> Per una panoramica della giurisprudenza in materia cfr. F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, f. 1, p. 1 ss.

alle libertà e ai diritti sindacali e qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>7</sup>.

A fronte delle specificità che connotano il nostro ordinamento, nelle prossime pagine si cercherà di focalizzare l'attenzione in modo esclusivo sulle pronunce rese dalla giurisprudenza italiana al fine di comprendere quale sia attualmente lo stato dell'arte in merito alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro delle piattaforme digitali. Va ricordato, infatti, che sul problema della qualificazione giuridica dei nuovi lavori si sono espresse le corti nazionali di moltissimi altri ordinamenti giuridici, aderendo ai più disparati orientamenti<sup>8</sup>.

### 2.1. Dalle prime (timide) pronunce ...

La prima pronuncia italiana in tema di lavoro svolto attraverso piattaforme digitali è quella emessa nel 2018 dal Giudice del lavoro di Torino<sup>9</sup> investito della questione concernente la qualificazione giuridica dei lavoratori di una nota piattaforma di consegna di cibo a domicilio, i quali rivendicavano, in via principale, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e, in via subordinata, l'applicazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 con il conseguente riconoscimento di tutti i diritti connessi<sup>10</sup>.

Come noto, il giudice torinese ha rigettato le richieste di parte ricorrente, affermando che l'autonomia dei *riders* sarebbe discesa dall'assenza di una assidua attività di vigilanza e controllo da parte della piattaforma sulla fase di esecuzione della prestazione lavorativa.

In particolare, il fatto che il ciclofattorino fosse libero di decidere se effettuare la consegna senza incorrere in conseguenze pregiudizievoli avrebbe contribuito, secondo la prospettiva del giudicante, ad inquadrare la prestazione entro l'area del lavoro autonomo<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Per una rassegna delle questioni sia consentito il rinvio a C. PAREO, *L'attualità dell'art. 28 St.Lav. nell'era delle piattaforme digitali*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, f. 2, II, p. 177 ss.

<sup>8</sup> Sul punto cfr. V. PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *Labour & Law Issues*, 2019, vol. V, n. 1, p. C.45 ss.; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Labour & Law Issues*, 2019, vol. V, n. 2, p. I.21 ss.

<sup>9</sup> Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in *Dir. rel. ind.*, 2018, f. 4, con nota di V. FERRANTE, *Subordinazione e autonomia: il gioco dell'oca*, pp. 1196-1202; in *Arg. dir. lav.*, 2018, f. 1, p. 1220 ss. con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*.

<sup>10</sup> Nel caso di specie, i ciclofattorini erano stati assunti con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, in seguito alla compilazione di un questionario sul sito della società resistente e ad un colloquio conoscitivo in cui veniva spiegato che per svolgere l'attività era necessario il possesso di una bicicletta e di uno *smartphone*.

<sup>11</sup> P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, f. 2, p. 294 ss.

Per l'autorità giudiziaria non assumeva, infatti, alcun valore discrezionale il fatto che l'organizzazione aziendale fosse in grado di localizzare continuamente il prestatore mediante sistema di geolocalizzazione, oppure che essa potesse sollecitarlo in caso di ritardo nella consegna.

Non assumeva alcun rilievo neppure il potere della società di redigere una classifica di merito degli addetti alle consegne, scartando quelli ritenuti meno disponibili o meno puntuali<sup>12</sup>.

Sulla stessa scia della pronuncia torinese si è espresso pochi mesi dopo anche il Tribunale di Milano<sup>13</sup>, escludendo la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, a fronte del mancato assoggettamento del *rider* al potere direttivo, organizzativo e disciplinare della società comprovato dal fatto che il lavoratore poteva discrezionalmente decidere, di settimana in settimana, in quali giorni e in quali orari lavorare o non lavorare.

Dalle prime pronunce citate emerge con tutta evidenza una timidezza di fondo della giurisprudenza di merito che, nell'affrontare per prima gli aspetti problematici del lavoro attraverso piattaforme digitali, ha tentato, con una interpretazione d'impronta marcatamente formalistica, di fornire una lettura del fenomeno forse troppo agganciata al dato della volontà espressa dalle parti nel contratto di collaborazione coordinata e continuativa, senza indagare più approfonditamente il concreto atteggiarsi del rapporto intercorso fra piattaforma committente e collaboratore.

Le evoluzioni della giurisprudenza successiva hanno segnato un visibile cambio di rotta, dovuto molto probabilmente anche ad una maggiore conoscenza del fenomeno, entrato in modo dirompente nel dibattito pubblico e polarizzando l'attenzione degli operatori giuridici.

Esemplificativa in tal senso è la sentenza della Corte d'Appello di Torino, resa in seguito all'impugnazione della pronuncia del giudice di prime cure che aveva ritenuto non integrati gli estremi della subordinazione e inapplicabile anche la fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Il giudice d'Appello piemontese ha confermato la precedente pronuncia solo nella parte in cui ha escluso la sussistenza della subordinazione, mentre ha mutato orientamento con riferimento all'ambito di applicazione della fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate, ritenendo che l'estensione di una parte delle tutele proprie della subordinazione fosse

---

<sup>12</sup> In senso critico su questo punto I. SENATORI, *Subordinazione e autonomia alla prova della gig-economy: la parola ai giudici*, in *Giustizia civile.com*, 15 ottobre 2018.

<sup>13</sup> Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853, in *De Jure*. Sul punto cfr. M. TURRIN, *Dopo il Tribunale di Torino, anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Labor*, 20 ottobre 2018.

possibile nel caso di specie in virtù della formulazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015<sup>14</sup>.

Secondo tale prospettiva, l'etero-organizzazione prevista dalla norma si tradurrebbe nell'integrazione funzionale del lavoratore nell'organizzazione produttiva dell'impresa committente «in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'art. 409 n. 3, c.p.c., poiché qui è il committente che determina le modalità dell'attività lavorativa svolta dal collaboratore»<sup>15</sup>.

È stato efficacemente sostenuto che la pronuncia del collegio torinese ha di fatto ricostruito la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 come una figura “sovratipica” cioè trasversale, in quanto si sovrappone ai contratti di lavoro già presenti nel sistema<sup>16</sup>.

Come noto, la Cassazione ha avuto modo di chiudere l'iter giudiziario avviato dinanzi al giudice torinese attraverso la pronuncia del 24 gennaio 2020, n. 1663, confermando nella sostanza l'orientamento espresso dalla Corte d'Appello, ma esprimendo un differente punto di vista in merito alla diatriba dottrina intorno alla natura della previsione contenuta all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, f. 2, p. 340 con nota di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, e R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, p. 1; C. SPINELLI, *Per la Corte d'Appello di Torino i riders sono collaboratori eteroorganizzati: sovvertito il verdetto di primo grado*, in *Giustizia civile.com*, 6 maggio 2019.

<sup>15</sup> Corte App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, cit.

<sup>16</sup> M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, cit., pp. 353-354.

<sup>17</sup> Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Leggi d'Italia*. In ragione della sua evidente rilevanza, molte riviste hanno dedicato numeri/sezioni speciali all'analisi di tale pronuncia e alle sue ricadute sul piano sistematico. Sul punto cfr P. ALBI, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, numero straordinario, p. 11 ss.; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, f. 1, p. 5 ss.; M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, f. 1, p. 49 ss.; R. ROMEI, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, *ivi*, 2020, f. 1, p. 89 ss.; G.A. RECCHIA, *La Cassazione “consegna” ai riders la collaborazione eterorganizzata*, in *Lav. giur.*, 2020, f. 3, p. 239 ss.; M. PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Giur. it.*, 2020, f. 7, p. 1801 ss.; V. MAIO, *I riders nella “terra di mezzo”, tra crisi dei rimedi e necessità logica della fattispecie*, *ivi*, 2020, f. 7, p. 1797 ss.; M. BIASI, *Le (In)attese ricadute di un approccio rimediabile al lavoro tramite piattaforma digitale*, *ivi*, 2020, f. 7, p. 1806 ss.; M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, f. 2, p. 252 ss.

## 2.2. (Segue) *fino agli approdi più recenti*

L'ultimo tassello giurisprudenziale in materia di qualificazione giuridica del lavoro svolto attraverso piattaforme digitali è rappresentato da una serie di pronunce di merito che hanno accertato la sussistenza della natura subordinata della prestazione resa dai ciclo-fattorini.

La prima di queste pronunce è quella resa dal Tribunale di Palermo il 24 novembre 2020, n. 7283<sup>18</sup>, che ha qualificato come subordinata la prestazione del *rider* in quanto tradottasi nella messa a disposizione delle energie lavorative per consistenti periodi temporali con conseguente esercizio da parte della piattaforma dei poteri di direzione e controllo.

La sentenza del Tribunale di Palermo ha inoltre ravvisato la sussistenza di sanzioni disciplinari atipiche in tutte quelle occasioni in cui il *rider* veniva penalizzato attraverso l'esclusione da un turno o il blocco dell'*account*, qualificando il definitivo distacco dall'*account* aziendale disposto in modo unilaterale dalla piattaforma come un licenziamento intimato in forma orale, nei contenuti inquadrabile come ritorsivo.

A differenza delle prime sentenze in materia, la decisione del giudice palermitano ha attribuito particolare rilievo alla fase esecutiva della prestazione, prendendo atto del concreto atteggiarsi del rapporto tra prestatore e impresa-piattaforma<sup>19</sup>.

Alla pronuncia palermitana deve dunque riconoscersi il merito di aver squarciato per prima tutte le illusioni di cui era ammantato il capitalismo digitale<sup>20</sup>.

Nel medesimo solco si è inserita la pronuncia del Tribunale di Torino del 18 novembre 2021<sup>21</sup>, resa all'esito di un ricorso presentato da dieci *riders* e

<sup>18</sup> Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 7283, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, f. 4, II, p. 802 ss. con nota di P. ALBI, *La subordinazione algoritmica nell'impresa piattaforma*, e V. NUZZO, *Sulla subordinazione dei rider: una innovativa pronuncia del Tribunale di Palermo*. Sul punto si v. anche i seguenti commenti: A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, f. 2, p. 241 ss.; M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Labour & Law Issues*, 2020, vol. VI, n. 2, p. 63 ss.

<sup>19</sup> Così P. ALBI, *La subordinazione algoritmica nell'impresa piattaforma*, cit. p. 833.

<sup>20</sup> Sul punto sono interessanti le considerazioni di A. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 254 secondo il quale «la vicenda del rider siciliano, un uomo di 49 anni che viveva degli esigui proventi dell'attività di consegna di cibi caldi, contribuisce a smitizzare la narrazione della gig economy come proiezione esclusivamente positiva della tecnologia avanzata, restituendo uno spaccato in cui, accanto a coloro che si realizzano mediante le opportunità emancipatrici delle Ict, si colloca la folta schiera di chi usa le piattaforme come un «lavoro per cercare lavoro». E che perciò vive in un contesto di marginalità e ablazione delle tutele».

<sup>21</sup> Trib. Torino, 18 novembre 2021, in *De Jure*.

che ha visto coinvolta la piattaforma di consegna di cibo a domicilio *Uber*.

Quest'ultima vicenda si caratterizza in primo luogo per la presenza, tra i convenuti, di un'impresa individuale con funzione sostanzialmente interpositiva a favore di *Uber Italy s.r.l.*

Inoltre, la stessa pronuncia del Tribunale piemontese si segnala per aver letto in chiave evolutiva la nozione di subordinazione, chiarendo che «il paradigma dell'art. 2094 c.c. non può che essere interpretato in modo evolutivo al fine di renderlo applicabile alle nuove modalità di svolgimento di attività lavorativa consentite e rese possibili dall'evoluzione tecnologica che ha permesso la disgregazione del posto di lavoro e dei suoi luoghi fisici e che rende inevitabile un processo di “ammodernamento” della nozione di subordinazione».

Fra le sentenze più recenti che hanno accertato la natura subordinata della prestazione resa dal fattorino per conto della piattaforma si evidenzia quella resa dal Tribunale di Milano il 20 aprile 2022, n. 1018, nella quale si precisa che «ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, non presenta significato determinante la circostanza che il collaboratore sia libero o meno di accettare se svolgere la prestazione trattandosi di elemento non rilevante per la natura del rapporto»<sup>22</sup>.

### 3. *La latitudine dei poteri datoriali nell'era dell' algoritmo*

I casi appena esaminati inducono a riflettere sulle possibili nuove modalità di estrinsecazione dei poteri datoriali (potere direttivo, potere di controllo, potere disciplinare) esercitati attraverso strumenti digitali e sulla individuazione di nuovi limiti all'esercizio di tali poteri<sup>23</sup>, anche al di fuori dell'area della subordinazione<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Trib. Milano, 20 aprile 2022, n. 1018, in *De Jure*.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *Lav. dir.*, 2021, f. 3-4, p. 453.

<sup>24</sup> La digitalizzazione dei processi organizzativi, unita alla crescente frammentazione degli stessi, impone un ragionamento anche sulle declinazioni che possono assumere i rapporti di potere che intercorrono tra un committente e un prestatore di lavoro autonomo. Infatti, le ipotesi di decentramento della produzione si accompagnano sempre più spesso ad un corrispondente squilibrio di poteri che si materializza in una ingerenza del committente idonea ad incidere sull'organizzazione aziendale del soggetto che materialmente realizza l'opera o il servizio. In questo quadro, occorre allora prendere atto di una evidente trasformazione dei poteri del committente, che, grazie al ricorso alle nuove tecnologie, diventano diffusi e assumono sempre più spesso forme del tutto inedite: sul punto cfr. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 460.

Con riguardo ai casi emersi all'attenzione dell'opinione pubblica e in precedenza analizzati, un ulteriore fattore di complicazione nell'individuazione del perimetro dei poteri del committente è costituito dalla presenza dell'algoritmo, che ha un ruolo di primo piano nell'indirizzare o organizzare la prestazione altrui.

Il tema è particolarmente delicato se solo si considerano la varietà di algoritmi ad oggi esistenti, la continua proliferazione di tali strumenti e la necessità di avere adeguate conoscenze tecniche per poterli governare.

Come vedremo a breve, cogliere le evoluzioni che interessano i poteri datoriali è indispensabile per verificare se siano sufficienti le soluzioni regolative finora adottate o se, piuttosto, sia opportuno individuare nuove regole per limitare tali prerogative<sup>25</sup>.

Nei casi esaminati dalla giurisprudenza, concernenti l'attività di consegna di cibo a domicilio svolta da fattorini la cui prestazione è organizzata da piattaforme digitali, è possibile scorgere un radicale cambio di fisionomia dei poteri datoriali, ivi compreso quello disciplinare. Ad esempio, la previsione del pagamento di una penale di quindici euro in caso di ritardo nella consegna oppure l'esclusione dalle *chat* aziendali o, ancora, l'eliminazione dell'*account* aziendale per decisione unilaterale della piattaforma sono ipotesi tutte astrattamente riconducibili all'esercizio di un potere disciplinare di fatto da parte del soggetto che gestisce la piattaforma.

Tuttavia, i problemi forse più rilevanti sono quelli posti dai controlli pervasivi, tra i quali si possono annoverare i *controlli per rifrazione*, cioè quelli svolti in modo indiretto, per approssimazione, attraverso la raccolta e l'analisi di dati indirettamente connessi allo svolgimento della prestazione e ai risultati da essa conseguiti<sup>26</sup>. Si consideri, infatti, che le più evolute tecnologie consentono di rilevare e analizzare i dati dei consumatori o degli utenti al fine di trarre da tale analisi indicazioni utili per valutare la prestazione resa e la *performance* dei lavoratori sottoposti al controllo<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> In questo senso cfr. A. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 249, secondo il quale «la redistribuzione dei luoghi di potere – che è alla base della platform economy – impone di cogliere l'evoluzione delle prerogative datoriali sui rapporti di lavoro, per verificare se le categorie fondative della materia siano ancora capaci di adattarsi al frammento della realtà sociale da regolare».

<sup>26</sup> Sul punto cfr. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 466, il quale osserva che «il tracciamento e l'analisi, anche in forma indistinta e aggregata, dei dati relativi ai percorsi e alle posizioni dei clienti all'interno dello store [...] contribuiscono anche a valutare la quantità e la qualità delle interazioni con gli addetti alle vendite, semplicemente conoscendo a priori il posizionamento di questi ultimi nelle diverse zone del negozio durante la giornata».

<sup>27</sup> Sul punto cfr. anche V. NUZZO, *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, f. 1, p. 28 ss.; G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e*

Accanto a tali tipologie di controlli, sussistono poi quelli volti ad individuare le convinzioni personali dei lavoratori attraverso l'analisi di dati spesso rilevati mediante *social networks* o pratiche di HR o *People Analytics*<sup>28</sup>: infatti, lavoratori e imprese tendono a fare largo uso dei *social*, i primi per condividere contenuti riguardanti anche la propria sfera personale, i secondi invece per veicolare messaggi promozionali riferiti ai prodotti commercializzati dall'impresa. Ebbene, i dati immessi su tali circuiti possono essere potenzialmente diffusi ad una platea di destinatari non ben identificata, finendo non di rado per fungere da «schedatura permanente e aggiornata del lavoratore o dell'aspirante» lavoratore<sup>29</sup>.

Il rischio di tale schedatura effettuata attraverso *social network* è duplice: da un lato, quello di ampliare in modo incontrollato l'area dell'obbligo di fedeltà del lavoratore, dall'altro quello di fornire al datore la possibilità di raccogliere indebitamente dati personali relativi alla vita privata di un proprio dipendente e utilizzarli contro di lui anche in sede di procedimento disciplinare.

Accanto a tale fenomeno, se ne registra uno ancor più pericoloso, consistente nell'analisi automatizzata dei dati applicata alla gestione del personale: com'è stato osservato sul punto, tale modello manageriale utilizza programmi algoritmici che raccolgono, analizzano e rielaborano dati dei lavoratori «al fine di produrre – come una specie di moltiplicatore di conoscenza – informazioni ulteriori non solo sintetiche ma anche predittive, riferibili al lavoratore come singolo o come parte di un gruppo»<sup>30</sup>.

Più in generale, la tendenza alla raccolta e alla registrazione indiscriminata di dati riguardanti la vita privata e lavorativa dei prestatori di lavoro è confermata dalle recenti cronache giudiziarie che hanno messo in luce come l'impresa piattaforma possa raccogliere dati sulla presenza dei propri collaboratori, gestendoli tramite un algoritmo in una modalità espressamente riconosciuta e qualificata come discriminatoria. In questa direzione, in particolare, si è mossa per prima l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020 che ha ritenuto idoneo a produrre effetti discriminatori il sistema automatizzato, adottato da una nota piattaforma di consegna di cibo a domicilio, di assegnazione di incarichi di consegna, in quanto fondato su un algoritmo che penalizzava quei potenziali lavoratori che avevano revocato la propria disponibilità ad effettuare la consegna, senza peraltro

---

le recensioni online: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?, in *Labour & Law Issues*, 2017, f. 1, p. 1 ss.

<sup>28</sup> M. AIMO, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Lav. dir.*, 2021, f. 3-4, p. 592.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 594.

distinguere tra chi aveva revocato la disponibilità per ragioni personali e chi, invece, aveva revocato la disponibilità per esercitare legittimamente il diritto di sciopero o altri diritti legati a fattori di rischio coperti dal diritto antidiscriminatorio<sup>31</sup>.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche la pronuncia del Tribunale di Palermo del 12 aprile 2021, che ha considerato come discriminatorio il licenziamento di un collaboratore per non avere quest'ultimo sottoscritto in costanza di rapporto un nuovo contratto individuale che avrebbe sancito l'applicazione di un contratto collettivo sottoscritto da una organizzazione sindacale differente da quella di appartenenza<sup>32</sup>.

Le vicende e i fenomeni fin qui descritti convalidano l'idea per cui l'armamentario giuridico a disposizione dell'interprete sia solo in parte idoneo ad affrontare le sfide del futuro e sia sicuramente ancora migliorabile.

Occorrerà, dunque, sollecitare l'attenzione del decisore pubblico, soprattutto con riguardo agli obblighi di trasparenza imposti alle piattaforme, necessari per individuare le insidie nascoste dietro l'algoritmo.

#### 4. *Bisogni di protezione e prospettive di regolazione del fenomeno*

L'ampia diffusione di piattaforme digitali unita al crescente utilizzo di strumenti di *algorithmic management* pone una serie di delicati problemi che meritano di essere adeguatamente indagati e, ove necessario, regolati.

Nel precedente paragrafo è stato messo in evidenza come i poteri esercitati dal committente/piattaforma per il tramite di sistemi algoritmici possano risultare particolarmente pervasivi, tanto da sfuggire alle comuni regole finora delineate avendo come riferimento le tradizionali modalità di esercizio dei poteri datoriali.

Dunque, un primo profilo su cui occorrerà concentrare l'attenzione regolativa è quello concernente la tutela della riservatezza della persona che lavora dalle possibili intrusioni datoriali nella vita privata operate per

<sup>31</sup> Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, in *Arg. dir. lav.*, 2021, f. 3, p. 771 ss. con nota di M. BIASI, *L'algoritmo di Deliveroo sotto la lente del diritto antidiscriminatorio... e del relativo apparato rimediante*; in *Labor*, 2021, f. 1, p. 103 ss. con nota di M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*. Nel caso di specie il meccanismo automatizzato impiegato dalla piattaforma premiava i *rider*s più disponibili e operosi, mentre finiva per penalizzare quelli che rinunciavano al turno indistintamente dalle ragioni della rinuncia.

<sup>32</sup> Trib. Palermo, ord. 12 aprile 2021, in *Arg. dir. lav.*, 2021, f. 4, p. 1081 ss. con nota di P. IERVOLINO, *Quando le "convinzioni personali" del rider condizionano la prosecuzione del rapporto di lavoro*.

il tramite di strumenti digitali opachi e invadenti. Sul punto sarà ovviamente necessario, ma forse non sufficiente, conferire garanzie di effettività alle previsioni contenute nel reg. 2016/679/UE in materia di trattamento dei dati personali, nella prospettiva di responsabilizzare i soggetti che si avvalgono, a qualsiasi fine, di strumenti che comportano il trattamento di dati personali, conformandosi ai principi di *privacy by default* e *by design* con l'obiettivo di tutelare la persona che lavora da trattamenti che potrebbero metterne in pericolo la dignità e la riservatezza.

Accanto alle ricadute in tema di riservatezza, il fenomeno del lavoro attraverso piattaforme digitali pone non pochi problemi anche con riguardo al profilo della retribuzione non conforme ai canoni costituzionali della proporzionalità e della sufficienza. Come noto, il lavoro attraverso piattaforme digitali ha acuito il fenomeno della *povertà nonostante il lavoro*<sup>33</sup>, mettendo in luce la necessità per moltissimi lavoratori di ricorrere a forme pubbliche di sostegno al reddito che permettano di vivere un'esistenza dignitosa. Le ragioni del lavoro povero possono imputarsi al fatto che le piattaforme necessitano in larga parte di manodopera poco qualificata, ricorrendo a tipologie contrattuali particolarmente flessibili e discontinue che facilitano l'intercambiabilità della forza lavoro, depotenziando fortemente il potere contrattuale del lavoratore. Le dinamiche che muovono il mercato del lavoro nella *gig economy* inducono, dunque, ad invocare un intervento del legislatore finalizzato all'introduzione di un salario minimo sulla scorta dei principi enucleati dalla dir. 2022/2041/UE e, più in generale, di misure di sostegno al reddito tali da garantire un'esistenza dignitosa, anche considerato il quadro di profonda segmentazione del mercato del lavoro esacerbato dall'aumento del tasso di disoccupazione tecnologica dovuto alla sostituzione della forza lavoro umana ad opera delle nuove tecnologie.

Infine, un terzo profilo su cui il decisore pubblico sarà chiamato a concentrare i propri sforzi regolativi è rappresentato dalle specificità in tema di salute e sicurezza del lavoratore che rende la propria prestazione attraverso piattaforme digitali.

Invero, di alcuni dei profili citati si sono occupate sia la disciplina domestica varata nel 2019 e richiamata nel par. 1 del presente scritto, sia la disciplina che impone speciali obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio *integralmente* automatizzati<sup>34</sup> (sul punto si v. la nuova formulazione dell'art.1-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 come

---

<sup>33</sup> Sul punto cfr. E. VILLA, *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, in *Quest. giustizia*, 16 settembre 2021.

<sup>34</sup> Sull'antisindacalità della condotta tenuta società che non ha assolto gli obblighi informativi imposti dalla legge in caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati si v. la recente decisione Trib. Palermo, 3 aprile 2023.

modificato dal d.l. n. 48/2023 convertito con modificazioni dalla legge n. 85/2023).

Sembra avere una particolare consapevolezza dei problemi emergenti nell'ambito dell'economia digitale la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali del 9 dicembre 2021<sup>35</sup>, la quale detta speciali regole in materia di trasparenza in caso di uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati.

Sarà necessario attendere che tale proposta diventi formalmente un atto giuridico dell'Unione per poter avanzare delle concrete proposte di attuazione con riguardo al contesto giuridico italiano.

Occorre, tuttavia, prendere atto di come la citata proposta sia indicativa di due importanti linee di tendenza: la prima riguarda la capacità dell'Unione di rispondere alle nuove istanze di tutela emergenti dalla realtà sociale ed economica; la seconda, di carattere più generale, riguarda l'ampliamento del raggio di azione della politica europea in tema di diritti sociali, nella prospettiva di una sempre maggiore armonizzazione della legislazione del lavoro nei vari Stati membri. Tale ultimo rilievo, in particolare, induce a ritenere che la coesione dell'Unione in futuro dovrà necessariamente passare attraverso l'adozione di una politica sociale che non lasci indietro gli ultimi e che protegga adeguatamente il lavoro degli invisibili. In questo senso la proposta di direttiva sembra porre l'azione dell'Unione sulla buona strada.

---

<sup>35</sup> Sul punto cfr. P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2022, vol. VIII, n. 2, p. R.46 ss.

ENRICO CIPRIANI, ANGELO GEMIGNANI, DANILO MENICUCCI

## DECISION MAKING E DISTANZE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Decision making* in distanza temporale. – 3. *Decision making* in distanza spaziale. – 4. *Decision making* in distanza sociale. – 5. *Decision making* in specifici contesti: dal cambiamento climatico ai moderni teatri bellici. – 6. Conclusioni e direzioni future.

### 1. *Introduzione*

Le discipline psicologiche, le teorie economiche e le neuroscienze si sono spesso intersecate nel campo di studio dei processi decisionali (*decision making*). Le decisioni sono un elemento pervasivo della nostra vita e, oltre le manifestazioni più semplici e quotidiane, arrivano ad assumere importanza cruciale in grandi ambiti di importanza collettiva e sociale, come ad esempio le scelte che vanno ad impattare sui mercati finanziari o quelle che vanno a determinare gli esiti dei procedimenti giuridici civili e penali.

Convenzionalmente, una decisione viene definita come un evento per cui sussistono tre condizioni: (1) l'individuo – detto decisore – è consapevole di almeno due scelte alternative possibili; (2) il decisore può prevedere in una certa misura l'esito di ciascuna scelta; infine, (3) il valore di ciascun esito può essere misurato. Con le teorie sul *decision making* dette "formali", l'economia si è inizialmente concentrata su come determinare matematicamente quale in un gruppo di scelte possibili fosse la migliore. Successivamente, a partire dalla pubblicazione nel 1944 del seminale volume «*Theory of Games and Economic Behaviour*» da parte di John von Neumann e Oskar Morgenstern, furono messi a fuoco gli aspetti strategici, procedurali e sequenziali del *decision making*, grazie allo sviluppo del campo della *teoria dei giochi*<sup>1</sup>.

Oltre a queste concezioni canoniche, dalle interazioni multidisciplinari che abbiamo precedentemente menzionato, è derivata la moderna rap-

---

<sup>1</sup> P.W. GLIMCHER-E. FEHR, *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*, Academic Press, Amsterdam, 2013, p. 19.

presentazione dei processi decisionali visti non più semplicemente come percorsi che portano a decisioni basate su un freddo computo dell'ideale rapporto costo/beneficio di ciascuna opzione a noi disponibile. Negli anni '70 del secolo scorso, Kahneman e Tversky misero in risalto come gli individui non compiano decisioni basandosi sul valore oggettivo delle alternative, ma concependo le alternative in termini di guadagni e rischi rispetto alle proprie risorse attualmente disponibili.

Le decisioni possono essere influenzate da una varietà di fattori come, ad esempio, atteggiamenti personali verso l'oggetto della decisione<sup>2</sup>, distorsioni cognitive<sup>3</sup>, oppure il nostro stato emotivo al momento della presa di decisione<sup>4</sup>. In special modo, le moderne neuroscienze hanno messo in risalto come le nostre emozioni ed i nostri sentimenti rivestono un ruolo attivo ed integrato nei processi decisionali<sup>5</sup>, anziché esserne indipendenti o interferire.

Un altro fattore che può condizionare il processo decisionale è quello della distanza. Innanzitutto, a influire sui processi decisionali non sono soltanto gli elementi immediatamente presenti e disponibili ai nostri sensi: nella quotidianità ed in special modo nel caso dei procedimenti giudiziari, ci troviamo a prendere decisioni riguardo a eventi più o meno lontani nel tempo (ad esempio i "cold cases": processi che riguardano reati compiuti nel lontano passato<sup>6</sup>), oppure distanti nello spazio (come nel caso della recente pandemia da *Covid-19* in cui le giurie si sono riunite per mezzi telematici<sup>7</sup>). Le scelte sottoposte a diversi gradi di separazione dall'immediato e dal sensibile non sono equivalenti a quelle che vengono prese nel qui-ed-ora, e sono soggette a effetti in funzione dell'intensità di questa separazione. Indipendentemente dal tipo di separazione (spaziale, temporale, ma anche affettiva), quando certi elementi o decisioni sono lontane dal nostro pre-

---

<sup>2</sup> D.M. SANBONMATSU-R.H. FAZIO, *THE ROLE OF ATTITUDES IN MEMORY-BASED DECISION MAKING*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 1990, VOL. LIX, P. 614.

<sup>3</sup> G.S. COOPER-V. METERKO, *Cognitive bias research in forensic science: A systematic review*, in *Forensic Sci. Int.*, 2019, vol. CCXCVII, p. 35.

<sup>4</sup> J.S. LERNER-Y. LI-P. VALDESOLO-K.S. KASSAM, *EMOTION AND DECISION MAKING*, IN *ANNU. REV. PSYCHOL.*, 2015, P. 799.

<sup>5</sup> A. BECHARA-A.R. DAMASIO, *THE SOMATIC MARKER HYPOTHESIS: A NEURAL THEORY OF ECONOMIC DECISION*, IN *GAMES ECON. BEHAV.*, 2005, VOL. LII, P. 336.

<sup>6</sup> K. TOOLIN-A. VAN LANGERAAD-V. HOI-A.J. SCOTT-F. GABBERT, *PSYCHOLOGICAL CONTRIBUTIONS TO COLD CASE INVESTIGATIONS: A SYSTEMATIC REVIEW*, IN *FORENSIC SCI. INT. SYNERGY*, 2022, VOL. V, P. 100.

<sup>7</sup> M. LEGG, *THE COVID-19 PANDEMIC, THE COURTS AND ONLINE HEARINGS: MAINTAINING OPEN JUSTICE, PROCEDURAL FAIRNESS AND IMPARTIALITY*, IN *FED. LAW REV.*, 2021, VOL. XLIX, P.161.

sente psicologico, essi si possono definire come *psicologicamente distanti*.

La distanza psicologica è l'oggetto di una importante cornice teorica in psicologia, quella della teoria del livello costruttivo (*Construal Level Theory*, Trope e Liberman, 2010). In questo *framework* vengono descritti gli effetti e le tipologie della distanza psicologica e la loro correlazione con l'*astrazione* di un determinato concetto, elemento, o evento: più qualcosa è psicologicamente distante, più è psicologicamente astratto e quindi raggiunge un *livello di rappresentazione* più elevato. Distanza psicologica e livello di rappresentazione sono concetti correlati ma distinti: la distanza è una misura di separazione dal riferimento egocentrico, il livello di una rappresentazione invece designa la qualità di quest'ultima (più o meno astratta). Raggiungere un livello più alto di rappresentazione ci permette di svincolarci dall'immediato ed ampliare la nostra prospettiva, a spese della concretezza. Perdere la concretezza significa una perdita di dettagli ed informazioni, che può impattare significativamente sul giudizio e la decisione.

Inizialmente gli autori della teoria del livello costruttivo si erano concentrati principalmente sulla distanza psicologica nel tempo<sup>8</sup>, tuttavia, la loro ricerca ha reso sempre più evidente come quest'ultima costituisca solo un caso speciale e attualmente all'interno della teoria del livello costruttivo, Trope e Liberman<sup>9</sup> individuano quattro tipi di distanza psicologica:

*Distanza Temporale*: un elemento è ritenuto distante nell'asse temporale rispetto al presente. Gli eventi passati o futuri possiedono una maggiore distanza temporale rispetto a quelli correnti.

*Distanza Spaziale*: la distanza fisica di un elemento rispetto al soggetto. Possiedono maggiore distanza fisica gli eventi che avvengono, ad esempio, in un paese lontano, anziché nella cittadina in cui il soggetto vive.

*Distanza Sociale*: la distanza in termini di gradi di separazione nella rete sociale dell'individuo. Eventi che agiscono su individui estranei possiedono maggiore distanza sociale rispetto a quelli che influenzano il nucleo familiare o agli amici stretti di un individuo.

*Distanza Ipotetica*: definita in termini di differenze probabilistiche tra possibili eventi: eventi molto improbabili, come vincere la lotteria nazionale oppure essere colpiti da un meteorite, possiedono maggiore distanza ipotetica rispetto ad eventi più probabili, come ottenere un numero superiore a due lanciando un dado a sei facce.

I vari tipi di distanza psicologica sono tendenzialmente correlati: un oggetto percepito distante nello spazio viene solitamente percepito anche come distante nel tempo, anche se esistono effetti asimmetrici di intera-

---

<sup>8</sup> Y. TROPE-N. LIBERMAN, *TEMPORAL CONSTRUAL*, IN *PSYCHOL. REV.*, 2003, VOL. CX, P. 403.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 403.

zione tra le varie distanze<sup>10</sup>. Tuttavia, a prescindere dalla tipologia, una distanza psicologica è sempre *egoriferita*: in altre parole, una determinata distanza viene sempre determinata prendendo come punto di riferimento cardine l'individuo ed il suo punto di vista<sup>11</sup>. A livello psicofisico le distanze psicologiche seguono la legge di Weber-Fechner: un principio psicofisiologico che descrive la relazione tra l'intensità di uno stimolo e la sua percezione. Nello specifico, maggiore è l'intensità dello stimolo (nel nostro caso, la distanza), maggiore deve essere il cambiamento in intensità necessario perché l'individuo riesca a percepire una differenza. Nel caso della distanza psicologica, questo comporta che grandi distanze vengono percepite più simili tra loro (con una sorta di effetto "appiattimento"); viceversa, differenze tra due elementi entrambi vicini al soggetto, vengono percepite come più nette. È quindi interessante notare come la distanza psicologica si comporti similmente a tutte le altre dimensioni della nostra percezione.

È fondamentale sottolineare il grado di interdipendenza che sussiste tra i vari tipi di distanza psicologica ed i livelli di rappresentazione. L'interdipendenza si manifesta tramite effetti trasversali che vanno ad influenzare le decisioni sottoposte a qualsiasi tipologia di distanza psicologica. Ad esempio: i lavori classici sul *decision making* hanno posto la distinzione sul prendere una decisione basandosi sugli *attributi* astratti di possibili opzioni, rispetto al prendere una decisione focalizzandosi sulle *alternative* concrete<sup>12</sup>. Per effetto dell'interazione dei livelli di rappresentazione, quando dobbiamo prendere delle decisioni psicologicamente distanti, tendiamo a focalizzarci sugli attributi, al contrario, con decisioni prossimali ci focalizziamo sulle alternative concrete. Vi è quindi un'interazione specifica tra la distanza psicologica della scelta ed il tipo di operazioni mentali che applichiamo su di essa: scelte più distanti richiamano operazioni di livelli di astrazione più alti.

Uno degli ambiti preminenti su cui si sono concentrati gli studi a riguardo delle decisioni e di ciò che va ad influenzarle è quello giuridico. L'ambito processuale, e quello giuridico in generale, costituiscono punti critici in cui le ingerenze nelle decisioni – sia che esse siano esterne, che dovute dalla mente dell'individuo – possono avere delle ricadute critiche per la vita delle persone che ne sono coinvolte. In questo genere di situazioni, eccettuate decisioni di minore importanza, sono le giurie popolari e i giudici che

<sup>10</sup> M. ZHANG-J. WANG, *PSYCHOLOGICAL DISTANCE ASYMMETRY: THE SPATIAL DIMENSION VS. OTHER DIMENSIONS*, IN *J. CONSUM. PSYCHOL.*, 2009, VOL. XIX, P. 497.

<sup>11</sup> Y. TROPE-N. LIBERMAN, *op. cit.*, p. 440.

<sup>12</sup> A. TVERSKY, *ELIMINATION BY ASPECTS: A THEORY OF CHOICE*, IN *PSYCHOL. REV.*, 1972, VOL. LXXIX, P. 281.

si trovano prevalentemente a ricoprire il ruolo di decisori e caricarsi della responsabilità che esso comporta.

In Italia la giuria popolare viene impiegata in contesti ristretti (nello specifico, la corte di assise), mentre in un ampio numero di altri paesi (come gli Stati Uniti o la Gran Bretagna) essa viene convocata per tutti i processi penali e talvolta anche per procedimenti civili. Esiste un *corpus* letterario molto ricco che esamina le giurie da un punto di vista di processi decisionali. Esso comprende sia studi “sul campo”, che in contesti sperimentali, tramite simulazioni di procedimenti giudiziari<sup>13</sup>. Le giurie popolari costituiscono una situazione peculiare in cui gruppi di cittadini che tendenzialmente non possiedono conoscenze legali si trovano a concordare assieme decisioni di grande importanza e impatto. Nonostante le loro intrinseche limitazioni, dati empirici mostrano che tendenzialmente le loro *performance* sono soddisfacenti<sup>14</sup> e, nei casi in cui commettono errori, questi ultimi riflettono fenomeni psicologici ben documentati. Per fare un esempio: i membri di una giuria vengono influenzati nelle loro decisioni dalle testimonianze che vengono loro presentate, anche quando sono ritenute inammissibili dalla corte ed è richiesto esplicitamente ai giurati di ignorarle<sup>15</sup>.

Al contrario dei giurati, i giudici possiedono esperienze legali precedenti, sia a livello teorico-conoscitivo, che a livello lavorativo. I giudici sono degli esperti in una abilità in cui le giurie popolari sono dei principianti. Essi costituiscono decisori leggermente migliori rispetto alla giuria popolare<sup>16</sup>, tuttavia anche essi si trovano influenzati dalla distanza psicologica e da altri fenomeni cognitivi, come l'esempio che avevamo portato prima sull'esposizione a prove inammissibili<sup>17</sup>.

Lo studio degli effetti della distanza sulle decisioni in ambito giuridico ha improvvisamente assunto un'importanza cruciale con l'avvento della pandemia da *Covid-19*. Per arginare i contagi, negli ultimi anni i procedimenti penali sono stati tratti fuori dalle aule di tribunale per essere con-

---

<sup>13</sup> D.J. DEVINE, *Jury Decision Making: The State of the Science*, NYU Press, New York, 2012, p. 622.

<sup>14</sup> B.H. BORNSTEIN-E. GREENE, *JURY DECISION MAKING: IMPLICATIONS FOR AND FROM PSYCHOLOGY*, IN *CURR. DIR. PSYCHOL. SCI.*, 2011, VOL. XX, p. 63.

<sup>15</sup> N. STEBLAY-H.M. HOSCH-S.E. CULHANE-A. MCWETHY, *THE IMPACT ON JUROR VERDICTS OF JUDICIAL INSTRUCTION TO DISREGARD INADMISSIBLE EVIDENCE: A META-ANALYSIS*, IN *LAW HUM. BEHAV.*, 2006, VOL. XXX, p. 469.

<sup>16</sup> N. VIDMAR, *PERFORMANCE OF THE AMERICAN CIVIL JURY: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE, THE SYMPOSIUM--COURTS ON TRIAL*, IN *ARIZ. LAW REV.*, 1998, VOL. XL, p. 849.

<sup>17</sup> A. WISTRICH-C. GUTHRIE-J. RACHLINSKI, *CAN JUDGES IGNORE INADMISSIBLE INFORMATION - THE DIFFICULTY OF DELIBERATELY DISREGARDING*, IN *UNIV. PA. LAW REV.*, 2005, VOL. CLIII, p. 125.

dotti tramite telecomunicazioni attraverso strumenti digitali<sup>18</sup>. Durante il periodo pandemico, questo *setting* peculiare ha portato con sé un aumento consistente nella distanza psicologica degli individui, che inseriti a vario titolo in questi tribunali virtuali, si sono trovati a concordare assieme un verdetto attraverso grandi distanze fisiche, con una perdita dell'immediatezza temporale e un cospicuo alienamento sociale fomentato da protratti periodi di *lockdown*.

In sintesi, ciascuna delle diverse dimensioni di distanza psicologica contribuisce a moderare i nostri processi di *decision making*, sia in maniera indipendente che interagendo con altri tipi di distanza. Nelle sezioni successive esploreremo i tre tipi di distanza psicologica delineati dalla *Construal Level Theory* per cui esiste un consistente *corpus* letterario (temporale, spaziale, sociale) e come essi contribuiscono e agiscono sui nostri processi decisionali. Faremo uno speciale riferimento alle decisioni in ambito giuridico nelle moderne distanze dettate dalla pandemia e ad altri contesti salienti in cui si manifesta la distanza psicologica.

## 2. Decision making in distanza temporale

La procrastinazione è un fenomeno che risulta fin troppo familiare alla maggior parte degli individui. Quando ci troviamo a scegliere se intraprendere subito un compito o rimandare, il futuro risulta sempre il momento migliore. Nello scegliere tra più opzioni, la valutazione dei possibili rischi è subordinata alla valutazione dei benefici. Questo ha come conseguenza che all'aumentare della distanza psicologica nel tempo sia più facile immaginare i possibili benefici rispetto ai rischi, con il risultato che i decisori assumono tendenzialmente una prospettiva irrealisticamente ottimistica verso decisioni prese con una certa distanza psicologica, specialmente quella temporale<sup>19</sup>. Inoltre, per via di un *bias* (in psicologia, una distorsione del ragionamento o del giudizio) ben noto, la "*planning fallacy*" tendiamo a sottostimare molto il tempo richiesto per effettuare un'operazione e tendiamo a ragionare di queste azioni future in termini astratti anziché fare un confronto con le nostre esperienze passate<sup>20</sup>. Sorprendentemente, forzare invece un paragone con situazioni già vissute fa scomparire completamente questo effetto.

<sup>18</sup> M. LEGG, *op. cit.*, p. 161.

<sup>19</sup> T. EYAL-N. LIBERMAN-Y. TROPE-E. WALTHER, *THE PROS AND CONS OF TEMPORALLY NEAR AND DISTANT ACTION*, in *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 2004, vol. LXXXVI, p. 781.

<sup>20</sup> R. BUEHLER-D. GRIFFIN-M. ROSS, *Exploring the "Planning Fallacy": Why People Underestimate Their Task Completion Times*, in *J. Pers. Soc. Psychol.*, 1994, vol. III, p. 366.

Dato che eventi lontani nel tempo raggiungono livelli di rappresentazione più alti grazie alla loro distanza psicologica, questa maggiore astrazione porta a dei *bias* nelle nostre predizioni. Tendiamo a sopravvalutare le conseguenze positive di possibili successi e quelle negative dei fallimenti, perché con l'astrazione perdiamo di vista l'effetto smorzante del contesto situazionale in cui avvengono questi eventi<sup>21</sup>. Tendiamo, quindi, a esagerare l'intensità di possibili esiti di eventi lontani nel tempo perché la maniera in cui ci immaginiamo questi ultimi è caratterizzata non da simulazioni dettagliate e contestualizzate del futuro, ma da rappresentazioni iconiche e prototipiche.

Sempre per quanto riguarda gli effetti di una prospettiva temporale su di un decisore, nella psicologia del *decision making* è ben documentato il fenomeno del "*delay discounting*", o svalutazione temporale. Si tratta dell'effetto per cui tra due alternative di guadagno, tendiamo a preferire quella più vicina nel tempo, anche se oggettivamente risulta più svantaggiosa<sup>22</sup>: esso corrisponde al proverbiale "meglio un uovo oggi che una gallina domani". Questo effetto è indipendente dalla distanza psicologica, tuttavia interagisce in maniera significativa con i suoi effetti: pensare al presente in termini astratti, e quindi ad un livello di rappresentatività più alto, riduce la potenza di questo effetto e porta gli individui a prediligere l'opzione oggettivamente più vantaggiosa ma che richiede più tempo per riscuotere dei benefici<sup>23</sup>. È interessante notare come in questo caso ed in quello precedente della *planning fallacy*, la maniera in cui il rapporto a doppio filo che intercorre tra distanza psicologica e livello di rappresentazione può essere manipolato per alterare gli effetti di uno o dell'altro fattore.

La distanza psicologica nel tempo influenza consistentemente la maniera con cui giudichiamo le azioni di altre persone. In generale, quando ci si trova a prendere decisioni in circostanze di incrementata distanza psicologica (e quindi su di un livello di rappresentazione più elevato) tendiamo a fare inferenze più disposizionali, anziché situazionali, sul comportamento altrui<sup>24</sup>. La maniera di concepire l'individuo oggetto della decisione assume un carattere più schematico e "prototipico" e le sue azioni vengono più

---

<sup>21</sup> T.D. WILSON-T. WHEATLEY-J.M. MEYERS-D.T. GILBERT-D. AXSOM, *FOCALISM: A SOURCE OF DURABILITY BIAS IN AFFECTIVE FORECASTING*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 2000, VOL. LXXVIII, P. 821.

<sup>22</sup> A. DA MATTA-F.L. GONÇALVES-L. BIZARRO, *DELAY DISCOUNTING: CONCEPTS AND MEASURES*, IN *PSYCHOL. NEUROSCI.*, 2012, VOL. V, P. 135.

<sup>23</sup> R. YI-A. STUPPY-SULLIVAN-A. PICKOVER-R.D. LANDES, *IMPACT OF CONSTRUAL LEVEL MANIPULATIONS ON DELAY DISCOUNTING*, IN *PLOS ONE*, 2017, VOL. XII, P. E0177240.

<sup>24</sup> S. NUSSBAUM-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *CREEPING DISPOSITIONISM: THE TEMPORAL DYNAMICS OF BEHAVIOR PREDICTION*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 2003, VOL. LXXXIV, P. 485.

facilmente spiegate in termini di caratteristiche stabili dell'individuo, come ad esempio la personalità<sup>25</sup>. In queste condizioni si incorre nel rischio che i decisori finiscano per attingere maggiormente a spiegazioni del comportamento dell'altro che originano da stereotipi e pregiudizi (più o meno inconsapevoli), specialmente per quanto riguarda minoranze ed individui appartenenti a gruppi posti ad una certa distanza sociale dal proprio gruppo di riferimento (approfondiremo questo nei paragrafi successivi).

In ambito giudiziario, una giuria che si trova a esaminare un imputato a riguardo di un fatto accaduto nel lontano passato potrebbe perdere di vista le circostanze dell'accaduto e basare le proprie conclusioni sulla apparente personalità dell'imputato. Questi *bias* in favore di giudizi disposizionali si ripercuotono anche per quanto riguarda giudizi sulla durata di determinate azioni o comportamenti: a parità di informazioni disponibili, i soggetti tendono a ritenere che un individuo abbia più probabilità di ripetere un determinato comportamento un mese dopo, anziché il giorno successivo<sup>26</sup>, questo perché quando ci immaginiamo un futuro lontano gli aspetti disposizionali (più stabili nel tempo e astratti) prendono la precedenza su quelli situazionali. Questo in ambito giudiziario può avere delle importanti implicazioni per quanto riguarda i giudizi di pericolosità sociale, in cui le giurie o i giudici si trovano a valutare se il comportamento di un individuo è stato frutto di una circostanza isolata, oppure fa parte di un suo aspetto abituale a rischio di recidività.

La distanza psicologica in generale, e quella temporale nello specifico, influenza anche i giudizi sulla moralità delle azioni degli altri<sup>27</sup>. Ad esempio, gli individui giudicano azioni moralmente discutibili compiute più lontano nel futuro come tendenzialmente più ingiuste di quelle compiute in un futuro più prossimo<sup>28</sup>. I principi morali hanno una natura astratta, perciò vengono trattati su di un piano rappresentativo elevato, alterando la distanza psicologica<sup>29</sup>. Una giuria o un giudice potrebbero, ingaggiando in ragionamenti di natura più astratta ed ideologica, essere più inflessibili

<sup>25</sup> I. LIVIATAN-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *INTERPERSONAL SIMILARITY AS A SOCIAL DISTANCE DIMENSION: IMPLICATIONS FOR PERCEPTION OF OTHERS' ACTIONS*, IN *J. EXP. SOC. PSYCHOL.*, 2008, VOL. XLIV, P. 1256.

<sup>26</sup> S. NUSSBAUM-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *op. cit.*, p. 485.

<sup>27</sup> E. MÄRTENSSON, *CONSTRUAL LEVEL THEORY AND MORAL JUDGMENTS: HOW THINKING ABSTRACTLY MODIFIES MORALITY*, IN *J. EUR. PSYCHOL. STUD.*, 2017, VOL. VIII, P. 30.

<sup>28</sup> J. AGERSTRÖM-F. BJÖRKLUND, *TEMPORAL DISTANCE AND MORAL CONCERNS: FUTURE MORALLY QUESTIONABLE BEHAVIOR IS PERCEIVED AS MORE WRONG AND EVOKES STRONGER PROSOCIAL INTENTIONS*, IN *BASIC APPL. SOC. PSYCHOL.*, 2009, VOL. XXXI, P. 49.

<sup>29</sup> T. EYAL-N. LIBERMAN-Y. TROPE, *JUDGING NEAR AND DISTANT VIRTUE AND VICE*, IN *J. EXP. SOC. PSYCHOL.*, 2008, VOL. XLIV, P. 1204.

e perentori nel giudicare moralmente le azioni compiute nel passato da un individuo. Un imputato per una rapina che ha commesso il fatto per potere sostenere la propria famiglia, se processato a distanza di anni potrebbe subire un giudizio più inclemente.

### 3. Decision making *in distanza spaziale*

Il proverbio “lontano dagli occhi, lontano dal cuore” incapsula in una perla di saggezza popolare uno degli effetti psicologici della distanza di tipo spaziale: gli eventi che accadono ad una certa distanza fisica rispetto a noi non possiedono lo stesso impatto emotivo rispetto ad eventi accaduti vicino a noi e vengono concepiti in termini astratti. Ad esempio, un incidente stradale avvenuto sulla strada in cui siamo cresciuti può risuonare in noi come una tragedia, mentre uno avvenuto in una città lontana come Tokyo ha spesso soltanto il valore di un evento da incasellare dentro una statistica. Studi mostrano che l'intensità delle emozioni scaturite da immagini diminuisce quando queste vengono fisicamente allontanate dai partecipanti<sup>30</sup>; viceversa, se ai partecipanti vengono mostrate delle immagini in avvicinamento, l'intensità aumenta. Questo effetto è indipendente dalla coloritura emotiva dell'immagine (positiva/negativa) e compare anche se viene chiesto ai partecipanti di immaginare i movimenti di allontanamento o avvicinamento<sup>31</sup>. La relazione tra emozione e distanza percepita è a due vie come accade per altri tipi di distanza: incrementare l'intensità emotiva di uno stimolo riduce la percezione di distanza di quest'ultimo<sup>32</sup>. Questo effetto di smorzamento emotivo condiziona le nostre scelte: eventi spazialmente lontani vengono trattati facendo affidamento alle loro caratteristiche astratte e prototipiche anziché a quelle concrete ed emotivamente salienti.

Come già accennato, la questione della distanza spaziale è diventata di primaria importanza a seguito delle prescrizioni di distanziamento sociale e dei *lockdown* per contrastare l'epidemia da *Covid-19*. Nello spazio di poche settimane le attività lavorative di milioni di persone sono state scar-

---

<sup>30</sup> A. MÜHLBERGER-R. NEUMANN-M.J. WIESER-P. PAULI, *THE IMPACT OF CHANGES IN SPATIAL DISTANCE ON EMOTIONAL RESPONSES*, IN *EMOTION*, 2008, VOL. VIII, P. 192.

<sup>31</sup> J.I. DAVIS-J.J. GROSS-K.N. OCHSNER, *PSYCHOLOGICAL DISTANCE AND EMOTIONAL EXPERIENCE: WHAT YOU SEE IS WHAT YOU GET*, IN *EMOTION*, 2011, VOL. XI, P. 438.

<sup>32</sup> L. VAN BOVEN-J. KANE-A.P. MCGRAW-J. DALE, *FEELING CLOSE: EMOTIONAL INTENSITY REDUCES PERCEIVED PSYCHOLOGICAL DISTANCE*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 2010, VOL. XCVIII, P. 872.

dinate dal mondo fisico, situato e concreto di tutti i giorni, per essere proiettate in un mondo incorporeo, distribuito e astratto. Internet, i mezzi di telecomunicazione e le piattaforme per effettuare riunioni di lavoro *online* costituiscono un esempio di quelli che vengono definiti ambienti mediati. Un ambiente mediato è definito come una situazione in cui l'interazione tra gli utenti avviene attraverso un mezzo (un "media"), una particolare tecnologia o un servizio. Questo insieme può racchiudere un gruppo piuttosto vasto ed eterogeneo di elementi, tuttavia, la ricerca scientifica e l'attenzione popolare degli ultimi anni si è principalmente concentrata sugli ambienti mediati da computer o CME (*computer mediated environments*). Questi includono il canale internet, i videogiochi, le piattaforme di comunicazione collettiva e la realtà virtuale<sup>33</sup>.

Gli ambienti mediati differiscono tra loro per alcune caratteristiche e proprietà, che vanno a modulare la distanza psicologica che l'individuo prova tra se stesso e l'oggetto con cui interagisce. Una prima caratteristica è detta "*inhabited space*" (spazi abitati) e si riferisce alla possibilità di chi interagisce all'interno di un ambiente mediato di percepirsi come spazialmente situato e collocato in un ambiente ricco di significato. Ad esempio, interagire tramite *chat* testuale comporta un minor senso di essere situati in uno spazio fisico condiviso, se confrontato con un ambiente tridimensionale in cui gli utenti possono interagire tra di loro e con l'ambiente tramite degli *avatar* (come nel caso dei videogiochi *online*). La seconda proprietà è detta "*Isomorph effects*" (effetti isomorfi; Hornecker e Buur, n.d.) e descrive quanto le possibilità di interagire in un ambiente mediato conservi una forma corrispondente a modalità di interazione in spazi non mediati. Ad esempio, comunicare per simboli tramite *emoji* costituisce una modalità di comunicazione meno "isomorfa" rispetto alla possibilità di usare gesti in una realtà virtuale immersiva tramite sensori collocati sul nostro corpo.

Queste caratteristiche interagiscono con la distanza psicologica, e modificarle permette di alterare la distanza percepita da parte di un individuo. Per fare un esempio, in uno studio in cui i soggetti assistevano simultaneamente su computer diversi ad una registrazione in *streaming* di una partita sportiva, fornire agli utenti uno sfondo che ritrae uno stadio (*inhabited space*) e la possibilità di usare un pulsante per lanciare un coro da tifoseria (*isomorph effect*), riduce in maniera significativa la distanza psicologica percepita dagli utenti<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> D.L. HOFFMAN-T.P. NOVAK, *MARKETING IN HYPERMEDIA COMPUTER-MEDIATED ENVIRONMENTS: CONCEPTUAL FOUNDATIONS*, IN J. MARK., 1996, VOL. LX, P. 50; W. IJSSSELSTEIJN-G. RIVA, *1 BEING THERE: THE EXPERIENCE OF PRESENCE IN MEDIATED ENVIRONMENTS*, IOS PRESS, AMSTERDAM, 2003, P. 1.

<sup>34</sup> S. LIM-S.Y. CHA-C. PARK-I. LEE-J. KIM, *GETTING CLOSER AND EXPERIENCING TOGETHER:*

Inoltre, le interazioni tramite ambienti mediati spesso differiscono dal tipo di punto di vista che l'individuo assume all'interno dell'ambiente mediato: alcune *chatroom*, videogiochi *online* o ambienti di comunicazione impiegano *avatar* (rappresentazioni dell'individuo) in terza persona; altri invece, come nel caso del *metaverso* e della realtà virtuale immersiva, adottano una prospettiva in prima persona. Il punto di vista in terza persona genera un incremento della distanza psicologica e del livello di rappresentazione che l'individuo assume. In conseguenza, l'individuo tende a compiere giudizi di natura più morale<sup>35</sup>.

Questi, ed altri elementi vanno a costituire il grado di *immersività* di un ambiente mediato, ossia quanto esso arriva a suscitare un senso di *presenza*, cioè l'esperienza soggettiva di "esserci", che si manifesta come un "dimenticarsi" di essere soggetti a mediazione. La presenza, in un ambiente mediato, può essere "fisica", quando si possiede la sensazione di essere situati in uno spazio, oppure "sociale", quando si ha l'esperienza di interagire con altre persone<sup>36</sup>. Gli individui distanti tra loro che interagiscono attraverso telecomunicazioni, strumenti e servizi, come ad esempio internet, si trovano esposti ad una esperienza collettiva e spesso anche collaborativa: questo prende il nome di «co-esperienza» o «co-presenza»<sup>37</sup>.

Nonostante la possibile comparsa di un senso di "co-presenza", anche la distanza spaziale che si va a creare per mezzo degli ambienti mediati, influenza i giudizi di natura sociale verso gli altri individui. Nel giudicare il comportamento altrui, si tende ad enfatizzare caratteristiche di natura disposizionale, anziché le circostanze in cui le azioni sono state effettuate, e gli individui vengono concepiti in maniera prototipica anziché specifica<sup>38</sup>. Inoltre, nel caso di decisioni, questo effetto di distanza spaziale compare anche quando i decisori sono esposti alla stessa quantità di informazioni ed indicatori di tipo sociale riguardo alle opzioni disponibili, e la differenza di distanza è immaginaria o implicita<sup>39</sup>. In maniera apparentemente con-

---

ANTECEDENTS AND CONSEQUENCES OF PSYCHOLOGICAL DISTANCE IN SOCIAL MEDIA-ENHANCED REAL-TIME STREAMING VIDEO, IN *COMPUT. HUM. BEHAV.*, 2012, VOL. XXVIII, P. 1365.

<sup>35</sup> J. AGERSTRÖM-F. BJÖRKLUND-R. CARLSSON, *LOOK AT YOURSELF!*, IN *SOC. PSYCHOL.*, 2013, VOL. XLIV, P. 42.

<sup>36</sup> M. LOMBARD-T. DITTON, *AT THE HEART OF IT ALL: THE CONCEPT OF PRESENCE*, IN *J. COMPUT.-MEDIAT. COMMUN.*, 1997, VOL. III, P. JCMC321.

<sup>37</sup> K. BATTARBEE, *DEFINING CO-EXPERIENCE*, ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY, NEW YORK, 2003, P. 109.

<sup>38</sup> M.D. HENDERSON-K. FUJITA-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *TRANSCENDING THE "HERE": THE EFFECT OF SPATIAL DISTANCE ON SOCIAL JUDGMENT*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, VOL. XCI, P. 845.

<sup>39</sup> K. FUJITA-M.D. HENDERSON-J. ENG-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *SPATIAL DISTANCE AND MENTAL CONSTRUAL OF SOCIAL EVENTS*, IN *PSYCHOL. SCI.*, 2006, VOL. XVII, P. 278.

trointuitiva, studi mostrano che questa tendenza di spogliare gli individui delle loro caratteristiche individuali e situazionali ha anche il risultato di indurre gli individui ad adottare un registro più formale<sup>40</sup>.

L'effetto della distanza spaziale non solo coinvolge le dinamiche di gruppi di lavoro distribuiti geograficamente, come nel caso delle giurie che si riuniscono tramite mezzi telematici<sup>41</sup>, ma anche i destinatari delle loro decisioni: come per la distanza temporale, si crea un effetto di astrazione e stereotipizzazione dell'individuo oggetto del giudizio. Gli individui compiono più facilmente inferenze sulla giustizia morale di azioni compiute in un luogo vicino ad essi rispetto che ad un luogo lontano<sup>42</sup>, giurie che si trovano a deliberare in maniera telematica potrebbero ritenere meno moralmente giusto il comportamento di un individuo rispetto a giurie che si riuniscono in un ambiente ordinario. La distanza inoltre imporrebbe una perdita di risonanza emotiva ed un rischio di stereotipizzazione dell'altro.

#### 4. Decision making *in distanza sociale*

Il *trolley problem* è un celeberrimo dilemma appartenente alla tradizione della filosofia morale: «Un vagone impazzito e senza conducente si sta dirigendo ad alta velocità lungo un binario su cui si trovano cinque persone che verranno senz'altro travolte. Noi abbiamo la possibilità di tirare una leva per fare in modo che il vagone cambi direzione verso un binario su cui però si trova una persona. È giusto tirare la leva, uccidendo una persona ma salvandone cinque?»<sup>43</sup>. Le premesse di questo esperimento mentale si prestano a molteplici variazioni; ad esempio, alterando il numero di persone presenti su di un binario oppure sull'altro. Una delle più interessanti da esplorare è: «Saremo propensi a tirare la leva allo stesso modo se la persona che verrebbe travolta dal vagone fosse un nostro familiare?». Le nostre decisioni subiscono chiaramente l'influenza dell'intensità del legame affettivo

<sup>40</sup> E. STEPHAN-N. LIBERMAN-Y. TROPE, *POLITENESS AND PSYCHOLOGICAL DISTANCE: A CONSTRUAL LEVEL PERSPECTIVE*, IN *J. PERS. SOC. PSYCHOL.*, 2010, VOL. XCVIII, P. 268.

<sup>41</sup> J. WILSON-C.B. CRISP-M. MORTENSEN, *EXTENDING CONSTRUAL-LEVEL THEORY TO DISTRIBUTED GROUPS: UNDERSTANDING THE EFFECTS OF VIRTUALITY*, IN *ORGAN. SCI.*, 2013, VOL. XXIV, P. 629.

<sup>42</sup> Q. ZHANG-W. WEI-N. LI-W. CAO, *THE EFFECTS OF PSYCHOLOGICAL DISTANCE ON SPONTANEOUS JUSTICE INFERENCES: A CONSTRUAL LEVEL THEORY PERSPECTIVE*, IN *FRONT. PSYCHOL.*, 2022, VOL. XIII, P. 1011497.

<sup>43</sup> S. BRUERS-J. BRAECKMAN, *A REVIEW AND SYSTEMATIZATION OF THE TROLLEY PROBLEM*, IN *PHILOSOPHIA*, 2014, VOL. XLII, P. 251.

con le persone che sono oggetto della nostra decisione: saremo decisamente più propensi a tirare la leva se questo comportasse la morte di un estraneo anziché di un familiare. Studi mostrano che, ad esempio, se ci troviamo nella situazione di dover prendere decisioni per conto di un'altra persona, tendiamo ad agire in una maniera che ingiustamente favorisce questa persona se essa è un nostro conoscente. Viceversa, se questa persona è un estraneo, tendiamo a prendere decisioni più eque<sup>44</sup>. La distanza sociale va ad alterare le inferenze spontanee di giustizia da parte degli individui: le inferenze di ingiustizia sono più frequenti se riguardano situazioni che colpiscono persone a noi vicine o familiari<sup>45</sup>. Si è quindi più intransigenti nei confronti di azioni che vanno a toccare persone che ci sono familiari o che vanno a fare parte del nostro gruppo di riferimento. Tuttavia, non soltanto il nostro legame affettivo con una persona va a determinare la distanza psicologica che viene posta tra noi e loro: anche quanto riteniamo che queste persone ci somigliano o ci siano affini va a influenzare la maniera in cui interpretiamo le loro azioni e le inferenze che facciamo riguardo al loro comportamento<sup>46</sup>.

La tendenza a favorire individui che riteniamo appartenere ad un nostro gruppo di riferimento – sia esso la famiglia, la nazione, l'etnia o la religione – prende il nome di *in-group bias*. Questo fenomeno è fortemente radicato nella nostra psiche e possiede correlati neurali noti<sup>47</sup>. Nel contesto della giustizia, questo effetto prende forme drammatiche nelle situazioni in cui si incontrano le differenze di identità etnica tra giudici, giurie, ed imputati<sup>48</sup>. L'appartenenza ad un gruppo ad un altro modifica il comportamento di coppie di individui coinvolti in compiti di *decision making* collaborativo. I partecipanti tendono a discriminare gli appartenenti ad altri gruppi anche se creati in maniera totalmente arbitraria nel contesto sperimentale. Curiosamente, questa discriminazione non sembra essere guidata da ostilità verso l'altro gruppo, bensì da un favoritismo verso il proprio gruppo di appartenenza<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> H. KIM-S. SCHNALL, *PROFIT FOR FRIENDS, FAIRNESS FOR STRANGERS: SOCIAL DISTANCE REVERSES THE ENDOWMENT EFFECT IN PROXY DECISION MAKING*, IN *J. RETAIL. CONSUM. SERV.*, 2021, VOL. LIX, P. 102395.

<sup>45</sup> J. HAM-K. VAN DEN BOS, *NOT FAIR FOR ME! THE INFLUENCE OF PERSONAL RELEVANCE ON SOCIAL JUSTICE INFERENCES*, IN *J. EXP. SOC. PSYCHOL.*, 2008, VOL. XLIV, P. 699.

<sup>46</sup> I. LIVIATAN-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *op. cit.*, p. 1256.

<sup>47</sup> P. MOLENBERGHS, *THE NEUROSCIENCE OF IN-GROUP BIAS*, IN *NEUROSCI. BIOBEHAV. REV.*, 2013, VOL. XXXVII, P. 1530.

<sup>48</sup> O. GAZAL-AYAL-R. SULITZEANU-KENAN, *LET MY PEOPLE GO: ETHNIC IN-GROUP BIAS IN JUDICIAL DECISIONS—EVIDENCE FROM A RANDOMIZED NATURAL EXPERIMENT*, IN *J. EMPIR. LEG. STUD.*, 2010, VOL. VII, P. 403.

<sup>49</sup> A.M. AHMED, *GROUP IDENTITY, SOCIAL DISTANCE AND INTERGROUP BIAS*, IN *J. ECON. PSYCHOL.*, 2007, VOL. XXVIII, P. 324.

I giurati o i giudici potrebbero dare meno risalto ad eventi moralmente ingiusti quando vanno a colpire persone che non fanno parte della loro comunità locale, del loro gruppo di riferimento, oppure non condividono caratteristiche simili a loro.

Come per la distanza spaziale, la distanza sociale influenza la risonanza affettiva verso le persone, al punto che proviamo più empatia verso persone situate a una distanza sociale minore (familiari, membri del nostro gruppo di riferimento), rispetto a degli estranei. Questa discrepanza nella capacità di provare empatia prende il nome di “*empathy gap*”. Anche questo fenomeno trova correlati nell’attività del nostro cervello<sup>50</sup>. Ci mettiamo più facilmente nei panni di persone che ci sono familiari, anziché immedesimarsi nella comune umanità con altri individui.

Persino la distinzione che intercorre tra sé ed altro costituisce una fonte di distanza sociale: tendenzialmente, le decisioni che prendiamo riguardo a noi stessi (e quindi psicologicamente vicine) sono marcatamente diverse a quelle che prenderemo nei confronti degli altri, anche se si trovassero nella nostra stessa identica situazione. Nel caso di dilemmi morali, come il già menzionato *trolley problem*, gli individui tendono a giudicare come più moralmente discutibili le scelte quando vengono fatte da altri, rispetto che da sé stessi<sup>51</sup>. Riguardo l’intervallo sé-altro, un *bias* ben noto nella psicologia sociale è quello dell’*errore fondamentale di attribuzione* (*fundamental attribution error*): per via di questa distorsione, tendiamo ad attribuire le ragioni del nostro comportamento alla situazione in cui ci troviamo, mentre, se osserviamo un’altra persona effettuare lo stesso comportamento, tendiamo ad attribuire le origini di quest’ultimo a fattori disposizionali e stabili come la personalità o la loro etnia. Questo effetto interagisce drammaticamente anche con la distanza spaziale e quella temporale<sup>52</sup>. Similmente al precedentemente menzionato studio di Ahmed, un altro studio mostra che siamo più disponibili ad acconsentire ad una offerta ingiusta se dobbiamo prendere la decisione di accettarla o meno per un’altra persona, anziché per noi stessi<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> J.N. GUTSELL-M. INZLICHT, *INTERGROUP DIFFERENCES IN THE SHARING OF EMOTIVE STATES: NEURAL EVIDENCE OF AN EMPATHY GAP*, IN *SOC. COGN. AFFECT. NEUROSCI.*, 2012, VOL. VII, P. 596.

<sup>51</sup> M. HOFER-R. TAMBORINI-F.A. RYFFEL, *BETWEEN A ROCK AND A HARD PLACE: THE ROLE OF MORAL INTUITIONS AND SOCIAL DISTANCE IN DETERMINING MORAL JUDGMENTS OF AN AGENT IN A MORAL DILEMMA*, IN *J. MEDIA PSYCHOL. THEOR. METHODS APPL.*, 2021, VOL. XXXIII, P. 103.

<sup>52</sup> S. RIM-J.S. ULEMAN-Y. TROPE, *SPONTANEOUS TRAIT INFERENCE AND CONSTRUAL LEVEL THEORY: PSYCHOLOGICAL DISTANCE INCREASES NONCONSCIOUS TRAIT THINKING*, IN *J. EXP. SOC. PSYCHOL.*, 2009, VOL. XLV, P. 1088.

<sup>53</sup> H. KIM-S. SCHNALL-D.-J. YI-M.P. WHITE, *SOCIAL DISTANCE DECREASES RESPONDERS’ SENSITIVITY TO FAIRNESS IN THE ULTIMATUM GAME*, IN *JUDGM. DECIS. MAK.*, 2013, VOL. VIII, P. 632.

Vi è quindi uno sproporzionato favoritismo verso ciò che ha una distanza sociale minore, persino noi stessi.

Parallelamente al *delay discounting* menzionato precedentemente, anche la distanza sociale va a modificare la percezione del valore delle scelte, in un fenomeno che va a prendere il nome di *social discounting*<sup>54</sup>. La quantità di risorse di cui siamo disponibili a rinunciare per permettere a un individuo di ottenere un beneficio è funzione della distanza sociale che ci separa dall'altro individuo. Curiosamente, questo fenomeno interagisce anche con altri tipi di distanza: Yi e colleghi hanno mostrato che questo effetto va a svanire se viene incrementata anche la distanza temporale. Presumibilmente questo è da imputare al fatto che all'aumentare della distanza psicologica gli individui ingaggerebbero un livello di rappresentazione più elevato e quindi ragionerebbero tendenzialmente più in termini di ideali morali anziché tramite prospettive pragmatiche di guadagno<sup>55</sup>. Sorprendentemente, uno studio scientifico mostra che spostare le decisioni su di un livello di rappresentazione più astratto (collegato, quindi a maggiore distanza psicologica) può incrementare la tolleranza di gruppi minoritari da parte di individui più conservatori<sup>56</sup>. Questo smorzamento del pregiudizio avviene in concomitanza con una aumentata attenzione verso l'equità delle decisioni.

## 5. Decision making in specifici contesti: dal cambiamento climatico ai moderni teatri bellici

Nella maggioranza dei contesti *ecologici* – ossia quelli appartenenti alla vita reale e quotidiana – in cui un individuo si trova a prendere una decisione, è raro che quest'ultima sia influenzata solo da una delle molte dimensioni di distanza psicologica. Esse spesso si combinano e interagiscono su più livelli. Quando due livelli di rappresentazione interagiscono nel prendere una decisione – ad esempio, prendere una decisione riguardo al futuro lontano di un nostro caro – la possibilità di utilizzare un ragionamento di tipo astratto o prototipico dipende dalla incongruenza tra i livelli. L'esempio precedente susciterebbe meno l'utilizzo di un ragionamento di

<sup>54</sup> B. JONES-H. RACHLIN, *SOCIAL DISCOUNTING*, IN *PSYCHOL. SCI.*, 2006, VOL. XVII, P. 283.

<sup>55</sup> R. YI-S. CHARLTON-C. PORTER-A.E. CARTER-W.K. BICKEL, *FUTURE ALTRUISM: SOCIAL DISCOUNTING OF DELAYED REWARDS*, IN *BEHAV. PROCESSES*, 2011, VOL. LXXXVI, P. 160.

<sup>56</sup> J.B. LUGURI-J.L. NAPIER-J.F. DOVIDIO, *RECONSTRUCTING INTOLERANCE: ABSTRACT THINKING REDUCES CONSERVATIVES' PREJUDICE AGAINST NONNORMATIVE GROUPS*, IN *PSYCHOL. SCI.*, 2012, VOL. XXIII, P. 756.

tipo prototipico rispetto al prendere una decisione per un nostro caro in una situazione vicina nel tempo<sup>57</sup>.

In nessun contesto l'intersezione tra livelli diventa più drammatica che a riguardo del *global warming* e del cambiamento climatico<sup>58</sup>. Questo problema avviene su una scala temporale decisamente lunga e graduata (distanza temporale); i suoi effetti sono diffusi e spesso vanno a incidere su paesi lontani che vengono sconvolti da eventi atmosferici estremi (distanza spaziale); spesso a farne le spese sono degli estranei lontani a noi, come i rifugiati climatici (distanza sociale); inoltre, data la sua natura complessa e le campagne di disinformazione attiva, questo problema viene esperito da una rilevante sezione della popolazione con un profondo senso di incertezza (distanza ipotetica).

Il cambiamento climatico è stato esaminato con cura sotto la teoria del livello di rappresentazione, anche se interpretarlo all'interno di questa cornice teorica presenta delle limitazioni dovute principalmente alla interpretazione sbagliata di alcuni suoi costrutti<sup>59</sup>. Sfruttando l'interrelazione tra distanza psicologica e livello di rappresentazione, vi è stato un tentativo di implementare tecniche per ridurre la distanza psicologica tra gli individui ed il cambiamento climatico, tentando quindi una sorta di avvicinamento o "prossimalizzazione". Questo approccio ha ottenuto tuttavia risultati contrastanti ed inconcludenti<sup>60</sup>. Vi sono infatti molte differenze individuali nella maniera in cui gli individui interpretano i messaggi climatici, e talvolta un messaggio efficace per una popolazione può rivelarsi controproducente per un'altra<sup>61</sup>. Questi studi di prossimalizzazione tuttavia non invalidano la cornice della CLT: la teoria infatti non afferma che una riduzione della distanza psicologica si traduca immediatamente in un aumento della proattività verso il problema. La distanza psicologica influenza infatti *come* un individuo rappresenta un oggetto (in maniera più concreta o più astratta) e su quali informazioni esso fa affidamento (contestuali o ideologiche). Questo cambiamento va poi ad interagire con le differenze individuali di chi riceve il messaggio.

<sup>57</sup> K. FUJITA-T. EYAL-S. CHAIKEN-Y. TROPE-N. LIBERMAN, *INFLUENCING ATTITUDES TOWARD NEAR AND DISTANT OBJECTS*, IN *J. EXP. SOC. PSYCHOL.*, 2008, VOL. XLIV, P. 562.

<sup>58</sup> S. WANG-M.J. HURLSTONE-Z. LEVISTON-I. WALKER-C. LAWRENCE, *Construal-level theory and psychological distancing: Implications for grand environmental challenges*, in *One Earth*, 2021, vol. IV, p. 482.

<sup>59</sup> A. BRÜGGER, *UNDERSTANDING THE PSYCHOLOGICAL DISTANCE OF CLIMATE CHANGE: THE LIMITATIONS OF CONSTRUAL LEVEL THEORY AND SUGGESTIONS FOR ALTERNATIVE THEORETICAL PERSPECTIVES*, IN *GLOB. ENVIRON. CHANGE*, 2020, VOL. LX, P. 102023.

<sup>60</sup> A. BRÜGGER-T.A. MORTON-S. DESSAI, "PROXIMISING" CLIMATE CHANGE RECONSIDERED: A CONSTRUAL LEVEL THEORY PERSPECTIVE, IN *J. ENVIRON. PSYCHOL.*, 2016, VOL. XLVI, P. 125.

<sup>61</sup> S. WANG-M.J. HURLSTONE-Z. LEVISTON-I. WALKER-C. LAWRENCE, *op. cit.*, p. 482.

Per passare a un altro terribile contesto decisionale influenzato dalla distanza psicologica, assieme alla distanza creata dagli spazi virtuali e gli ambienti mediati, il progresso tecnologico ha portato anche un inserimento di mediazione e distanza anche nelle attività belliche: è il caso dei piloti di droni di combattimento, che si trovano ad agire in scenari di guerra senza esserne fisicamente coinvolti<sup>62</sup>. Questi nuovi sviluppi della tecnologia bellica hanno portato con sé una grande quantità di discussioni e controversie riguardo alla moralità di “uccidere a distanza”<sup>63</sup>. Al momento non esiste letteratura sull’effetto specifico della distanza psicologica che si va a creare tra i piloti di droni ed i loro bersagli, ma è lecito ipotizzare che la commistione degli effetti di distanza spaziale e di distanza sociale, possono portare ad una perdita di empatia ed un distacco morale, con conseguente disumanizzazione dei bersagli<sup>64</sup>. Un effetto della distanza psicologica, dell’essere presenti sul campo e fronteggiare un nemico, è già stato descritto e posto a confronto con l’attività di piloti di bombardieri, che non trovandosi faccia a faccia con l’avversario percepiscono una minore responsabilità morale ed un minore coinvolgimento emotivo<sup>65</sup>. Questo effetto potrebbe essere esteso anche all’esperienza di piloti di droni.

## 6. Conclusioni e direzioni future

Nella celebre pellicola “La parola ai giurati”, uno dei dodici anonimi membri di una giuria statunitense (interpretato da Henry Fonda) chiamati a giudicare un giovane ragazzo sospettato di parricidio, riesce a sottrarre dall’indifferenza uno ad uno i suoi colleghi giurati facendo appello anche alle loro esperienze personali, ai loro sentimenti e al loro comportamento. Tutte queste azioni portano a una riduzione della distanza psicologica tra i giurati e l’oggetto delle loro decisioni, spostando la discussione su un livello di rappresentazione più basso e concreto. Questo ha come conseguenza un

---

<sup>62</sup> A. HIJAZI-C.J. FERGUSON-F. RICHARD FERRARO-H. HALL-M. HOVEE-S. WILCOX, *PSYCHOLOGICAL DIMENSIONS OF DRONE WARFARE*, IN *CURR. PSYCHOL.*, 2019, VOL. XXXVIII, P. 1285.

<sup>63</sup> M. COECKELBERGH, *DRONES, INFORMATION TECHNOLOGY, AND DISTANCE: MAPPING THE MORAL EPISTEMOLOGY OF REMOTE FIGHTING*, IN *ETHICS INF. TECHNOL.*, 2013, VOL. XV, P. 87.

<sup>64</sup> J.I. DAVIS-J.J. GROSS-K.N. OCHSNER, *op. cit.*, p. 444; J.N. GUTSELL-M. INZLICHT, *op. cit.*, p. 596.

<sup>65</sup> D. GROSSMAN, *ON KILLING. II: THE PSYCHOLOGICAL COST OF LEARNING TO KILL*, IN *INT. J. EMERG. MENT. HEALTH*, 2001, VOL. III, P. 137; ID., *On Killing: The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, Open Road Media, 2014, p. 5.

maggiore coinvolgimento emotivo, una maggiore empatia, ed una maggiore considerazione degli elementi circostanziali del caso.

In generale, il maggior rischio che si incontra nell'effettuare decisioni in situazioni che implicano una distanza psicologica, compreso l'ambito giuridico, è quello della stereotipizzazione e di perdere di vista i fattori contestuali della situazione che viene esaminata. Come abbiamo visto però, la relazione che intercorre tra distanza e livello di rappresentazione è fortunatamente a due vie, ed è possibile influenzarne una manipolando l'altra. L'insieme di strategie impiegate per attenuare gli effetti della distanza e del livello di rappresentazione prende per l'appunto il nome di *prossimalizzazione*, ossia, di "avvicinamento" dell'oggetto. Tuttavia, come nel caso precedentemente illustrato del cambiamento climatico, la prossimalizzazione non si traduce obbligatoriamente in un esito positivo ed è necessario tener conto delle complesse interazioni in gioco. La distanza psicologica infatti non è necessariamente un fattore negativo per quanto riguarda le prese di decisione: abbiamo già menzionato come una incrementata distanza psicologica porta gli individui a considerare informazioni più "astratte" e decontestualizzate, e questo può essere un fattore facilitante nelle situazioni in cui le informazioni concrete e contestuali rappresentano in realtà un disturbo per il giudizio. Ad esempio: secondo Fukukura e collaboratori, l'incrementare la distanza psicologica potrebbe rivelarsi un vantaggio nelle situazioni in cui l'individuo si trova ad affrontare una scelta di davanti a un sovraccarico di informazioni: ragionare in termini astratti sulle cose sfruttando la "*Gist memory*" (i.e., la memoria per l'essenza dei concetti) permetterebbe di ignorare il flusso di informazioni in eccesso che altrimenti paralizzerebbe il processo di scelta<sup>66</sup>.

L'inevitabile distanza psicologica causata dall'utilizzo di telecomunicazioni può essere contrastata con l'ausilio di strategie di prossimalizzazione, incrementando l'immersione e il senso di presenza dell'individuo all'interno dell'ambiente mediato e dando enfasi sui fattori sociali<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> J. FUKUKURA-M.J. FERGUSON-K. FUJITA. *PSYCHOLOGICAL DISTANCE CAN IMPROVE DECISION MAKING UNDER INFORMATION OVERLOAD VIA GIST MEMORY*, IN *J. EXP. PSYCHOL. GEN.*, 2013, VOL. CXLII, P. 658.

<sup>67</sup> C.B. GIBSON-J.L. GIBBS-T.L. STANKO-P. TESLUK-S.G. COHEN, *INCLUDING THE "I" IN VIRTUALITY AND MODERN JOB DESIGN: EXTENDING THE JOB CHARACTERISTICS MODEL TO INCLUDE THE MODERATING EFFECT OF INDIVIDUAL EXPERIENCES OF ELECTRONIC DEPENDENCE AND COPRESENCE*, IN *ORGAN. SCI.*, 2011, VOL. XXII, P. 1481; J. WILSON-C.B. CRISP-M. MORTENSEN, *op. cit.*, p. 629.

Sezione II

## RAPPRESENTAZIONI



TAMARA FAVARO

PIATTAFORME DIGITALI E NUOVE FORME DI GESTIONE  
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI:  
IL CASO DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE

SOMMARIO: 1. Obiettivo dell'indagine. – 2. Dal capitalismo estrattivo alla nuova creazione di valore: il possibile contributo delle piattaforme digitali. – 3. Piattaforme digitali per lo sviluppo di Comunità energetiche. – 4. L'energia sostenibile da merce a servizio pubblico. – 5. Comunità energetiche e nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali. – 6. Verso un nuovo equilibrio tra *nudging* e modalità tradizionali di intervento nell'economia.

1. *Obiettivo dell'indagine*

Sono ormai molteplici gli studi di diritto dell'economia volti ad indagare l'impatto delle piattaforme digitali sulla regolazione dei mercati<sup>1</sup>; assai meno investigato è invece il loro rapporto con la disciplina dei servizi pubblici locali.

Del resto, che le piattaforme digitali impongano un profondo ripensamento dei tradizionali modelli di regolamentazione e intervento antitrust

---

<sup>1</sup> In materia, cfr. in particolare L. AMMANNATI-A. CANEPA (a cura di), *Tech law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; L. AMMANNATI-A. CANEPA-G.L. GRECO-U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020; ID., *Le piattaforme fra nuove dinamiche di mercato e ricerca di strumenti regolatori efficaci*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, f. 2, p. 181 ss.; ID., *Il dilemma della regolazione delle piattaforme: l'introduzione dell'Uber-test fra affermazione di nuovi strumenti e parziale inefficacia di quelli classici*, in L. AMMANNATI-R. CAFARI PANICO, *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 143 ss.; M. PASSALACQUA, *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, f. 1, p. 27 ss.; F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, f. 2, pp. 238-243; O. BUDZINSKI-J. MENDELSON, *Regulating big tech: From competition policy to sector regulation?*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 2022, No. 168, pp. 1-37.

è ad oggi oltremodo evidente. Pure il legislatore europeo, che per lungo tempo ha concesso alle piattaforme una sostanziale autoregolazione (seppur supervisionata), giustificando la propria inerzia con la condivisione dell'orientamento notoriamente prevalente nell'ordinamento americano<sup>2</sup>, in tempi più recenti ha dovuto tuttavia riconoscere il sostanziale fallimento dell'approccio neo-Schumpeteriano<sup>3</sup>. Questo mutamento di approccio lo si deve in particolare all'erompere delle c.d. *Big Tech*, che hanno reso tangibile il potere della piattaforma di imporsi come vera e propria "istituzione" atta a sostituire il mercato concorrenziale<sup>4</sup>, dimostrando così non solo l'inefficacia dell'intervento del diritto della concorrenza nel ristabilire le dinamiche competitive<sup>5</sup>, ma anche la non più procrastinabile necessità di intervenire in via regolamentare<sup>6</sup>. Si è in tal modo pervenuti all'approvazione del c.d. *Digital Services Package*, composto dal Regolamento europeo sui mercati contendibili ed equi nel settore digitale<sup>7</sup> (c.d. *Digital Markets Act*)<sup>8</sup> e dal Regolamento

---

<sup>2</sup> A ben vedere, tuttavia, anche negli Stati Uniti questo tradizionale approccio è stato recentemente messo in discussione: tra il 2021 e il 2022 sono state infatti presentate alla Camera dei rappresentanti cinque proposte legislative, ancora in fase di discussione, volte a promuovere la concorrenza e stimolare gli interventi antitrust nei confronti delle piattaforme digitali.

<sup>3</sup> Per il quale, come noto, le autorità antitrust e di regolamentazione devono riconoscere la natura autocorrettiva della dominanza nei mercati della *Digital Economy*, essendo il loro intervento non solo (spesso) non necessario, bensì talvolta addirittura dannoso, in quanto, riducendo gli incentivi all'innovazione, diminuirebbe anche il benessere dei consumatori. Cfr. J.A. SCHUMPETER, *The theory of economic development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1934.

<sup>4</sup> In questo senso cfr. A. MANGANELLI, *La proposta di regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, f. 3, pp. 473-500 e in part. p. 479. Per le loro peculiari caratteristiche, le piattaforme digitali vengono talvolta definite dalla letteratura sociologica anche come «anti-mercati», in quanto, a differenza dei mercati basati su logiche competitive, puntano al monopolio o tutt'al più all'oligopolio.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 480.

<sup>6</sup> La Commissione, originariamente intenzionata ad operare una riforma del diritto antitrust nel senso di introdurre una disciplina specifica in materia di piattaforme digitali, ha invece optato per un regime regolatorio *ex ante* armonizzato a livello europeo, legittimato dall'articolo 114 TFUE.

<sup>7</sup> Reg. 2022/1925/UE del Parlamento e del Consiglio del 14 settembre 2022, che modifica le dir. 2019/1937/UE e 2020/1828/UE.

<sup>8</sup> Per un primo commento in dottrina, si rinvia a G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, f. 2, pp. 323-340; M. POLO-M. SASSANO, *Dma: Digital Markets Act or Digital Markets Armistice?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, f. 3, pp. 501-532; A. MANGANELLI, *op. cit.*; M. LIBERTINI, *Mercati digitali e politica della concorrenza. Alcune riflessioni sull'efficacia dei tradizionali strumenti antitrust nel contesto digitale*, in *Orizzonti del diritto commer-*

relativo a un mercato unico dei servizi digitali<sup>9</sup> (c.d. *Digital Services Act*)<sup>10</sup>.

Entrambi gli atti giuridici, seppur di indubbia rilevanza, per quanto qui di interesse si limitano a stabilire un quadro normativo *ex ante* per alcuni mercati e servizi, mediante l'imposizione di obblighi e divieti in capo ai prestatori di servizi intermediari e, nel caso del *Digital Markets Act*, unicamente nei confronti dei c.d. *gatekeepers*<sup>11</sup> (controllori dell'accesso), al fine di tutelare gli utenti.

In queste ipotesi, dunque, il rapporto tra innovazione tecnologica e tecnica regolatoria non appare certo rivoluzionario. In tale prospettiva, infatti, le piattaforme digitali rivestono unicamente il ruolo di oggetto passivo della

---

*ciale*, 2021, f. spec., pp. 337-357; G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2021, f. 2, pp. 292-308; L. AMMANNATI-F. DI PORTO, *L'Intelligenza Artificiale per la fornitura di servizi, di applicazioni e la produzione di regole: Digital Services Act, Digital Markets Act e Artificial Intelligence Act*, in F. DONATI-A. PAJNO-A. PERRUCCI (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale: una rivoluzione?*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 479-488; R. RUSTICHELLI, *Il Digital Markets Act tra concorrenza e regolazione*, in *Astrid – Rassegna*, 2021, f. 17, pp. 1-9.

<sup>9</sup> Reg. 2022/2065/UE del Parlamento e del Consiglio del 19 ottobre 2022, che modifica la dir. 2000/31/CE.

<sup>10</sup> Per un approfondimento, si rinvia in particolare a C. CAUFFMAN-C. GOANTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, vol. XII, f. 4, pp. 758-774; F. DI PORTO-T. GROTE-G. VOLPI-R. INVERNIZZI, *"I see something you don't see": a computational analysis of the Digital Services Act and the Digital Markets Act*, in *Stanford Computational Antitrust*, 2021, f. 1, pp. 84-116; M. BASSINI, *L'Unione europea al grande passo: verso una regolazione di mercati e servizi digitali*, in *Quad. cost.*, 2021, f. 1, pp. 224-227; M. INGLESE, *L'economia collaborativa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le prime proposte di armonizzazione: verso il "Digital Markets Act" e il "Digital Services Act"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, f. 4, pp. 843-871; L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, f. 4, p. 1101 ss.; B. GENÇ-GELGEÇ, *Regulating Digital Platforms: Would the DSA and the DMA Work Coherently?*, in *Journal of Law, Market and Innovation*, 2022, f. 3, pp. 89-107.

<sup>11</sup> L'attribuzione della qualifica di *gatekeeper* a un fornitore di "servizi di piattaforma di base" (*core platform services – CPS*), tra cui rientrano ad esempio i servizi di intermediazione *online*, i motori di ricerca *online*, i *social networks*, i servizi di *video sharing*, *cloud computing*, ecc., si fonda su tre requisiti cumulativi: l'impresa deve avere un impatto significativo sul mercato interno; deve gestire un *core platform service* che costituisce un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; deve detenere una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o deve essere quantomeno prevedibile che acquisisca una tale posizione in futuro. Ci si riferisce in sostanza ad un limitato numero di operatori, che esercitano un impatto significativo e stabile sul mercato interno dell'Unione europea, come ad esempio le Gafam (Alphabet-Google, Amazon, MetaFacebook, Apple e Microsoft), sebbene la Commissione abbia comunque il potere di designare come *gatekeepers* anche imprese di dimensioni minori, che tuttavia detengono una posizione di particolare importanza su mercati specifici.

regolazione. Inoltre, l'intervento pubblico appare viepiù finalizzato a reprimere i rischi sottesi all'abuso del potere di mercato esercitato dalle piattaforme, ponendosi perciò in chiave pressoché esclusivamente limitativa.

Nell'ottica del giurista, ben più stimolante appare invece il caso in cui la tecnologia digitale possa fungere da pungolo per l'innovazione del diritto, imponendo un ripensamento delle categorie giuridiche in senso ampliativo. In altre parole, pare opportuno indagare il possibile contributo delle piattaforme digitali nel risolvere o almeno attenuare le tensioni irrisolte che già emergono, quantomeno *in nuce*, nell'incapacità del diritto positivo di fornire adeguate risposte ai più urgenti problemi economici e sociali, primo tra tutti il contrasto al cambiamento climatico.

È in questa prospettiva che ambisce di porsi il presente lavoro, che si propone di indagare l'auspicabile ruolo delle piattaforme digitali nel promuovere nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali.

In effetti, anche in Italia si sta diffondendo l'utilizzo di tali tecnologie per rendere più efficiente la fruizione dei servizi pubblici da parte degli utenti<sup>12</sup>, pure in forma integrata<sup>13</sup>. Nel contesto delle c.d. *smart cities*, spesso le piattaforme digitali vengono associate a sensori e sistemi di intelligenza artificiale<sup>14</sup>, al fine di utilizzare i dati raccolti per rendere la pianificazione

<sup>12</sup> Tra i molteplici esempi, meritevole di menzione è la piattaforma "MyCicero", che consente ai cittadini di pagare e gestire servizi pubblici locali come il parcheggio e il trasporto pubblico attraverso l'utilizzo di un'app mobile. Degna di nota è anche la piattaforma "BikeMi", utilizzata per la gestione del servizio di *bike sharing* a Milano, per mezzo della quale gli utenti possono sbloccare e noleggiare biciclette in diverse stazioni in tutta la città. Ancora, "PayByPhone" è una piattaforma digitale internazionale che consente agli utenti di pagare il parcheggio in diversi paesi del mondo tramite l'app mobile e che viene utilizzata anche in alcune città italiane, come Torino e Venezia. Particolarmente interessante appare inoltre la piattaforma digitale internazionale "GreenApes", utilizzata per coinvolgere i cittadini nella gestione dei servizi pubblici locali legati all'ambiente. Gli utenti possono partecipare a progetti di sostenibilità e condividere informazioni sulla mobilità sostenibile, la raccolta differenziata e altre tematiche ambientali nella propria città.

<sup>13</sup> Tra le tante piattaforme, si possono citare gli esempi di "IoMiMuovo", che consente di acquistare e gestire in modo integrato i servizi di trasporto pubblico locale (bus, metropolitane, treni) in diverse città italiane, tra cui Milano, Torino, Brescia, Bergamo, Mantova, Modena, Reggio Emilia e Ferrara; "Roma Servizi per la Mobilità", piattaforma digitale gestita dal Comune di Roma che offre una serie di servizi integrati per la mobilità urbana, come la pianificazione degli spostamenti, l'acquisto dei biglietti per i mezzi pubblici e la prenotazione dei parcheggi; "Comune di Milano Online", gestita dall'omonimo Comune, che offre una serie di servizi integrati per i cittadini, come la prenotazione di appuntamenti, la richiesta di certificati e la segnalazione di guasti o problemi in città. Un altro emblematico esempio a livello nazionale è offerto da "PagoPA", che consente di effettuare pagamenti elettronici per i servizi pubblici locali, come tasse, tributi, multe, *ticket* sanitari e bollo auto, in modo semplice e sicuro.

<sup>14</sup> Nel contesto italiano, esempi in tal senso possono ormai rinvenirsi in varie città.

urbana maggiormente efficace. A quest'ultimo proposito, ben più significative, seppur ancora non così capillarmente diffuse, risultano le c.d. "piattaforme partecipative digitali"<sup>15</sup>, precipuamente volte a consentire nuove forme di collaborazione da parte della cittadinanza locale alla pianificazione e alla gestione delle politiche urbane, secondo diversi livelli di intensità<sup>16</sup>.

In tutti questi casi, tuttavia, le questioni di taglio giuridico che vengono in rilievo e che si colgono anche nella (a dir vero, ancora piuttosto scarna) letteratura in materia<sup>17</sup>, per quanto di indubbia rilevanza pratica appaiono in realtà non particolarmente innovative, essendo per lo più riconducibili agli ormai ben noti profili legati alla *privacy*, alla protezione dei dati per-

---

"Palermo *Smart City*" è una piattaforma digitale integrata che utilizza sensori IoT per raccogliere dati sulla qualità dell'aria, del traffico, del rumore e della sicurezza pubblica. I dati raccolti vengono poi elaborati da algoritmi di AI per fornire informazioni utili ai cittadini e alle autorità locali. La città di Bologna ha sviluppato una piattaforma digitale integrata che utilizza sensori IoT per monitorare il traffico, la qualità dell'aria e la gestione dei rifiuti. Tale piattaforma utilizza anche l'AI per prevedere la domanda di trasporto pubblico e per ottimizzare le rotte dei mezzi di raccolta rifiuti. Ancora, la città di Torino ha implementato una piattaforma digitale integrata che utilizza sensori IoT per monitorare il traffico, la qualità dell'aria, il consumo di energia elettrica e il livello di rumore. In questo contesto l'AI viene utilizzata per analizzare i dati raccolti e per fornire informazioni utili ai cittadini e alle autorità locali. A livello globale, la piattaforma forse più avanzata è la c.d. "Smart Nation Platform" sviluppata dalla città-Stato di Singapore: tale piattaforma, integrata a livello nazionale, viene utilizzata per vari fini, quali il monitoraggio dell'utilizzo dell'acqua e il rilevamento delle perdite, ma anche per la raccolta di dati sulla qualità dell'aria, le precipitazioni e la presenza di strade sconnesse, mediante sensori installati sui lampioni, che a breve dovrebbero raccogliere anche informazioni ambientali volte a definire in maniera concreta l'effettiva incidenza del riscaldamento globale.

<sup>15</sup> Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a T. FAVARO, *Dai brownfields alle smart cities. Rigenerazione urbana e programmazioni digitalmente orientate*, in M. PASSALACQUA-B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei Brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*. Giappichelli, Torino, 2019, pp. 169-190.

<sup>16</sup> Tra gli esempi di piattaforme partecipative digitali attualmente rinvenibili nel nostro Paese, quantomeno in via sperimentale, possiamo citare "Decide Milano", che permette ai milanesi di proporre e votare idee per migliorare la città. La piattaforma utilizza l'AI per selezionare e valutare le proposte dei cittadini e per garantire una maggiore trasparenza e partecipazione nel *decision-making process*. Per certi versi analoga è la piattaforma "IoPartecipo" sviluppata dalla città di Torino, che integra sistemi di AI per analizzare le proposte dei cittadini e fornire informazioni utili alle autorità locali. Degna di nota è anche "OpenCivitas", piattaforma digitale promossa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che permette a cittadini e amministratori di conoscere i dati raccolti per la determinazione dei fabbisogni standard, confrontare le prestazioni degli enti e valutare i servizi erogati, consentendo ai cittadini non solo di valutare e controllare le scelte operate dagli enti, ma anche di avanzare proposte.

<sup>17</sup> Ci sembra infatti che, ad oggi, la gran parte degli studi volti ad indagare i rapporti tra *smart city* e piattaforme digitali siano volti anzitutto ad analizzare i rischi per l'utente derivanti dall'utilizzo delle *Big Tech*, quali Uber e Airbnb.

sonali, alla *cybersecurity* e alla tutela della trasparenza<sup>18</sup>. Certo, l'adozione di queste tipologie di piattaforme digitali da parte delle pubbliche amministrazioni sembra anche idonea ad assolvere un'essenziale funzione di *nudging*<sup>19</sup>, poiché tali piattaforme possono ad esempio promuovere l'utilizzo del trasporto pubblico locale e della mobilità sostenibile condivisa, nonché limitare gli sprechi di risorse idriche ed energetiche andando a ridurre l'asimmetria informativa con forme di *smart disclosure*; ma in tale prospettiva, l'obiettivo primario del diritto è semmai quello di evitare che la traduzione in chiave digitale di un servizio per sua natura almeno in parte "analogico" finisca per tradire il sistema di tutele che deve essere invece garantito all'utente. In sostanza, questa modalità di utilizzo delle piattaforme non sembra al contempo incentivare quel "ripensamento delle categorie giuridiche in senso ampliativo" che qui invece ci proponiamo di indagare.

È in quest'ottica che si è ritenuto di dover analizzare il possibile utilizzo delle piattaforme digitali al fine di favorire la promozione delle c.d. "Comunità energetiche locali"<sup>20</sup>, recentemente introdotte nel nostro ordinamento<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Per un approfondimento di tali aspetti, cfr. *ex multis* L. EDWARDS, *Privacy, security and data protection in smart cities: a critical EU law perspective*, disponibile su SSRN: 10.2139/ssrn.2711290; M.B. ARMIENTO, *Nuove tecnologie e "nuova" sicurezza delle città*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, vol. CCIX, 2021, pp. 95-119; F. COSTANTINO, *Brevi note su intelligenza artificiale e smart cities*, in F. DONATI-A. PAJNO-A. PERRUCCI (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale: una rivoluzione?*, cit., pp. 187-203; J.S. HILLER-J.M. BLANKE, *Smart Cities, Big Data, and the Resilience of Privacy*, in *Hastings Law Journal*, 2017, f. 2, p. 324 ss.; A. POLICE, *Resilienza amministrativa e gestione dei rischi*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2020, p. 65 ss.; E.E. JOB, *Policing the Smart City*, in *International Journal of Law in Context*, 2019, p. 177 ss.

<sup>19</sup> Traducibile con l'espressione "spinta gentile", il *nudging* costituisce una tecnica di economia comportamentale che si basa sull'utilizzo di stimoli indiretti e non costringitivi per influenzare il comportamento delle persone in modo positivo. In altre parole, esso cerca di spingere gli individui a compiere scelte più razionali e benefiche per sé e per la società, senza imporre loro direttamente una determinata azione. L'idea alla base è che gli esseri umani, a causa delle loro limitazioni cognitive, spesso prendono decisioni irrazionali o subottimali, e che quindi possono essere guidati verso scelte migliori attraverso l'utilizzo di suggerimenti indiretti e non invasivi. Per un approfondimento si rinvia a R. THALER-C. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven-London, 2008; ID., *Nudge: The Final Edition*, Penguin Books, London, 2021.

<sup>20</sup> Si fa riferimento in particolare alla «Comunità di energia rinnovabile», disciplinata dall'art. 2, comma 16, dir. 2001/2018/UE sull'uso dell'energia rinnovabile, e alla «Comunità energetica dei cittadini», introdotta dall'art. 2, comma 11, dir. 944/2019/UE sul mercato elettrico. Per un'analisi delle differenze che sussistono tra le due tipologie di Comunità, sia consentito il rinvio a T. FAVARO, *Transizione energetica e amministrazione decentrata*, in *Giustamm.it*, 2020, f. 5.

<sup>21</sup> Il richiamo è al d.lgs. n. 199/2021, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'u-

su recepimento di due direttive europee<sup>22</sup>. In particolare, quello che si intende investigare è se le nuove relazioni tra ente locale, cittadini ed enti del terzo settore sul medesimo territorio che vengono promosse dall'utilizzo delle piattaforme digitali siano tali da poter indurci a riconoscere in queste Comunità un vero e proprio strumento di gestione dei servizi pubblici locali, che va ad aggiungersi a quelli tassativamente previsti in via normativa dal d.lgs. n. 201/2022, recante il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tale declinazione dell'obiettivo di ricerca, di per sé forse non immediata, trova fondamento in quattro differenti ordini ragioni.

La prima motivazione, facilmente intuibile, deriva dalla crescente convergenza tra la transizione digitale e quella ecologica<sup>23</sup>, all'interno della quale si inserisce la disciplina delle Comunità energetiche. Tale connessione è efficacemente resa dalla locuzione "*twin transition*", ove la transizione digitale è anzitutto strumentale al conseguimento della transizione in senso ecologico. A sua volta quest'ultima, pur non esaurendosi in essa, persegue tra le proprie finalità quelle sottese al più risalente concetto di "transizione energetica", tradizionalmente intesa come «il passaggio dal dominio delle fonti fossili nei bilanci energetici mondiali alla prevalenza delle nuove risorse rinnovabili»<sup>24</sup>.

Sulla base di questa definizione potrebbe apparire poco evidente il possibile legame con le piattaforme digitali. Una rete di nodi virtuali parrebbe infatti ben diversa dal sistema a rete "fisica", centralizzata, che tipicamente connota il mercato energetico.

Tale nesso risulta invece assai più manifesto qualora si rifletta su quelli che, a nostro avviso, sono i due connotati tipici che caratterizzano l'attuale transizione energetica rispetto alle precedenti<sup>25</sup>. Il primo è presto detto,

---

so dell'energia da fonti rinnovabili», e al d.lgs. n. 210/2021, che attua la dir. 2019/944/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la dir. 2012/27/UE, nonché recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del reg. 943/2019/UE sul mercato interno dell'energia elettrica e del reg. 941/2019/UE sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la dir. 2005/89/CE.

<sup>22</sup> V. le direttive richiamate nella nota precedente.

<sup>23</sup> Per un'approfondita disamina delle molteplici sfaccettature che connotano il suddetto rapporto, si rinvia in particolare a M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Cedam, Padova, 2022; ID., *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, cit.

<sup>24</sup> A. CLÒ, *Transizione energetica tra Stato e Mercato*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La Transizione Energetica e il Winter Package. Politiche Pubbliche e Regolazione dei Mercati. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 29 settembre 2017*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 97.

<sup>25</sup> Cfr. V. SMIL, *Energy in World History*, Routledge, Abingdon, 1994 (trad. it.) *Storia*

risultando già evidente dall'espressione "transizione ecologica e digitale": stante il rapporto inscindibile che lega le due transizioni, l'*Energy Transition*, quale sub-specie della prima, è a sua volta intrecciata alla rivoluzione digitale e vede nel progresso tecnologico il proprio fattore abilitante.

Il secondo ne è una diretta conseguenza: lo sviluppo delle tecniche decentrate per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili, unito all'evoluzione delle tecnologie digitali, permette ora agli auto-consumatori di energia da fonti rinnovabili di vendere l'elettricità autoprodotta, partecipando attivamente al mercato energetico. Il consumatore di energia assume pertanto una centralità finora inusitata, potendo vendere elettricità autoprodotta anche agli altri utenti nella veste di «cliente attivo»<sup>26</sup>. Per l'appunto, il nuovo potere dell'utente finale si manifesta in particolar modo nella necessità, espressamente riconosciuta in via legislativa, di garantire la sua partecipazione aperta e volontaria alle c.d. "Comunità energetiche".

A conferma dell'innovativo ruolo assunto dai consumatori e dalle Comunità energetiche nel contesto della transizione energetica basti osservare che il PNRR italiano, nell'ambito delle misure volte a «incrementare la quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile», dedica la somma più significativa dell'investimento alla «promozione di rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo»<sup>27</sup>.

Ancor prima, la centralità del consumatore e la strumentalità della digitalizzazione rispetto ai fini della transizione energetica, che emergono ora con limpida chiarezza nel contesto del *Recovery Plan*, costituiscono le più rilevanti innovazioni introdotte dal c.d. *Clean Energy Package*<sup>28</sup> e

---

*dell'energia*, il Mulino, Bologna, 2000. In particolare, secondo l'A. l'evoluzione dell'umanità sarebbe caratterizzata da cinque transizioni energetiche.

<sup>26</sup> Cfr. M.R. MAUGERI, *Smart contracts, smart grids e smart meters: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/prosumer*, in G.D. COMPORTI-S. LUCATTINI (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain, fonti rinnovabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 13-36.

<sup>27</sup> V. p. 125 ss. del PNRR italiano. Stando al Rapporto Comunità Rinnovabili diffuso da Legambiente nel maggio del 2022, in Italia ci sono 100 comunità energetiche: quelle già effettivamente operative sono 35, quelle in fase progettuale sono 41 e altre 24 sono in via di costituzione.

<sup>28</sup> Esso è composto da otto testi normativi: dir. 2018/844/UE del 30 maggio 2018, che modifica la dir. 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la dir. 2012/27/UE sull'efficienza energetica; dir. 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; dir. 2018/2002/UE dell'11 dicembre 2018, che modifica la dir. 2012/27/UE sull'efficienza energetica; reg. 2018/1999/UE dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, che modifica le dir. 663/2009/CE e 715/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le dir. 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le dir. del Consiglio 2009/119/CE e 2015/652/UE e che

poi condivise dal *Green Deal* europeo<sup>29</sup>.

A ben vedere, questa nuova centralità dei cittadini, resa possibile dallo sviluppo delle tecnologie e recentemente riconosciuta dal legislatore europeo, traspare anche in ulteriori atti normativi non direttamente connessi al mercato dell'energia: ad esempio, il fine dichiarato dalla Commissione europea nella strategia sottesa alla recente approvazione della c.d. "bussola per il digitale 2030"<sup>30</sup> è quello di «sfruttare la digitalizzazione per determinare un cambiamento di paradigma nel modo in cui i cittadini, le pubbliche amministrazioni e le istituzioni democratiche interagiscono».

Strettamente connessa alla prima è anche la seconda motivazione che ci ha portato ad analizzare questo tema tra i vari astrattamente ascrivibili al progetto di ricerca cui è dedicato il presente Volume. Essa deriva da una circostanza per così dire "empirica", vale a dire dalla constatazione per cui, come verrà meglio approfondito *infra*, par. 3, molte delle Comunità energetiche che si stanno attualmente sviluppando si avvalgono effettivamente di piattaforme digitali.

La terza motivazione promana invece dalla percezione, da parte di chi scrive, di un'inadeguata valorizzazione negli studi ad oggi disponibili in materia – principalmente dedicati a determinare la natura giuridica delle Comunità energetiche – di quello che parrebbe anzi essere l'aspetto maggiormente innovativo connotante la disciplina delle stesse: vale a dire la possibilità, meglio richiamata *infra*, par. 5, di unire mediante un atto di diritto privato nel medesimo soggetto giuridico autorità locali ed enti territoriali insieme a utenti finali domestici, PMI, enti di ricerca e formazione, enti religiosi ed enti del terzo settore.

Questa singolare aggregazione appare destinata ad assumere una pregnanza ben maggiore qualora sia accolta la possibilità di riconoscere, nella

---

abroga il reg. 525/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; reg. 2019/941/UE del 5 giugno 2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la dir. 2005/89/CE; reg. 2019/942/UE del 5 giugno 2019 che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia; reg. 2019/943/UE del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica; dir. 2019/944/UE del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la dir 2012/27/UE. Per un approfondimento dottrinale in materia, v. in particolare: E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS-A. TRAVI (a cura di), *La Transizione Energetica e il Winter Package. Politiche Pubbliche e Regolazione dei Mercati. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 29 settembre 2017*, Wolters Kluwer, Milano, 2018; L. AMMANNATI (a cura di), *La Transizione Energetica*, Giappichelli, Torino, 2018; G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>29</sup> V. la Comunicazione della Commissione del 11 dicembre 2019, «*Il Green Deal Europeo*», COM(2019) 640 final.

<sup>30</sup> Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione del 9 marzo 2021, «*Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*», COM(2021) 118 final.

peculiarità dei servizi offerti dalle Comunità energetiche, la natura di servizio pubblico, cui è dedicato il par. 4: in questo caso, infatti, è forse possibile individuare in esse una vera e propria forma di gestione dei servizi pubblici locali, che va ad aggiungersi a quelle previste a livello normativo.

L'ultima questione che il presente lavoro si propone di indagare trae suggestione dalla necessità, recentemente riconosciuta dai Padri fondatori della regolazione cognitiva<sup>31</sup>, di promuovere la transizione ecologica mediante un approccio «*All tools on deck*»<sup>32</sup>, stante l'inefficacia dimostrata dai tradizionali strumenti di diritto dell'economia nel conseguire un obiettivo di siffatta portata.

Allora, posto che già le piattaforme digitali comunemente adottate dalle amministrazioni locali appaiono idonee ad assolvere una funzione di *nudging*, ci si chiede (*infra*, par. 6) se quelle utilizzate dalle Comunità energetiche per la gestione di servizi pubblici locali possano financo consentire un innovativo connubio tra *nudging* e tradizionali forme di intervento pubblico nell'economia, al fine di promuovere la sostenibilità ambientale a livello locale.

## 2. *Dal capitalismo estrattivo alla nuova creazione di valore: il possibile contributo delle piattaforme digitali*

È oggi diffusa l'idea che le piattaforme digitali rappresentino la massima espressione del capitalismo moderno. È il c.d. «Capitalismo di piattaforma»<sup>33</sup>, fortemente propugnato dai sostenitori dell'economia neoliberale, in quanto considerato la nuova frontiera della produzione della ricchezza. Si tratta di un modello economico che finisce per riproporre, seppur in chiave digitale, l'ormai ben noto paradigma estrattivo<sup>34</sup>, laddove le piattaforme digitali mirano unicamente all'estrazione di valore, abusando della propria posizione di dominanza. Esso rimane fortemente ancorato alle tradizionali

<sup>31</sup> R. THALER-C. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, cit.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 256.

<sup>33</sup> Cfr. N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 2016; F. PASQUALE, *Two Narratives of Platform Capitalism*, in *Yale Law & Policy Review*, vol. XXXV, 2016, f. 1, pp. 309-319.

<sup>34</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Luiss University Press, Roma, 2019; K. PIJL, *From an Extractive to a Non-Extractive Economy: Disentangling the Building Blocks of Non-Extractive Economic Practices*, in *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2022, vol. XV, f. 2, pp. 13-34.

logiche del profitto e del mercato, promuovendo l'accentramento monopolistico della proprietà teso alla massimizzazione dei profitti.

Appaiono ad oggi evidenti gli effetti potenzialmente pregiudizievoli di un'economia fondata unicamente su tale modello in termini di esasperazione delle disparità, emarginazione dei soggetti vulnerabili e tutela dei diritti fondamentali. In aggiunta, in alcuni casi (si pensi ai processi di estrazione delle terre rare) alla dissociazione tra ricadute produttive ed occupazionali si accompagna anche il c.d. "paradosso della sostenibilità", posto che l'estrazione di beni essenziali alla transizione ecologica e digitale è causa, a sua volta, di degrado ambientale.

Pertanto, l'affermarsi di tale modello ha portato alcuni autori<sup>35</sup> a interrogarsi su chi, tra Stato, Mercato e società civile, debba ritenersi responsabile del soddisfacimento dei valori pubblici in una società dominata dalle piattaforme. Questa è infatti la logica riconducibile alle *Big Tech* quali Amazon e Google che, non a caso, ha recentemente imposto al legislatore europeo di intervenire in via regolamentare.

Invero, anche le piattaforme digitali generalmente ricondotte al mito dell'economia collaborativa, come Uber e Airbnb, appaiono guidate dalla razionalità tipica dello scambio di mercato piuttosto che dalle dinamiche della reciprocità, giacché antepongono l'estrazione di valore dagli utenti alla creazione di nuova ricchezza. Eppure, le piattaforme digitali parrebbero altresì funzionali a supportare la (pur ancora embrionale) affermazione di quei fenomeni sociali e produttivi che appaiono invece fondati su un paradigma alternativo rispetto a quello estrattivo, vale a dire su processi economici rigenerativi<sup>36</sup> che intendono promuovere non solo l'inclusività<sup>37</sup>, ma anche nuove relazioni tra pubblico, privato e terzo settore nella creazione

---

<sup>35</sup> Cfr. in particolare J. VAN DIJCK-T. POELL-M. DE WAAL, *Platform Society. Valori pubblici e società connessa*, edizione italiana a cura di G. BOCCIA ARTIERI-A. MARINELLI, Guerini Scientifica, Milano, 2019.

<sup>36</sup> Tra i molteplici esempi di piattaforme digitali che si possono richiamare in tal senso, si ricorda "Too Good To Go", ormai molto diffusa anche in Italia, che si propone di ridurre lo spreco alimentare, mettendo in contatto i ristoranti e i negozi con gli utenti che possono acquistare i prodotti invenduti a prezzi scontati. In questo modo, la piattaforma riduce lo spreco di cibo e favorisce la sostenibilità ambientale.

<sup>37</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla piattaforma digitale "Fairmondo" per la compravendita di beni e servizi, che promuove un'economia circolare e rigenerativa. La piattaforma si basa su un modello cooperativo che garantisce una distribuzione più equa del valore generato, favorendo l'inclusione di tutti i partecipanti. Ancora, può citarsi la piattaforma "Coliving", atta a consentire la condivisione degli spazi abitativi tra persone con valori e interessi simili, nell'ottica di incentivare la creazione di comunità inclusive e rigenerative. La piattaforma consente infatti ai partecipanti di condividere spazi e risorse, riducendo i costi e favorendo la creazione di legami sociali.

e distribuzione di valore<sup>38</sup>, nel rispetto di un'economia sociale di mercato che miri anzitutto a garantire la solidarietà intergenerazionale<sup>39</sup>. È in questo frangente che si stanno sviluppando molteplici contributi riconducibili alla c.d. *New Economy*<sup>40</sup>, volti a sostenere i valori dell'economia circolare e più in generale della rigenerazione<sup>41</sup>.

Mentre sfuma il tradizionale confine della produzione volto ad includere le attività produttive di valore nell'economia<sup>42</sup>, è il concetto stesso di creazione del valore che si disancora sempre più dall'archetipo estrattivo<sup>43</sup>. L'i-

---

<sup>38</sup> Tra gli esempi italiani a nostro avviso maggiormente significativi rientra la piattaforma digitale "Co-Bologna", frutto di un patto di collaborazione aperto tra la Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna e l'omonimo Comune, che promuove la rigenerazione urbana attraverso la collaborazione tra pubblico, privato e terzo settore, consentendo ai cittadini di partecipare attivamente alla definizione delle politiche urbane, favorendo la creazione di valore condiviso e la riduzione dell'impatto ambientale. Più nello specifico, essa nasce per supportare gli sforzi dell'amministrazione e/o delle comunità locali nell'implementazione degli aspetti più complessi o sperimentali del c.d. "Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani" adottato dal Comune di Bologna nel 2014, anche al fine di far emergere la collaborazione civica come principio di disegno di altre politiche pubbliche locali (*in primis* le politiche abitative).

<sup>39</sup> Per una possibile rilettura del modello di economia sociale di mercato in senso antropocentrico anche grazie allo sviluppo delle tecnologie digitali, sia concesso il rinvio a T. FAVARO, *Stato, mercato, consumatore di energia: blockchain e nuove funzioni regolatorie*, in E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Blockchain, mercato e circolazione della ricchezza*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 189-213, ove si è sostenuto che «il richiamo alla dimensione "sociale" si presta oggi a una lettura ben più estensiva rispetto a quella tradizionalmente riconosciuta dalla dottrina: il riferimento non è unicamente alla *tipologia delle finalità* che debbono essere perseguite, ma, ancor prima, *alla modalità di intervento nell'economia*, che deve privilegiare e anteporre, rispetto all'azione della pubblica autorità, quella della società civile».

<sup>40</sup> Cfr. in particolare K. RAWORTH, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*, Green Publishing, Chelsea, 2017; I. FEICHTNER-G. GORDON, *Constitutions of Value: Law, Governance, and Political Ecology*, Routledge, London, 2023; L. BRAND-CORREA ET AL., *Economics for people and planet – moving beyond the neoclassical paradigm*, in *The Lancet Planetary Health*, 2022, vol. VI, f. 4, pp. 371-379; P. BROWN-G. GARVER, *Right Relationship: Building a Whole Earth Economy*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2009.

<sup>41</sup> Per una trattazione più approfondita di tali aspetti si rinvia a K. PIJL, *op. cit.*

<sup>42</sup> Per una discussione sul confine della produzione si rinvia a H.H. BOSS, *Theories of Surplus and Transfer: Parasites and Producers in Economic Thought*, Unwin Hyman, Boston, 1990; D. COYLE, *GDP: A Brief but Affectionate History*, University Press, Princeton, 2014, pp. 37-39.

<sup>43</sup> Per un'efficace ricostruzione dell'evoluzione del concetto di valore e del suo legame con il confine della produzione nel pensiero economico si rinvia a M. MAZZUCATO, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, Editori Laterza, Bari-

dea è allora quella di «(ri)disegnare “processi”»<sup>44</sup>, creando nuove relazioni.

Questo passaggio dal modello estrattivo a quello rigenerativo è reso particolarmente urgente dalla necessità di contrastare il cambiamento climatico<sup>45</sup> e assume pertanto una peculiare rilevanza nel contesto della “transizione ecologica”, laddove l’attuale struttura di potere accentrato sembra opporsi alla realizzazione di quelle trasformazioni in chiave ambientale che richiedono invece un «decentramento del potere a favore di piccole comunità in armonia con le leggi dell’ecologia»<sup>46</sup>.

La transizione ecologica impone infatti una «creazione collettiva di valore pubblico»<sup>47</sup>, ove «per “pubblico” non si intende che il governo sia l’unico attore a creare valore, ma piuttosto che il valore venga creato collettivamente da diversi attori e per la Comunità nel suo insieme, nell’interesse pubblico»<sup>48</sup>.

Si attesta pertanto la necessità di rinvenire nuovi modelli flessibili volti a traguardare i fini sottesi alla transizione ecologica che, per sua intrinseca natura, impone la valorizzazione della dimensione locale.

Da qui deriva allora l’esigenza di sfruttare ogni mezzo, compresi quelli offerti dallo sviluppo delle nuove tecnologie, al fine di ravvicinare le forme tipiche dell’intervento pubblico alle più recenti manifestazioni di innovazione sociale.

---

Roma, 2022. Infatti, come sostiene l’Autrice (p. 42 dell’edizione digitale), «Il valore non è qualcosa di determinato, inequivocabilmente all’interno o all’esterno della produzione; esso viene modellato e creato».

<sup>44</sup> Richiamando uno degli obiettivi del Progetto di Ricerca entro cui si inserisce il presente contributo.

<sup>45</sup> Per un approfondimento bibliografico sul tema, si rinvia in particolare a N. KLEIN, *This Changes Everything – Capitalism vs. The Climate*, Simon & Schuster, New York, 2014; J. GOWDY, *The approach of ecological economics*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2005, vol. XXIX, f. 2, pp. 207-222; L. GIBBONS, *Regenerative Development as an Integrative Paradigm and Methodology for Landscape Sustainability*, in *Sustainability*, 2018, vol. X, f. 6, p. 1910 ss.; ID., *Regenerative – The New Sustainable?*, in *Sustainability*, 2020, vol. XII, f. 13, p. 5483 ss.

<sup>46</sup> Come evidenziato da F. CAPRA-U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017, p. 233.

<sup>47</sup> M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2021, con particolare riferimento a p. 102 ss. della versione digitale.

<sup>48</sup> *Ibidem*. In particolare, secondo l’A., «solo riorientando la nostra economia – mettendo i concetti di bene comune e di valore pubblico al centro della produzione, della distribuzione e del consumo – potremo plasmare e co-creare l’economia al fine di produrre una società più inclusiva e sostenibile».

### 3. Piattaforme digitali per lo sviluppo di Comunità energetiche

L'affermazione del paradigma economico rigenerativo sembra attestarsi con particolare vigore nello sviluppo delle Comunità energetiche, di recente istituzione. In esse è infatti anzitutto ravvisabile il canone della reciprocità e della solidarietà intergenerazionale, dal momento che la nuova tipologia di Comunità mira a «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera<sup>49</sup>, piuttosto che profitti finanziari». A ben vedere, tali connotati sono facilmente riscontrabili anche nella disciplina delle Comunità energetiche contenuta nelle leggi regionali emanate precedentemente all'approvazione dei già richiamati decreti legislativi di recepimento delle direttive europee<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Come già rilevato in T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, cit., p. 135, «Ci sembra (...) che l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva, che scinde i benefici degli azionisti o membri della comunità dalle aree locali in cui la stessa opera, stia ad enfatizzare la possibilità di perseguire, attraverso lo strumento della Comunità energetica, finalità pure in contrasto rispetto all'interesse dei soci, ma superiori perché poste a beneficio dell'intera area locale di riferimento, che può travalicare anche i confini amministrativi».

<sup>50</sup> Si fa riferimento in particolare alla l.r. Piemonte n. 12/2018, «Promozione dell'istituzione delle Comunità Energetiche»; l.r. Puglia n. 45/2019, «Promozione dell'istituzione delle comunità energetiche» (a tal proposito, si veda anche la deliberazione della Giunta regionale del n. 1346/2020, contenente le Linee Guida attuative); l.r. Calabria n. 25/2020, «Promozione dell'istituzione delle comunità energetiche da fonti rinnovabili»; l.r. Campania n. 38/2020, «Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione finanziario per il triennio 2021-2023 della Regione Campania – Legge di stabilità regionale per il 2021», che all'art. 20 disciplina gli «Indirizzi regionali per la costituzione delle Comunità energetiche in Campania»; l.r. Lazio n. 1/2020, recante «Misure per lo sviluppo economico, attrattività degli investimenti e semplificazione», che all'art. 10 prevede la costituzione di comunità energetiche senza fini di lucro per superare l'uso del petrolio e dei suoi derivati e «favorire la produzione, lo scambio e l'autoconsumo di energia prodotta principalmente da fonti rinnovabili, sperimentare e promuovere nuove forme di efficienza energetica e riduzione dei consumi energetici nonché promuovere l'educazione e la consapevolezza energetica dei cittadini»; l.r. Liguria n. 13/2020, dedicata alla «Promozione dell'istituzione delle comunità energetiche»; l.r. Marche n. 10/2021, recante «Interventi regionali di promozione e sostegno dell'istituzione dei gruppi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili e delle comunità energetiche rinnovabili». Tali interventi normativi appaiono assai significativi, in quanto manifestano il tentativo di un recupero, da parte delle Regioni, della propria funzione normativa in materia di energia, che – sebbene riconosciuta dalla Carta Costituzionale – appare di fatto depotenziata dai limiti imposti dalla competenza nazionale ed europea: per un approfondimento in dottrina si rinvia a F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; B. CARAVITA, «Taking Constitution seriously». *Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*; A. COLAVECCHIO, *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella*

Ben evidente è pure il fine dell'inclusività, posto che la partecipazione alle suddette Comunità è aperta a tutti i consumatori, essendovi espressamente ricompresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili<sup>51</sup>.

Quanto invece alla creazione di innovative relazioni tra pubblico, privato e società civile, vale la pena ricordare la possibile compartecipazione alle Comunità energetiche di enti territoriali e autorità locali su di un piano paritario rispetto ai cittadini, alle imprese private e agli enti *non profit*<sup>52</sup>.

Peculiari sono inoltre le finalità perseguite. Esse, infatti, hanno quale scopo non soltanto l'autoproduzione e condivisione dell'energia prodotta dai propri impianti FER, ma possono erogare anche servizi ulteriori rispetto alla vendita al dettaglio di energia elettrica, essendo pure abilitate a promuovere interventi integrati di domotica e di efficienza energetica, nonché ad offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici o servizi ancillari e di flessibilità (della domanda e della produzione) ai propri membri<sup>53</sup>.

Inoltre, e in maniera ancor più significativa, tra i loro obiettivi vi è quello di contribuire a contrastare la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi e delle tariffe di fornitura<sup>54</sup>.

È allora evidente che le finalità perseguite dalle Comunità energetiche di nuova istituzione si discostano almeno in parte da quelle che orientano le cooperative e i consorzi storici che il nostro ordinamento ammette ormai da molti anni<sup>55</sup>. Esse non vengono create per supplire alla mancanza del

---

materia "energia", in D. FLORENZANO-S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e regioni*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009; S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Federalismi.it*; J. DI GESÙ, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia dal primo regionalismo alla clausola di asimmetria*, in *Italian Papers of Federalism*, 2020, f. 2, pp. 1-18.

<sup>51</sup> V. art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021.

<sup>52</sup> Come riconosciuto dall'art. 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021 e dall'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 210/2021.

<sup>53</sup> V. art. 31, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 199/2021.

<sup>54</sup> V. Considerando n. 67 della dir. 2018/2001/UE. Per un approfondimento in materia di povertà energetica si rinvia in particolare a L. AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. AMMANNATI (a cura di), *La Transizione Energetica*, Torino, Giappichelli, 2018; ID., *Governing the Energy market between universal access to Energy and sustainable development*, in *Federalismi.it*, 2016, f. 14; P. RANCI-M. LEONARDI-L. SUSANI, *Poveri d'energia*, il Mulino, Bologna, 2016; M. MANDELLI, *La povertà energetica in Italia: una sfida eco-sociale*, in *Il Mulino*, 2019, f. 5, pp. 747-754. Per un'analisi degli strumenti giuridici volti al contrasto alla povertà si rinvia invece a C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

<sup>55</sup> Per un approfondimento delle differenze tra le Comunità energetiche attualmente riconosciute dal *Clean Energy Package* e le cooperative storiche disciplinate dal c.d. "TICOOP" sia concesso il rinvio a T. FAVARO, *Pubblico, Privato, Collettivo: la transizione*

servizio di distribuzione dell'elettricità nelle aree remote e rurali, come è accaduto per l'appunto nel caso dei loro precursori; le nuove Comunità rappresentano invece un innovativo punto di incontro tra privato, società civile ed ente amministrativo locale, in un'ottica non solo complementare – anziché sostitutiva – rispetto agli operatori tradizionali, ma anche al fine di fornire servizi innovativi. Le Comunità energetiche mirano dunque anzitutto a realizzare un fine di interesse generale, in contrapposizione a quell'interesse meramente collettivo spesso conseguito dalle più tradizionali cooperative elettriche: ciò si evince anche dalla possibile presenza del soggetto pubblico tra i membri della Comunità.

In effetti, sotto un profilo funzionale le Comunità energetiche operano a favore di cittadini insediati in un territorio ben definito, tendenzialmente (se non esclusivamente) coincidente con quello comunale. Inoltre, la base sociale e alcuni dei fini conseguiti – si pensi alla valorizzazione della partecipazione dei cittadini e, più in generale, della dimensione locale nella produzione e nel consumo di energia rinnovabile, o al contrasto della povertà energetica – si sovrappongono alle finalità istituzionali degli enti pubblici locali che esercitano la sovranità su quel territorio, per cui appare necessario un coordinamento con il governo amministrativo locale, soprattutto nei Comuni di minori dimensioni. Del resto, proprio nelle piccole realtà il connubio tra enti locali e Comunità energetiche sembra idoneo a produrre i più significativi risultati in termini di sviluppo socio-economico e ambientale.

Inserendosi in tale contesto normativo, la piattaforma digitale sembra allora in grado di manifestare tutto il proprio potenziale: essa pare infatti

---

*ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, f. 1, pp. 105-121. In particolare, come osservato in tale sede, il c.d. "TICOOP" preclude la possibilità alle cc.dd. "nuove cooperative" di disporre della rete di distribuzione, essendo la stessa soggetta ad un regime di riserva. Ci sembra allora che l'art. 7, comma 14, d.lgs. 199/2021 introduca una significativa innovazione nel prevedere la possibile «gestione della rete di distribuzione da parte della comunità, previa autorizzazione del Ministero della transizione ecologica» mediante la stipula di una «convenzione di sub-concessione tra l'impresa di distribuzione concessionaria della rete impiegata dalla comunità e la comunità stessa». Si prevede inoltre che «le reti di distribuzione gestite dalle comunità energetiche dei cittadini sono considerate reti pubbliche di distribuzione con obbligo di connessione dei terzi, indipendentemente dalla proprietà della rete». Vengono così imposti degli obblighi di servizio pubblico in capo alla Comunità che, «in qualità di sub-concessionario della rete elettrica utilizzata, è tenuta all'osservanza degli stessi obblighi e delle stesse condizioni previsti dalla legge per il soggetto concessionario». Ci pare che tale innovazione sia dotata di particolare rilevanza anche in una prospettiva *de iure condendo*, considerato che, tra pochi anni, prenderà avvio una stagione di nuove gare per le concessioni ex art. 9, comma 2, d.lgs. n. 79/1999. Ci si chiede allora se, in quell'occasione di riallocazione delle concessioni, non sia forse il caso di prevedere un esplicito *favor* normativo alla gestione delle reti di distribuzione da parte delle Comunità energetiche locali, considerate le finalità di interesse generale perseguite dalle stesse senza fini di lucro.

idonea a divenire uno strumento atto a favorire gli scambi tra pari di energia non solo tra singoli consumatori, ma anche nelle loro interazioni con l'ente amministrativo locale, al fine di garantire la provenienza dell'energia da quello specifico territorio il cui sviluppo sociale, ambientale ed economico la Comunità energetica locale mira ad incentivare, sotto il controllo dell'autorità.

Tali considerazioni non assumono una portata meramente teorica, poiché è già possibile rinvenire alcune prime ipotesi applicative concrete anche nell'esperienza italiana.

In particolare, a seguito dell'approvazione della l.r. Emilia-Romagna n. 5/2022, volta alla promozione e al sostegno delle comunità energetiche rinnovabili e degli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente, nel dicembre 2022 a Calderara di Reno è stata creata la "Comune Calderara Circular Community", che vede coinvolta l'amministrazione comunale. Enel X, partner tecnologico del progetto, oltre a garantire la gestione tecnica ed economica ha fornito una piattaforma digitale che, tramite *app* e *report* periodici, è volta a consentire all'amministrazione locale di monitorare costantemente e in tempo reale i dati sulla produzione e sul consumo e di dividerli, ottenendo così incentivi statali da redistribuire a vantaggio di tutti gli iscritti alla Comunità energetica, portando concreti benefici non solo ambientali, ma anche economici<sup>56</sup>. È stata quindi prevista l'adesione, a seguito di avviso pubblico<sup>57</sup>, dei cittadini: senza cambiare fornitore, essi possono beneficiare dei contributi economici provenienti da tali Comunità.

Al contempo, nel medesimo Comune è stato istituito<sup>58</sup> un fondo Comunale ("Energia Green Casa") finalizzato a concedere contributi a fondo perduto ai cittadini che intendano installare un impianto fotovoltaico nella propria abitazione con un meccanismo di *bonus* che di fatto copre il 100% dei costi sostenuti: il 50% attraverso lo sconto in fattura, il restante 50% tramite contributo per impianti fino alla soglia dei 5.000 euro. L'obiettivo è quello di diffondere il fotovoltaico tra i privati, che potranno così entrare

---

<sup>56</sup> Nella specie, i nuovi impianti verranno installati nell'area nuova della sede comunale, sulla scuola dell'infanzia di Lippo e sulla scuola primaria Longara. Si prevede che, annualmente, la comunità energetica sarà in grado di produrre circa 100.000 kWh di energia solare, con una riduzione di 50 tonnellate di emissioni di CO<sub>2</sub>, pari all'assorbimento di oltre 2.500 alberi. In questo modo, l'Amministrazione comunale potrà condividere virtualmente i propri consumi d'energia, ottenendo incentivi statali da redistribuire a vantaggio di tutti gli iscritti e riducendo significativamente le proprie emissioni di gas serra, con benefici economici e vantaggi ambientali per l'intero territorio.

<sup>57</sup> Disponibile al link: <https://www.comune.calderaradireno.bo.it/news/in-primopiano/primopiano/avviso.pdf>.

<sup>58</sup> Con la delibera di Giunta comunale n. 97/2022.

a far parte della CER non come semplici beneficiari degli indennizzi ma altresì inserendo i propri impianti nel circolo della Comunità energetica e amplificando in questo modo la portata della stessa.

Un altro esempio significativo è rappresentato dalla Comunità energetica nata dalla collaborazione tra il Comune e la *digital energy company* Sorgenia nel febbraio 2022 a Turano Lodigiano, un piccolo Comune di appena 1.500 abitanti situato in Lombardia. La Comunità energetica, che coinvolge anche 23 famiglie e la parrocchia, è gestita da una piattaforma digitale, a cui sono collegati gli *smart meters*, così da registrare in tempo reale i dati di produzione e di consumo. Grazie ai dati raccolti è possibile calcolare indicatori di sostenibilità ambientale, dalle emissioni di Co2 evitate al numero di alberi equivalenti piantati. In particolare, i dati di produzione dell'energia rinnovabile e gli autoconsumi vengono certificati per mezzo della tecnologia *blockchain*<sup>59</sup> e gli utenti vengono invitati, tramite meccanismi di *gaming*, ad adottare comportamenti di consumo sempre più consapevoli.

In queste prime esperienze appare allora già evidente il tentativo, operato dall'amministrazione comunale, di combinare ai tradizionali incentivi economici – come per l'appunto i contributi a fondo perduto volti a promuovere l'installazione di impianti fotovoltaici – più innovative forme di *nudging*, quali l'utilizzo di piattaforme digitali per ridurre l'asimmetria informativa e meccanismi di *gaming*<sup>60</sup> per incentivare e coinvolgere i partecipanti all'interno della Comunità energetica, incoraggiando comportamenti energetici sostenibili.

Più in generale, il recupero della territorialità, le pratiche rigenerative e le nuove relazioni tra diversi soggetti si manifestano pure nella crescente diffusione di sistemi energetici locali che favoriscono l'installazione di numerosi impianti di piccola potenza, siti in prossimità del punto di consumo dell'energia stessa, consentendo ai *prosumers* di vendere l'energia autoprodotta mediante collegamenti c.d. *Vehicle To Grid*, e dunque tramite l'integrazione tra veicoli elettrici e rete energetica operata per mezzo di *smart grids*<sup>61</sup>, che

<sup>59</sup> Per un approfondimento del possibile utilizzo della tecnologia *blockchain* in tal senso, sia consentito il rinvio a T. FAVARO, *Può la tecnologia regolare? Blockchain e «scambio tra pari» di energia rinnovabile*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2019, f. 2, pp. 294-318.

<sup>60</sup> In via generale, tali meccanismi potrebbero includere sistemi di premi, competizioni, punteggi o sfide tra i membri della comunità per stimolare la riduzione dei consumi energetici, l'autoconsumo di energia rinnovabile o la partecipazione attiva nella gestione energetica.

<sup>61</sup> Per un approfondimento in dottrina del concetto di "*smart grid*", cfr. in particolare F. GIGLIONI, *La "domanda" di amministrazione delle reti intelligenti*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, f. 4, p. 1049 ss.; ID., *La sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica. Il caso delle 'smart grid'*, in *Munus*, 2013, f. 3, p. 463 ss.

è ora normativamente ammessa dal nostro ordinamento<sup>62</sup>.

È ormai noto che le reti possono essere fisiche, virtuali e istituzionali<sup>63</sup> e che le prime possono dar luogo alle seconde<sup>64</sup>. Nel contesto fin qui delineato, ci sembra che, in una sorta di inversione causa-effetto, le reti virtuali – e dunque i nuovi intrecci che si vengono a creare nel contesto digitale – diano vita anzitutto a nuove reti fisiche, infrastrutture alternative rispetto alla rete centralizzata, ove l'individuo, nell'immettere l'energia rinnovabile autoprodotta, assume una personale responsabilità nella visione globale di un mondo maggiormente sostenibile.

V'è di più: dalle reti virtuali sembrano ora scaturire pure nuove "reti istituzionali" dacché il collegamento consente innovative forme di cooperazione ente pubblico-società civile volte al conseguimento di fini etici.

È allora questo il vero obiettivo che dovrebbe guidare il legislatore: a lui spetta l'arduo compito di incentivare tali nuove possibilità di relazioni, dando così origine a pratiche virtuose che portino i diversi soggetti che insistono nel medesimo territorio ad utilizzare la tecnologia per prendersi la propria parte di responsabilità nello sviluppo socioeconomico a livello locale.

#### 4. *L'energia sostenibile da merce a servizio pubblico*

Ci sembra che la progressiva diffusione delle Comunità energetiche imponga anche un profondo ripensamento della qualificazione giuridica da riconoscere all'energia, oggi notoriamente intesa come merce. L'attribuzione di tale natura, ben radicata nel nostro ordinamento da tempi ormai risalenti<sup>65</sup>, è stata conferita per la prima volta a livello europeo dalla celebre sentenza *Costa contro Enel*<sup>66</sup>, all'esito di un acceso dibattito giurisprudenziale

---

<sup>62</sup> V. il decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 30 gennaio 2020, recante «Criteri e modalità per favorire la diffusione della tecnologia di integrazione tra i veicoli elettrici e la rete elettrica, denominata *vehicle to grid*», entrato in vigore il 15 febbraio 2020, nonché la deliberazione dell'ARERA 541/2020/R/EEL del 15 dicembre 2020.

<sup>63</sup> Si richiama in tal senso F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008, p. 8 ss.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> L'energia elettrica ha infatti assunto la natura giuridica di "bene mobile" già nel codice penale del 1930, natura riconosciuta pacificamente anche nella giurisprudenza amministrativa. All'interno del codice civile, l'energia è disciplinata dall'art. 814 c.c., ai sensi del quale «Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico».

<sup>66</sup> Corte giust. UE, 15 luglio 1964, causa C-6/64. In particolare, tale sentenza ha fatto rientrare l'energia elettrica nel campo di applicazione dell'(allora) art. 37 del Trattato CEE

che vedeva contrapposte le ragioni di chi richiedeva l'applicazione delle regole in materia di libera circolazione delle merci rispetto a chi avrebbe invece voluto sottoporla a un regime di concorrenza molto meno rigoroso<sup>67</sup>.

Questa qualificazione ha poi trovato piena consacrazione nel processo di liberalizzazione del mercato energetico, che è stato volto a sostituire la titolarità e la gestione pubblica, diretta o indiretta, di attività economiche in forma di servizio pubblico con libere attività d'impresa rimesse al mercato concorrenziale<sup>68</sup>. Il crescente riconoscimento di spazi di libertà a favore dei privati ha comportato, in via speculare, il necessario dovere di arretramento della sfera pubblica comunale<sup>69</sup>, confermato anche dal testo unico in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica recentemente approvato<sup>70</sup>.

Una dimostrazione in tal senso pare rinvenibile anche nel PNRR che, pur riconoscendo il ruolo fondamentale del servizio pubblico locale nel raggiungimento degli obiettivi di coesione, inclusione, innovazione, e sostenibilità – funzionali al contrasto delle fragilità che alimentano disuguaglianze e povertà –, porta l'intervento pubblico a retrocedere dalla gestione diretta delle attività in favore del mercato regolato e della concorrenza<sup>71</sup>.

Il Comune, originario detentore del potere di determinazione e diretta

---

(oggi art. 31 del Trattato CE). L'espressa qualificazione dell'energia elettrica come merce è stata confermata anche da successive sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: v., ad esempio, Corte giust. UE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo*, punto 28; Corte giust. UE, 23 aprile 1997, causa C-158/94, *Commissione vs. Italia*, punto 17.

<sup>67</sup> In particolare, «Le ragioni del dibattito derivavano dai differenti risvolti applicativi che l'una (bene) o l'altra (servizio) delle definizioni comportava, relativamente alla libera circolazione dell'energia. La parificazione dell'energia ad un bene mobile comportava l'applicazione ad essa delle regole in materia di libera circolazione delle merci, ossia mercato unico e privo di frontiere. Diversamente, l'energia, intesa come servizio, sarebbe stata soggetta ad un regime di concorrenza molto meno rigoroso»: cfr. M. MAROTTA, *L'energia: normativa di settore nel panorama internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 2.

<sup>68</sup> Sul punto, cfr. N. AICARDI, *Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2019, f. 2, pp. 225-244.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Infatti, l'art. 35 d.lgs. n. 201/2022, rubricato «Disposizioni di coordinamento in materia di servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale», prevede che «Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale, i quali restano disciplinati dalle rispettive disposizioni di settore attuative del diritto dell'Unione europea».

<sup>71</sup> In tal senso si esprime M. DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 607-618.

assunzione del servizio pubblico locale, vede oggi le proprie tradizionali funzioni spodestate su più fronti. Oltre alle predette leggi settoriali di liberalizzazione, a spingere in tal senso è anche la crescente definizione di ambiti territoriali di riferimento più vasti della dimensione comunale, nonché il crescente ruolo di ausilio tecnico esercitato dal governo e dalle sue strutture<sup>72</sup>.

In questo contesto, proprio le Comunità energetiche sembrano rappresentare una preziosa occasione per il recupero, da parte del Comune, di una funzione centrale. L'energia, nella sua forma rinnovabile, da mera merce pare infatti suscettibile di trasformarsi progressivamente in un servizio pubblico, a causa della sua acquisita idoneità a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Del resto, in aggiunta alle ipotesi già richiamate *supra*, par. 3, vi sono sempre più frequenti casi in cui la Comunità energetica viene istituita per volontà dell'amministrazione comunale, che ne apre poi la partecipazione ai cittadini, alle imprese e agli enti del terzo settore<sup>73</sup>.

Sul piano dottrinale, ci sembra allora che questa innovazione sociale nella gestione dei servizi pubblici locali possa al contempo offrire una "terza via" rispetto alle tradizionali nozioni soggettiva ed oggettiva, che potremmo chiamare "soggettivo-collettiva".

È infatti noto che, pur essendo ad oggi prevalente la c.d. «nozione oggettiva» di servizio pubblico, ad essa viene tuttora contrapposta in dottrina anche la concezione «soggettiva»<sup>74</sup>, volta a valorizzare il ruolo pro-attivo del soggetto pubblico nell'assunzione di un'attività come servizio essenziale.

Ebbene, la Comunità energetica, il cui connotato peculiare consiste proprio nel concretizzare un'innovativa forma di collaborazione tra pubblico, privato e società civile, chiamati a una co-creazione di valore nell'economia «al fine di produrre una società più inclusiva e sostenibile»<sup>75</sup>, sembra rappresentare l'occasione per ricercare un nuovo punto di equilibrio tra

---

<sup>72</sup> ID., voce *Servizi Pubblici locali*, in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 1113.

<sup>73</sup> Un esempio è rappresentato dal Comune di Basiglio, della Città Metropolitana di Milano: nel 2022 l'amministrazione comunale ha istituito una Comunità energetica volta a consentire ai propri associati di poter beneficiare di contributi economici aggiuntivi rispetto a quelli già ottenuti in base alla capacità di tutti i partecipanti di ottimizzare il proprio utilizzo di energia sulla base dei livelli di produzione degli impianti fotovoltaici.

<sup>74</sup> Cfr. *ex multis* E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Cedam, Padova, 2003; cfr. inoltre R. VILLATA-S. VALAGUZZA, *I pubblici servizi*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 5 ss., per una ricca ricostruzione bibliografica delle ragioni sottese all'elaborazione della nozione oggettiva e soggettiva di servizio pubblico.

<sup>75</sup> M. MAZZUCATO, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, cit., p. 12.

le due contrapposte nozioni, per l'appunto ascrivibile ad una concezione "sogettivo-collettiva", che valorizzi la necessità di rendere un servizio non solo *per* il pubblico, ma anche *attraverso* il pubblico, sotto la sapiente guida dell'ente locale.

### 5. *Comunità energetiche e nuove forme di gestione dei servizi pubblici locali*

A ben vedere, è la stessa interpretazione operata nei confronti del principio di sussidiarietà orizzontale ad aver, fino ad oggi, implicato una vera e propria sottrazione ai Comuni della funzione di organizzazione dei servizi pubblici da esse contemplati<sup>76</sup>.

A tal proposito, la letteratura costituzionalistica<sup>77</sup> ci ricorda che la scelta, operata dal legislatore nazionale, di rendere recessiva la gestione amministrativa rispetto al ricorso al mercato nei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non deriva unicamente dall'adozione di un orientamento politico-economico volto a favorire la privatizzazione, ma trova la sua più profonda *raison d'être* per l'appunto nel principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, che definisce l'impegno posto a capo di tutti gli enti territoriali a favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». Pertanto, il nucleo caratterizzante lo stesso principio di sussidiarietà andrebbe rintracciato nella volontà di promuovere l'autonoma iniziativa dei cittadini, nel senso di preferire – a parità di condizioni – lo svolgimento dei servizi pubblici locali da parte dei privati.

Come recentemente evidenziato da autorevole dottrina<sup>78</sup>, nell'attuale legislazione in materia di servizi pubblici, anche locali, il principio di sussidiarietà orizzontale ha trovato espressione sia nella sua accezione "astensionista" – tradottasi nel riconoscimento prioritario di spazi di libertà di iniziativa privata e l'imposizione di corrispondenti doveri di arretramento

<sup>76</sup> N. AICARDI, *op. cit.*

<sup>77</sup> A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento «in house», nota a Corte cost. n. 439/2008*, in *Giur. cost.*, 2008, f. 6, pp. 5009-5012. Per una recente ricostruzione del pensiero dell'A., si rinvia in particolare a M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Federalismi.it*, 2013, f. 21; G. TAGLIANETTI, *La gestione dei servizi pubblici locali nell'ordinamento spagnolo tra «assunzione» e «(ri)municipalizzazione»*, in *Rivista AIC*, 2019, f. 2, pp. 116-137.

<sup>78</sup> *Ibidem.*

della pubblica amministrazione da interventi diretti o, quanto meno, in esclusiva – sia nella sua accezione “sinergica”, con la previsione di forme di coinvolgimento gestionale, spesso obbligatorio, dei privati. Nella seconda accezione, la sussidiarietà orizzontale attiene dunque al momento dell’individuazione della forma di gestione dei servizi pubblici già assunti, allorché la legge ne preveda (o imponga) l’affidamento a operatori terzi rispetto all’ente affidante. In questo caso, la titolarità pubblica della funzione di organizzazione del servizio non viene meno, ma può risultare eliminata, o quanto meno condizionata, la facoltà di autoproduzione del servizio stesso<sup>79</sup>.

Ebbene, se fino ad oggi il principio di sussidiarietà orizzontale è stato interpretato nel senso di legittimare la privatizzazione dei servizi pubblici locali, alla luce del rinnovato contesto ci sembra possibile offrire una nuova interpretazione dello stesso, che ci pare anche maggiormente aderente al dettato costituzionale. In altri termini, posto che l’autonoma iniziativa del cittadino va incentivata per lo svolgimento di attività di interesse generale, il luogo maggiormente idoneo alla sua manifestazione è la Comunità, intesa quale soggetto giuridico cui il cittadino partecipa insieme all’amministrazione locale: come abbiamo già rilevato<sup>80</sup>, infatti, è la necessaria compresenza dell’organo di livello locale a tale forma di organizzazione comunitaria che eleva il mero interesse collettivo a interesse generale.

Ecco allora che il ritorno alla gestione e al controllo pubblico non rappresenta una mera reviviscenza della municipalizzazione Giolittiana. La gestione amministrativa non è un fine a sé, poiché l’obiettivo non è il semplice ritorno all’intervento diretto nell’economia, tipico del modello dirigista: è una visione democratica, in una nuova fusione tra gli istituti di democrazia diretta, partecipativa e rappresentativa, in cui il servizio pubblico è un servizio offerto non solo *ai* cittadini ma anche *dai* cittadini. Si tratta dunque di un nuovo sistema, che permette di rivendicare il controllo democratico lentamente eroso dalla privatizzazione.

La riappropriazione, da parte dell’ente locale, dell’autonomia in materia di definizione e gestione dei servizi pubblici rappresenta perciò il momento per dare vita a nuove forme di proprietà partecipata, volte al reale conseguimento del bene comune e in cui il concetto di servizio pubblico include non solo lo Stato-Apparato ma anche lo Stato-Comunità<sup>81</sup>.

Ciò posto, quale forma giuridica può concretamente assumere questa riappropriazione?

Ad oggi, la definizione delle forme di gestione dei servizi pubblici locali

---

<sup>79</sup> *Ibidem.*

<sup>80</sup> *V. supra*, par. 3.

<sup>81</sup> In questo senso si esprime F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2017, p. 387.

a rilevanza economica è sottoposta ad una duplice tensione, che traspare in maniera evidente anche dall'analisi del d.lgs. n. 201/2022. Da un lato, esso conferma la primazia del ricorso al mercato rispetto all'affidamento diretto<sup>82</sup>, così traducendo in dettato normativo il prodotto, pur non imposto dal diritto europeo<sup>83</sup>, della più recente elaborazione giurisprudenziale italiana<sup>84</sup>. Dall'altro, cristallizza il principio di sussidiarietà<sup>85</sup> e partecipa-

<sup>82</sup> V. a tal proposito l'art. 13 d.lgs. n. 201/2022, volto a disciplinare le «Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi». Stando alla norma, «L'attribuzione di diritti speciali o esclusivi è ammessa, in conformità al diritto dell'Unione europea, solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica. L'ente locale dà conto dell'analisi e della valutazione circa la necessità di attribuire diritti speciali o esclusivi nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5». V. inoltre gli artt. 14, 15, 16 d.lgs. n. 201/2022.

<sup>83</sup> Il riferimento è in particolare alla sentenza della Corte giust. UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19, con cui si è chiarito che la disciplina comunitaria in tema di affidamento *in house* si limita a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, così consentendo di non applicare le regole dell'evidenza pubblica, ma ciò non pregiudica la libertà degli Stati membri di liberamente decidere, nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato, il modo migliore di gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, anche favorendo una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a evidenza pubblica a scapito di altre (per l'appunto, *l'in house*). Pertanto, come successivamente chiarito anche dalla Corte costituzionale con sentenza n. 100/2020, la scelta, fatta propria dall'ordinamento italiano, di adottare una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. –, ma neppure si pone in contrasto con la normativa comunitaria.

<sup>84</sup> V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023. In tale sentenza si riconosce che la legittimità del ricorso al modello di gestione *in house* dei servizi pubblici è subordinata a una duplice condizione: a) la dimostrazione del c.d. “fallimento del mercato”, ovvero della incapacità del mercato di offrire il servizio alle medesime condizioni, qualitative, economiche e di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del “controllo analogo”, o comunque l'impossibilità di garantire tramite il mercato gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche; b) la sussistenza di specifici “benefici per la collettività” derivanti dall'affidamento diretto del servizio *in house*. In particolare, la previsione di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

<sup>85</sup> L'art. 3, dedicato ai «Principi generali del servizio pubblico locale», al comma 1 prevede che «I servizi di interesse economico generale di livello locale rispondono alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli

zione attiva<sup>86</sup>, favorendo forme di amministrazione condivisa mediante l'introduzione di un'apposita disciplina dei rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore<sup>87</sup>, così applicando testualmente ai servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>88</sup> principi che, pure in questo caso, erano già stati ultimamente evocati dal giudice italiano<sup>89</sup> e hanno orientato anche la recente riforma del Codice dei contratti pubblici operata per mezzo del d.lgs. n. 36/2023<sup>90</sup>.

---

utenti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità». Inoltre, l'art. 10, volto a definire il «Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà», sancisce al comma 2 che «Ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni». Infine, il principio di sussidiarietà è richiamato dall'art. 18, comma 1, meglio definito *infra*, nota 87.

<sup>86</sup> Infatti, l'art. 3, comma 3, prevede che «Nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi di interesse economico generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva».

<sup>87</sup> Il riferimento è all'art. 18 d.lgs. n. 201/2022. Tale articolo, nel rinviare al d.lgs. n. 117/2017 la regolazione dei suddetti rapporti di partenariato, prevede che la scelta di questo modello sia motivata in un'apposita relazione, volta a dar conto della sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto, specificando gli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento.

<sup>88</sup> Così esauendo anche la richiesta, recentemente formulata da autorevole dottrina, «di recuperare l'ispirazione originale del modello per dare all'amministrazione condivisa (e quindi alla collaborazione tra cittadini e amministrazioni che ne è il nucleo essenziale) un'impostazione sistemica, espandendone l'applicazione oltre la cura dei beni comuni, che rimane comunque al momento il suo ambito prevalente di utilizzazione»: G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 9.

<sup>89</sup> Corte cost. n. 131/2020, avente per oggetto la legge regionale abruzzese. Per un commento in dottrina, si veda E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, f. 3. Cfr. anche F.V. DELLA CROCE, *Cooperative di comunità: la legislazione regionale vigente e la prospettiva di una normativa generale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, f. 4, pp. 98-128.

<sup>90</sup> Ci si riferisce in particolare all'art. 6 del decreto in parola, significativamente rubricato «Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore». In esso si prevede che «In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non

Ci sembra tuttavia che, anche nella sua interpretazione più evoluta, l'accezione "sinergica" del principio di sussidiarietà non sia poi così innovativa: se è pur vero che, attraverso lo strumento offerto dall'art. 55 del c.d. "Codice del Terzo Settore"<sup>91</sup>, amministrazioni ed enti del terzo settore trovano un «canale di amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato»<sup>92</sup>, esse rimangono due monadi distinte e autonome, che si cercano di collaborare, ma senza fondersi tra loro.

In altri termini, la collaborazione che viene a crearsi tra amministrazione locale ed ente del terzo settore all'interno della Comunità energetica non ci sembra ascrivibile ai semplici rapporti di partenariato di cui all'art. 18 d.lgs. n. 201/2022<sup>93</sup>; né sembra trovare un appagante inquadramento nelle altre forme di gestione previste dal Capo II del testo unico in parola. Al contempo, l'oggetto di queste Comunità non appare riconducibile alle forme di partenariato sociale disciplinate dall'art. 201 del nuovo Codice dei contratti pubblici, mentre la scelta del modello del partenariato pubblico-privato, sia pure di tipo istituzionale mediante la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica<sup>94</sup>, imporrebbe però anche di operare una scelta a monte consistente nell'allocazione del rischio operativo in capo al soggetto privato, cui spetterebbe pure il compito di realizzare e gestire il progetto (essendo rimessa alla parte pubblica la mera definizione degli obiettivi e la verifica dell'attuazione) e la copertura di gran parte dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione dello stesso<sup>95</sup>.

Pertanto, posto che anche la c.d. «societarizzazione dei servizi pubblici locali»<sup>96</sup> non è altro che il frutto di un determinato periodo storico<sup>97</sup>, coincidente con la massima espansione del processo di liberalizzazione, nell'attuale contesto connotato dal «rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia»<sup>98</sup> appare necessario rimettere in discussione l'adeguata-

---

rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017».

<sup>91</sup> In particolare, attraverso la co-progettazione.

<sup>92</sup> Corte cost. n. 131/2020.

<sup>93</sup> V. *supra*, nota 87.

<sup>94</sup> Cui si applica la disciplina del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016 c.d. TUSPP) e dalle altre norme speciali di settore, come espressamente previsto dall'art. 174, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023.

<sup>95</sup> Visto che oggi tali caratteristiche del partenariato pubblico privato sono espressamente richiamate dall'art. 174 del d.lgs. 36/2023, che impone altresì la loro presenza cumulativa.

<sup>96</sup> Cfr. M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*, cit., p. 1096 ss.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Cfr. M. PASSALACQUA, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato «intervento» dello Stato nell'economia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, f. 1, pp. 55-78.

tezza della disciplina in materia di impresa pubblica, che muove semplicemente in senso “derogatorio”, “eccezionale” e “speciale” rispetto a quella ordinaria di matrice privatistica, sostanzialmente equiparando e disciplinando l’attore pubblico alla stregua dell’operatore privato<sup>99</sup>. In questo senso, ci sembra che le Comunità energetiche potrebbero offrire nuovi spunti di riflessione per una rideterminazione delle modalità di intervento pubblico nel settore dei servizi pubblici, andando “oltre” gli angusti confini tracciati all’interno della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica, la quale costituisce ad oggi la forma privilegiata di organizzazione, da parte dell’amministrazione locale, di un servizio di interesse generale.

In particolare, una volta accolto l’assunto per cui i nuovi servizi offerti dalla Comunità energetica – tutti rivolti alla promozione dell’energia sostenibile e alla creazione di nuovo valore nel senso anzidetto – possano effettivamente qualificarsi come servizi pubblici, forse è la stessa Comunità energetica a doversi individuare come nuova forma di gestione del servizio pubblico locale.

Allora, piuttosto che disquisire sull’opportunità o meno di attribuire alle Comunità energetiche la natura giuridica di enti del terzo settore<sup>100</sup> anziché quella, maggiormente generale, di associazione, fondazione, o società cooperativa, è auspicabilmente su questo profilo di indagine che dovrebbe concentrarsi il dibattito dottrinale nel prossimo futuro.

---

<sup>99</sup> Come recentemente proposto da D. VESE, *Pubblico e privato nella sfera economica: Cassa Depositi e Prestiti e la ricerca di una disciplina generale per il socio pubblico*, in corso di pubblicazione.

<sup>100</sup> Come noto, il c.d. Terzo Settore è stato oggetto della riforma realizzata nel 2017 con l’approvazione del “Codice del Terzo Settore” (d.lgs. n. 117/2017, come integrato e modificato dal d.lgs. n. 105/2018). Per un approfondimento in dottrina, cfr. in particolare E. ROSSI, *Valore e ruolo del terzo settore nel welfare in evoluzione*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell’economia*, Padova, Cedam, 2016, pp. 273-292; F. TAGLIETTI, *Terzo settore tra Stato e mercato nelle economie post-industriali: alcuni elementi di valutazione*, in *Il Politico*, 1996, vol. LXI, f. 3, pp. 463-484; G. BOLETTI, *Le imprese del terzo settore nel sistema di imposizione dei redditi: tra sussidiarietà orizzontale e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2020. Nella specie, ad avviso dell’ARERA (delibera n. 318/2020/R/eel), «la forma giuridica prescelta potrebbe essere quella degli enti del terzo settore, così come definiti dall’articolo 4 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, con iscrizione al registro unico nazionale del terzo settore di cui all’articolo 22 del medesimo decreto legislativo, ovvero quella delle cooperative a mutualità prevalente o cooperative non a mutualità prevalente, cooperative benefit, consorzi, partenariati, organizzazioni senza scopo di lucro, purché tali entità rispettino i requisiti di cui al decreto-legge n. 162/19 e alla dir. 2018/2001/UE».

## 6. Verso un nuovo equilibrio tra nudging e modalità tradizionali di intervento nell'economia

Le precedenti argomentazioni dovrebbero aver evidenziato come la tradizionale contrapposizione tra intervento “pubblico” e “privato” nell'economia debba oggi tener conto del nuovo spazio riconosciuto alla collettività, nonché della possibilità di dar vita a forme innovative di partenariato pubblico-privato-società civile, favorite dall'utilizzo di piattaforme digitali.

In questo senso, le piattaforme digitali appaiono anzitutto idonee ad assolvere una funzione di *nudging*, favorendo la riduzione delle asimmetrie informative e incentivando meccanismi di *gaming* per sensibilizzare e coinvolgere i partecipanti all'interno della Comunità energetica, così incoraggiando comportamenti energetici sostenibili.

Del resto, è la stessa legislazione europea in materia di Comunità energetiche a promuovere interventi di *nudging*: ci pare infatti di poter leggere in questo senso anche le recenti disposizioni volte ad abilitare forme di “*energy citizenship*” e “*empowerment* del consumatore”, tese a incentivare nuove modalità di collaborazione tra cittadini ed enti locali.

A ben vedere, tuttavia, nei casi analizzati nel presente contributo il *nudge* è favorito non solo nella classica accezione del termine – ovvero, in quanto volto a garantire forme di *disclosure*, di “*green default*” (attraverso gli strumenti di certificazione energetica) e di trasparenza dei dati, mediante l'utilizzo di *smart grid* e *smart metering* al fine di accrescere l'accuratezza delle informazioni fornite all'utente –, ma anche con modalità del tutto innovative: è in questo senso che ci pare si possano leggere le disposizioni volte a favorire l'autoconsumo collettivo e, per l'appunto, l'istituzione di Comunità energetiche, cui possono partecipare anche gli enti locali accanto a cittadini, imprese ed enti *non profit*.

Al contempo, gli ausili pubblici, intesi quali forma tradizionale di intervento nell'economia volto a promuovere la sostenibilità ambientale, si colorano sempre più di intenti “collaborativi”. Un esempio emblematico è rappresentato dalle iniziative recentemente poste in essere dal Comune di Calderara di Reno e analizzate *supra*, par. 3, laddove il contributo a fondo perduto stanziato dall'Amministrazione locale mira anzitutto a stimolare la partecipazione dei cittadini nella neo-istituita Comunità energetica.

Ci sembra allora che, in un gioco di virtuosi intrecci, a combinarsi tra loro non siano solo le azioni dei vari soggetti che agiscono sul medesimo territorio al fine di co-creare nuovo valore, ma anche le differenti modalità di intervento pubblico nell'economia.

Se la necessità di contrastare il cambiamento climatico impone neces-

sariamente un approccio «*All tools on deck*»<sup>101</sup>, ci pare che un possibile contributo in tal senso sia offerto proprio dalle piattaforme digitali. Esse si rivelano invero funzionali non solo a favorire il possibile recupero, da parte dell'ente locale, di una maggiore centralità nella gestione dei servizi pubblici, ma anche a integrare, in maniera del tutto innovativa, incentivi economici e interventi di *nudging*, promuovendo le forme di collaborazione tra privati, imprese e cittadini che insistono nel medesimo territorio.

---

<sup>101</sup> V. *supra*, par. 1.



EMILIANO FREDIANI

PARTECIPAZIONE AMMINISTRATIVA INCLUSIVA E RICORSO  
A MEZZI TELEMATICI TRA RISCHI E OPPORTUNITÀ:  
TRE CASI PARADIGMATICI

SOMMARIO: 1. Partecipazione inclusiva e digitalizzazione: una necessaria convergenza. – 2. Uno statuto minimo per le istanze della digitalizzazione nella legge n. 241/1990: richiami essenziali. – 3. Un caso di potenziale cattivo uso dei mezzi telematici: il soccorso istruttorio nelle procedure interamente informatizzate. – 4. La telematica al servizio dell'inclusività: il caso delle aree interne e l'apertura al modello organizzativo delle comunità energetiche. – 5. Una conclusione.

1. *Partecipazione inclusiva e digitalizzazione: una necessaria convergenza*

Il tema della partecipazione dei privati alla formazione delle decisioni amministrative rappresenta, a partire dalle più risalenti ricostruzioni, un elemento qualificante per lo studio del rapporto tra cittadino e potere pubblico. Del coinvolgimento del pubblico nel “farsi” del potere (declinato nella sua dimensione concreta oltre il livello dell'astratta attribuzione)<sup>1</sup> sono state offerte nel tempo diverse interpretazioni, le quali hanno trovato un tratto unificante nell'affermazione di una polifunzionalità della partecipazione<sup>2</sup>. Il problema amministrativo collegato alla partecipazione<sup>3</sup> è stato, infatti, affrontato ponendo in luce le distinte funzioni assunte dal coinvolgimento del pubblico nei processi decisionali dell'amministrazione<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> In tale ottica si richiama il fondamentale contributo di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, vol. II, spec. p. 1117 ss.

<sup>2</sup> Sul tema, da ultimo, T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna University Press, Bologna, 2022, p. 21 ss.

<sup>3</sup> Rievocando una nota espressione di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 ss.

<sup>4</sup> Sui cui approdi più recenti si veda per tutti F. MERUSI, *Sulla «struttura» della rivoluzione*

In questa prospettiva la dottrina ha conferito rilevanza *in primis* ad una partecipazione in funzione di difesa della situazione soggettiva privata a fronte del potere pubblico, richiamando l'immagine di una «barriera» che si interpone tra il forte ed il debole<sup>5</sup>. Il passaggio da una partecipazione in chiave di garanzia della posizione del privato a fronte dell'esercizio di un potere in forma autoritativa ad una diversa forma di partecipazione collaborativa ha segnato un effettivo cambio di paradigma nella lettura del rapporto tra autorità e libertà<sup>6</sup>. Quest'ultimo è stato riorientato nella prospettiva della considerazione del procedimento amministrativo quale «luogo» di emersione del conflitto tra i diversi interessi in gioco in ciascuna singola vicenda decisionale<sup>7</sup>: da tale premessa viene a svilupparsi un «dialogo»<sup>8</sup> finalizzato all'individuazione della migliore soluzione procedimentale che sia tale da garantire il perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio delle posizioni coinvolte<sup>9</sup>. L'apporto collaborativo dei privati è stato, così, declinato in termini di partecipazione costruttiva finalizzata alla migliore definizione dei contenuti delle decisioni amministrative.

L'evoluzione successiva ha condotto ad apprezzare il dato per cui la partecipazione del pubblico può essere inquadrata in una prospettiva più

---

*economica comunicativa. Sovranità orizzontale contro sovranità verticale*, in *Lo Stato*, 2021, p. 1 ss., spec. 13, ove la partecipazione dei «privati ai procedimenti amministrativi, cioè alla fase esecutiva della sovranità verticale» è ritenuta espressiva di un coinvolgimento che «può arrivare fino alla codecisione del provvedimento finale, ma mai alla decisione finale sostitutiva del potere sovrano verticale».

<sup>5</sup> Il tema è stato trattato in modo approfondito, senza tralasciare alcuni profili di criticità, in dottrina da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Editori Laterza, Bari, 2014, p. 135 ss.; e già prima A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004 e M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>6</sup> In tale contesto un contributo fondamentale è stato offerto da quella dottrina che ha delineato l'idea di un cambio di paradigma nel rapporto tra cittadino ed amministrazione, fondando la propria argomentazione su una inversione dell'angolo visuale. Per una tale lettura, che muove dal punto di vista del cittadino, si rinvia ai contributi di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994; nonché G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e società*, 1996, spec. p. 488 ss.; ai quali è da aggiungere L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della «legittimazione inversa»*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>7</sup> Si veda in proposito A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 1173 ss.

<sup>8</sup> Ad un «dialogo procedimentale» ha fatto riferimento M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2019, spec. p. 238 ss.

<sup>9</sup> Al riguardo C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 55 ss.

ampia<sup>10</sup>, che eccede il riferimento alla singola dimensione procedimentale, per aprirsi all'intera funzione amministrativa in forza di una estensione del principio democratico al potere in senso lato. In questa nuova "stagione" – che fa della democrazia c.d. "procedurale"<sup>11</sup> il tratto qualificante dell'agire delle amministrazioni pubbliche in rapporto alla società civile – il riferimento alla collaborazione tra sfera pubblica e sfera privata è venuto ad arricchirsi in forza della considerazione di una necessità sempre più avvertita, soprattutto avuto riguardo al tema della accettabilità delle decisioni pubbliche<sup>12</sup>. Si tratta di un problema che affonda le radici nella questione più complessa della legittimazione democratica dei percorsi decisionali dell'amministrazione, di cui si predica il carattere sempre più aperto ed inclusivo<sup>13</sup>. A fronte di decisioni amministrative che devono essere calate in un contesto di oggettiva complessità<sup>14</sup> – per varietà ed articolazione dello spettro di interessi presenti da cui deriva una non univocità nella ricostruzione della situazione fattuale – si avverte sempre più la necessità di una legittimazione dal basso che passa dalla configurazione di processi decisionali capaci di includere il maggior numero possibile di punti di vista<sup>15</sup>.

In questo contesto di evoluzione del rapporto giuridico-amministrativo

---

<sup>10</sup> Sono noti al riguardo gli studi di M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa, 1977; nonché U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 100 ss., cui adde ID., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779 ss.

<sup>11</sup> Secondo il modello elaborato da R.A. DAHL, *La democrazia procedurale*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1979, p. 3 ss.

<sup>12</sup> Per uno studio più recente in merito alle problematiche sottese all'effettività delle decisioni amministrative in rapporto ai destinatari delle medesime si rinvia a N. RANGONE, *Come si rende effettivo il diritto amministrativo?*, in G. CORSO-M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2022, spec. pp. 167-168.

<sup>13</sup> Al tema della partecipazione inclusiva si è dedicata anche la letteratura politologica, potendosi richiamare in questa sede il lavoro di L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. e dir.*, 2007, p. 11 ss.

<sup>14</sup> Si pensi al caso delle c.d. "decisioni pluri-strutturate" che vengono ad emersione in contesti caratterizzati da complessità per diversità e potenziale conflittualità tra tutti gli interessi da ricondurre ad un equilibrio (come ad esempio avviene sovente in materia ambientale). Sul punto si veda P. MARZARO, *Gli interessi paesaggistico-culturali nelle decisioni ambientali pluristrutturate di cui al d.lgs. n. 152/2006*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2021, f. 4, p. 811 ss.

<sup>15</sup> In merito alla partecipazione inclusiva, che si realizza con riguardo a procedimenti ad ampio spettro, anche attraverso il ricorso alla figura delle c.d. "arene deliberative" si rinvia in dottrina al lavoro monografico di V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 33 ss.; nonché a M. CAMMELLI, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e mercato*, 2005, n. 1, p. 89 ss.

non può tralasciarsi il ruolo che nel tempo hanno finito per assumere gli strumenti della digitalizzazione<sup>16</sup>, soprattutto nell'ottica di garantire una maggiore linearità e immediatezza nel rapporto tra sfera pubblica e società civile. I sentieri della partecipazione civica in funzione di democratizzazione dell'agire amministrativo ed i percorsi di incentivazione all'utilizzo degli strumenti digitali<sup>17</sup> nella concreta configurazione di un più immediato ed efficace dialogo tra amministrazione e società civile non possono pertanto seguire strade diverse, dovendo convergere verso un obiettivo comune. Quest'ultimo coincide non soltanto con la garanzia di una più ampia legittimazione delle decisioni pubbliche, ma anche con la necessità di riconoscere il ruolo delle piattaforme digitali quali imprescindibili strumenti di supporto alla costruzione di percorsi di innovazione che vedono parimenti coinvolti i cittadini, le imprese e l'amministrazione pubblica. In questo contributo, dopo aver richiamato la disciplina minima contenuta nella legge italiana sul procedimento amministrativo, l'attenzione si soffermerà, dapprima, sull'indagine di un caso rispetto al quale le istanze della digitalizzazione hanno posto un problema circa la natura effettivamente inclusiva del ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Superata tale indagine sarà possibile, al contrario, dimostrare come la convergenza tra partecipazione inclusiva e ricorso a mezzi telematici possa emergere con più chiarezza in altre due ipotesi in cui ad assumere rilevanza è il riferimento ad una «territorialità positiva»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Ai quali la dottrina di matrice amministrativistica ha dedicato negli ultimi anni attenti studi volti ad evidenziare potenzialità e limiti del nuovo paradigma digitale. Tra questi si possono richiamare in questa sede il volume R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. p. 119 su atti e procedimenti amministrativi digitali; e con accenti più critici anche, alla luce di una incerta giurisprudenza sul punto, R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 773 ss.; e in un'ottica di sistema L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google*, Mondadori Università, Milano, 2020, sulle diverse problematiche legate alla digitalizzazione nel contesto della globalizzazione, con ricadute in termini di rappresentazione della verità e la questione concernente la gestione dei poteri privati; il tema è stato ripreso da ultimo in L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023, con riguardo ai temi della legalità algoritmica e del procedimento amministrativo algoritmico.

<sup>17</sup> Rispetto ai quali R. FERRARA, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 773 ss. evidenzia la natura essenzialmente strumentale che non esclude il persistere di un fondamentale ruolo del funzionario pubblico, quale unico ed insostituibile responsabile del procedimento amministrativo.

<sup>18</sup> Secondo un'espressione ripresa da C. BARBATI-G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, il Mulino, Bologna, 2006, *passim*.

## 2. *Uno statuto minimo per le istanze della digitalizzazione nella legge n. 241/1990: richiami essenziali*

Lo studio circa il modo in cui le istanze della digitalizzazione permeano il rapporto giuridico-amministrativo<sup>19</sup> – avuto riguardo, in particolare, al momento partecipativo quale fulcro dell'istruttoria procedimentale<sup>20</sup> – non può non muovere dalla considerazione di uno statuto minimo di riferimento riconducibile alla legge n. 241/1990. L'espressione «digitale» compare soltanto tre volte nel testo di quest'ultima, mentre è più frequente il richiamo ai mezzi telematici, che ritorna ben undici volte all'interno di tale *corpus* normativo. A tale ultimo riguardo, occorre in questa sede por mente ad una previsione di carattere generale idonea a rappresentare una “cornice” di riferimento per quanto riguarda il tema qui affrontato.

L'art. 3-*bis* della legge n. 241/1990, significativamente dedicato all'utilizzo della telematica ed introdotto all'interno di tale *corpus* normativo per effetto della riforma operata dalla legge n. 15/2005, conteneva in origine una previsione facoltizzante<sup>21</sup>, suscettibile di ulteriori sviluppi verso l'affermazione di un principio di «normalità» per quel che concerne il ricorso alle Ict nell'attività amministrativa<sup>22</sup>. Nella sua versione originaria esso stabiliva che «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»<sup>23</sup>. Ad una corretta

---

<sup>19</sup> Osserva G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 47-48, come nei fatti le «potenzialità dell'informatica» si apprezzino laddove si ponga mente alla circostanza per la quale le tecnologie e le piattaforme informatiche abbiano «modificato il modo in cui le amministrazioni pubbliche si relazionano coi cittadini».

<sup>20</sup> In proposito R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 209 ss.; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 247 ss. e già prima per una ricostruzione del modello partecipativo nel quadro della legge n. 241/1990 R. CARANTA-L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. p. 37 ss.

<sup>21</sup> Per un inquadramento di tale disposizione F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 242 ss.

<sup>22</sup> Come osservato in dottrina da E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government*, Maggioli Editore, Rimini, 2014, spec. pp. 206-207, il quale si riferisce – sviluppando un ragionamento in parallelo tra legge n. 241/1990 e codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005) – ad un principio di «normalità», «se non preferenza per il ricorso alle tecnologie informatiche nelle relazioni tra amministrazioni e cittadini».

<sup>23</sup> La disposizione in oggetto, peraltro, deve essere letta in combinato disposto con

impostazione, in via di premessa, del rapporto tra istanze della telematica e garanzia di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa<sup>24</sup>, tuttavia non aveva fatto seguito una altrettanto efficace conseguenza in punto di effettivo ricorso ai mezzi telematici: l'utilizzo di un'espressione meramente facoltizzante aveva fatto propendere per una lettura "al ribasso" di tale disposizione non capace di incidere profondamente sull'agire dell'amministrazione<sup>25</sup>. Rispetto ad una siffatta problematica ha manifestato una certa sensibilità lo stesso legislatore, nel momento in cui, per effetto dell'art. 12, comma 1, lett. *b*), della legge n. 120/2020 (di conversione del c.d. "decreto semplificazioni"), ha modificato l'art. 3-*bis* l. proc. Nella nuova versione di quest'ultima disposizione è così scomparso il riferimento – ritenuto da una parte della dottrina di fatto inutile<sup>26</sup> – ad un incentivo rispetto all'utilizzo dei mezzi telematici, per aprire verso una prospettiva di ordinarietà rispetto alle istanze della digitalizzazione<sup>27</sup>. Se le amministrazioni pubbliche, dunque, sono chiamate ad agire mediante strumenti informatici, il ricorso a questi ultimi diviene l'espressione di un ordinario *modus procedendi* per il decisore pubblico nella duplice dimensione delineata dalla disposizione ed in ossequio a quanto previsto altresì dal codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005)<sup>28</sup>: in un'ottica orizzontale che vede coinvolte tutte

---

quanto oggetto di previsione all'interno del d.lgs. n. 82/2005 (c.d. "codice dell'amministrazione digitale"): in particolare, l'art. 5-*bis* di quest'ultimo, dedicato al problema delle comunicazioni tra imprese ed amministrazioni pubbliche, ha stabilito che «la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene *esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione*» (corsivo nostro); ed ha precisato altresì che «con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese».

<sup>24</sup> Aspetto evidenziato in particolare da S. DETTORI, *Art. 3-bis*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE-A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 175 ss.

<sup>25</sup> Ad una valenza meramente programmatica di tale disposizione aveva fatto richiamo, prima della riforma del 2020 di cui si dirà subito appresso nel testo, F. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 245.

<sup>26</sup> A.G. OROFINO-R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1307 ss.

<sup>27</sup> E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., 206, il quale osserva come la digitalizzazione pubblica è vista come un «fattore di modernizzazione, e di trasformazione del rapporto tra amministrazioni e cittadini».

<sup>28</sup> In dottrina si rinvia a A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci, Bari, 2008, spec. p. 141 ss. per uno studio che approfondisce il tema dei procedimenti amministrativi informatici, con specifico riguardo al tema della partecipazione amministrativa.

le amministrazioni chiamate a dialogare nell'ambito di un procedimento; in una prospettiva verticale che attiene al rapporto tra sfera pubblica e soggetti privati<sup>29</sup>.

La ricordata disposizione ha rappresentato – anche in virtù della sua peculiare collocazione all'interno della legge n. 241/1990 – un parametro di riferimento e punto logico di partenza per poter inquadrare e meglio comprendere altre e successive figure sintomatiche di un percorso orientato verso una sempre più marcata informatizzazione dell'agire amministrativo<sup>30</sup>.

Al tema della telematica, declinata principalmente in termini di strumento per semplificare il rapporto tra cittadino ed amministrazione e tra amministrazioni nei loro reciproci rapporti, sono state, infatti, dedicate diverse disposizioni della legge sull'azione amministrativa<sup>31</sup>. Il richiamo ai mezzi telematici in un'ottica strumentale emerge, a titolo di esempio, con riguardo all'attività consultiva, laddove il legislatore ha precisato che i pareri (siano essi obbligatori o facoltativi) «sono trasmessi con mezzi telematici» (art. 16, comma 5)<sup>32</sup>. In tale ipotesi il ricorso alla telematica è visto quale mezzo finalizzato ad accelerare l'istruttoria procedimentale, soprattutto per quanto attiene al rapporto tra amministrazioni precedenti ed amministrazioni che operano in sede consultiva. La stessa *ratio* appare sottesa alla previsione contenuta nell'art. 14-ter, comma 1, dedicato alla figura della conferenza di servizi simultanea (e in modalità c.d. “sincrona”): in tale ipotesi l'esigenza di garantire la partecipazione contestuale di tutti i rappresentanti delle amministrazioni competenti ha condotto il legislatore a prevedere che la

---

<sup>29</sup> In tale contesto è da ricordare come l'art. 12, comma 1, del codice dell'amministrazione digitale abbia previsto che «le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione».

<sup>30</sup> Da tempo delineato ad esempio da P. PIRAS, *Verso il procedimento amministrativo elettronico*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 122 ss.

<sup>31</sup> Per uno studio della disciplina procedimentale sotto la lente dell'effettività ed alla luce dell'impatto derivante dalla diffusione di strumenti telematici sul processo decisionale pubblico si rinvia in dottrina a N. RANGONE, *op. cit.*, spec. p. 178 ss.

<sup>32</sup> Su cui M. OCCHIENA, *L'attività consultiva della pubblica amministrazione*, in L. GIANI-M. IMMORDINO-F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 121 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Articolo 16. Attività consultiva*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 523 ss.; nonché per uno studio che affronta il tema dal punto di vista dei cambiamenti intervenuti nelle modalità dell'agire amministrativo C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, il Mulino, Bologna, 2002, spec. p. 132 ss. e già prima la voce di A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 615 ss.

conferenza si svolga «ove possibile anche in via telematica». I due esempi qui riportati rappresentano, a ben vedere, soltanto alcune delle forme che ha assunto l'utilizzo della telematica nel procedimento amministrativo<sup>33</sup>, con particolare riguardo al problema del coordinamento tra amministrazioni pubbliche coinvolte nell'ambito dei procedimenti amministrativi.

Nella descritta cornice, un esplicito (e particolarmente utile in questa sede) riferimento all'utilizzo dei mezzi telematici si ritrova all'interno dell'art. 8, comma 2, l. proc., con riguardo all'indicazione dei contenuti della comunicazione di avvio del procedimento quale atto che si inserisce questa volta più direttamente nel rapporto tra amministrazione pubblica e cittadino<sup>34</sup> in funzione di prima instaurazione del contraddittorio procedimentale<sup>35</sup>. Le più recenti riforme che hanno investito la disposizione *de qua* hanno determinato l'integrazione dei contenuti della comunicazione rivolta dal responsabile del procedimento ai soggetti di cui all'art. 7 l. proc: in particolare, è stato previsto che la comunicazione debba recare l'indicazione delle «modalità con le quali, attraverso il punto di accesso telematico di cui all'articolo 64-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 o con altre modalità telematiche, è possibile prendere visione degli atti,

---

<sup>33</sup> Tema rispetto al quale si possono richiamare le pionieristiche riflessioni contenute nella monografia di A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, Napoli, 1993, *passim*, che costituisce una prima messa a sistema del problema della digitalizzazione all'indomani del varo della legge n. 241/1990. Su tali profili, più recentemente e con un particolare approfondimento rispetto alle implicazioni sulla sfera procedimentale G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, *passim*, cui si rinvia per un'attenta analisi critica che pone in luce i profili maggiormente oscuri della digitalizzazione, soprattutto in rapporto al tema delle garanzie a favore del cittadino; nonché il lavoro monografico di S. ROSSA, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali. Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e il ruolo dei dati aperti*, Cedam, Padova, 2022, *passim*.

<sup>34</sup> Nel contesto del rapporto tra amministrazione e cittadino il riferimento all'utilizzo degli strumenti telematici si ritrova altresì nel nuovo art. 18-*bis* della l. proc. con riguardo alla fase dell'iniziativa nei procedimenti ad istanza di parte. La disposizione prevede, infatti, che «dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, *anche in via telematica*, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza» (enfasi nostra).

<sup>35</sup> Per tale ragione la dottrina (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 436) ha fatto riferimento alla figura della comunicazione di avvio del procedimento quale «chiave di volta dell'amministrazione partecipata», dal momento che per effetto di essa si instaura un rapporto procedimentale idoneo a trovare sviluppo nella successiva fase istruttoria. In tema si veda altresì, in termini di ricostruzione sistematica, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 5 ss.

accedere al fascicolo informatico» ed «esercitare in via telematica i diritti previsti dalla presente legge».

Quest'ultimo riferimento appare piuttosto rilevante nel contesto di una riflessione dedicata al rapporto tra partecipazione ed utilizzo degli strumenti telematici: si viene a stabilire, infatti, non soltanto un rapporto di strumentalità necessaria tra previa conoscenza e coinvolgimento consapevole del pubblico nei processi decisionali<sup>36</sup>, ma anche una possibile forma di sviluppo in chiave telematica del rapporto giuridico amministrativo<sup>37</sup>. Il riferimento ai diritti previsti dalla legge n. 241/1990 non è da intendere con riguardo al solo accesso documentale (nelle diverse forme che esso è venuto ad assumere per effetto delle più recenti innovazioni)<sup>38</sup> ma anche a quel particolare diritto procedimentale tipizzato dall'art. 10 l. proc., che ha ad oggetto proprio la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo. Il diritto di presentare memorie e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di esaminare e valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento viene in tal modo ad articolarsi ulteriormente, sulla base della lettura in combinato disposto dell'art. 10, comma 1, lett. b), e dell'art. 8, comma 2, lett. d), legge n. 241/1990. Da questo punto di vista, la partecipazione procedimentale si arricchisce per effetto del ricorso alla strumentazione offerta dalla telematica, garantendo un dialogo più diretto ed efficace tra sfera pubblica e sfera privata che appare idoneo a superare anche gli angusti confini del singolo procedimento amministrativo.

In questa prospettiva, il codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005) ha sviluppato il rapporto tra partecipazione del pubblico ai processi decisionali e ricorso agli strumenti telematici attraverso il riferimento alla nozione di «democrazia elettronica»<sup>39</sup>. L'utilizzo delle nuove tecnolo-

---

<sup>36</sup> Il dato è stato ripreso da A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 601 ss.

<sup>37</sup> Si veda N. RANGONE, *op. cit.*, spec. p. 181, sulla capacità dell'intelligenza artificiale declinata all'interno del procedimento amministrativo di «influenzare significativamente la decisione finale».

<sup>38</sup> In merito ai percorsi evolutivi del diritto di accesso "oltre" il modello prefigurato dalla legge n. 241/1990 si rinvia tra i molti contributi a F. MANGANARO, *Pubblicità ed accesso per la trasparenza amministrativa*, in L. GIANI-M. IMMORDINO-F. MANGANARO (a cura di), *Temie questioni di diritto amministrativo*, cit., spec. p. 104 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss.; M. SAVINO, *Il Foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 453 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 65 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 13 ss.

<sup>39</sup> In particolare, l'art. 9 d.lgs. n. 82/2005, riprendendo e sviluppando le indicazioni

gie è visto quale mezzo per promuovere una maggiore partecipazione al “processo democratico” con evidenti ricadute sull’esercizio dei diritti civili e politici e – dato particolarmente rilevante in questa sede – sulla stessa qualità delle decisioni pubbliche. Tale risultato può essere conseguito ponendo mente alla speciale utilità del ricorso alle tecnologie informatiche quale strumento per garantire forme di consultazione preventiva sulle stesse proposte di provvedimenti da adottare, garantendo così per via telematica un contraddittorio preliminare più immediato e diretto.

L’idea che emerge da tale ultima affermazione è quella che porta ad estendere l’utilizzo della telematica alla più generale sfera dei *procedural rights*<sup>40</sup> per come previsti, oltre la legge n. 241/1990, nella disciplina di settore con riguardo a casi in cui è necessario garantire un principio di inclusione declinabile in forme diverse: ora in termini di massima apertura e contendibilità; ora in chiave di partecipazione alla costruzione di percorsi di innovazione e coesione sociale. Nella prima ipotesi, l’attenzione si rivolgerà alla figura del soccorso istruttorio quale strumento espressione di una partecipazione inclusiva che, a causa del cattivo utilizzo della telematica, potrebbe realizzare l’effetto opposto divenendo nei fatti escludente; nella seconda ipotesi sarà necessario invece indagare due ambiti entro i quali l’utilizzo di strumenti telematici è posto a supporto di processi di integrazione e coesione sociale.

### 3. *Un caso di potenziale cattivo uso dei mezzi telematici: il soccorso istruttorio nelle procedure interamente informatizzate*

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha dedicato al tema del soccorso istruttorio una particolare attenzione, riservando a tale istituto un’apposita disciplina<sup>41</sup>. Questa figura, già conosciuta nel contesto della regolazione generale dell’azione amministrativa<sup>42</sup> – e successivamen-

---

contenute nell’art. 3-*bis* l. proc., ha conferito rilevanza al problema della «partecipazione democratica elettronica», riconoscendo che le amministrazioni pubbliche «favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini» (enfasi nostra).

<sup>40</sup> Al riguardo, e con particolare attenzione al tema dell’ascolto della voce dei cittadini prima che le decisioni pubbliche vengano adottate e nella cornice di riferimento che vede gli «*administrative rights complement political rights*», si veda S. CASSESE, *Functions of administrative procedure: introductory remarks*, in *Irpa.eu*, 2011, spec. p. 2 ss.

<sup>41</sup> Si tratta dell’art. 101 che, espressamente richiamando il soccorso istruttorio, ha conferito rispetto al precedente d.lgs. n. 50/2016 una autonoma rilevanza disciplinare all’istituto in questione (il quale era oggetto di disciplina all’interno di un apposito comma dell’art. 83).

<sup>42</sup> Il riferimento è all’art. 6, comma 1, lett. *b*), legge n. 241/1990, a mente del quale il

te oggetto in materia di procedure ad evidenza pubblica di una disciplina caratterizzata da progressiva stratificazione per effetto di diversi interventi del legislatore – ha consentito di evitare agli operatori economici di essere esclusi dalle gare pubbliche a fronte di méri errori materiali nella presentazione della documentazione a corredo delle loro offerte<sup>43</sup>.

L'affermazione, da parte della giurisprudenza amministrativa sia pure a seguito di diverse oscillazioni, di una sfera di doverosità nel ricorso a tale strumento di «aiuto»<sup>44</sup> da parte dell'amministrazione nei confronti delle imprese private ha contribuito a consolidare un più generale principio di sanabilità delle istanze che si realizza per effetto di un contraddittorio in funzione rimediale<sup>45</sup>. In tale prospettiva la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riconosciuto che il soccorso istruttorio non può essere ascritto alla sfera della semplice facoltatività, in quanto costituisce, sia pure entro certi limiti, espressione di un «doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione»<sup>46</sup>. Il ricorso a tale strumento si inquadra, alla luce di tali premesse, entro la più ampia cornice rappresentata dalla corretta attuazione del principio di massima contendibilità delle gare pubbliche<sup>47</sup>, con l'evidente funzione di incentivare un comportamento delle stazioni appaltanti ispirato alle ragioni della inclusività piuttosto che a quella dell'esclusione degli operatori economici per ragioni di natura meramente formale<sup>48</sup>.

---

responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete».

<sup>43</sup> In dottrina C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in ID., (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1 ss., cui si rinvia per un inquadramento dell'istituto nell'ottica del superamento del formalismo nelle gare pubbliche.

<sup>44</sup> Così N. SAITTA, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 391 ss.

<sup>45</sup> Tra i primi in dottrina ad aver ricostruito l'istituto del soccorso istruttorio in rapporto alla sanabilità delle istanze, qualificando espressamente un principio di tal fatta, si veda G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 531 ss., spec. p. 610.

<sup>46</sup> L'espressione è ripresa da Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Giustamm. it*, 2014, per un commento della quale *ex multis* si rinvia a F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014; R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 617 ss.

<sup>47</sup> In merito a tale principio R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 432 ss.

<sup>48</sup> Sul tema sono tornati, sulla base di una giurisprudenza che prima dell'Adunanza

La più recente evoluzione dell'istituto ha condotto al riconoscimento della affermata doverosità anche con riguardo alle procedure di gara assoggettate agli strumenti telematici<sup>49</sup>, sia pure con alcune criticità che talora nei fatti finiscono per contraddire la *ratio* inclusiva sottesa al soccorso istruttorio. Le richiamate criticità – che si sono manifestate avuto riguardo alla problematica del malfunzionamento del sistema informatico per il caricamento della domanda e della piena conoscibilità della stessa da parte della stazione appaltante<sup>50</sup> – hanno condotto al delinarsi di due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Un primo approccio più marcatamente restrittivo ha riconosciuto come la gestione interamente informatizzata di una procedura ad evidenza pubblica ben possa implicare l'esclusione dalla stessa di una domanda che sia di fatto illeggibile, non tanto per un guasto dei comandi di trasmissione, quanto piuttosto per un difetto “a monte” circa la c.d. “originazione del file”<sup>51</sup>. Ad avviso di tale giurisprudenza, la mancata attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante è da ritenersi legittima in forza di un'argomentazione che poggia su di un limite individuato in via generale rispetto al ricorso a tale strumento rimediabile. Infatti, nelle procedure ad evidenza pubblica – siano esse gestite in forma cartacea o secondo strumenti di natura telematica – il soccorso istruttorio non può costituire uno strumento idoneo a sopperire dichiarazioni radicalmente carenti (*a fortiori* ove esse attengano ad elementi essenziali ai fini della partecipazione): il ricorso a tale mezzo rimediabile può essere esperito soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di

---

plenaria del 2014 risultava ancora non consolidata, S. FOA, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1147 ss.; P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, *ivi*, 2014, p. 1288 ss.

<sup>49</sup> Il tema è stato ripreso da ultimo da A. DI MARTINO, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 363 ss.; e per un quadro di carattere generale sul punto si veda la rassegna di P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, *ivi*, 2022, p. 273 ss.

<sup>50</sup> Per un richiamo a tali situazioni in un'ottica più generale che abbraccia l'intero sistema delle gare pubbliche si veda T. BONETTI, *op. cit.*, p. 153 ss.

<sup>51</sup> In quest'ottica si veda, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 dicembre 2017, n. 2475, in *Giustizia-amministrativa.it*, con riguardo alla questione del c.d. “codice *hash*” (ossia l'impronta digitale in forma di stringa che riproduce una serie di caratteri alfanumerici) espressione di una «estensione» del *file* contenente la domanda di partecipazione ad una gara. Il caso deciso dal giudice amministrativo di prime cure era, infatti, quello di una domanda caricata da un'impresa (che aveva lamentato generici problemi tecnici al riguardo) in modo incompleto e pertanto non intelligibile da parte della stazione appaltante, la quale aveva potuto soltanto prendere visione della suddetta stringa alfanumerica senza alcuna possibilità di accesso ai contenuti della stessa.

gara<sup>52</sup>. Il necessario e doveroso rispetto del principio della parità di trattamento tra gli operatori economici nelle procedure competitive<sup>53</sup> esige che, nel caso di una procedura di gara gestita con mezzi telematici, l'assenza tra i documenti caricati della domanda di partecipazione non possa avere alcun altro esito che l'esclusione del candidato, non essendo sufficiente ad integrarne i contenuti la semplice presenza di un codice *hash*<sup>54</sup>.

In questa prospettiva, una parte della giurisprudenza ha interpretato in modo particolarmente stringente, sempre con riguardo alle gare interamente telematiche, il tema del dovere di diligenza dell'operatore economico ed il connesso «rischio di rete»<sup>55</sup>. Quest'ultimo, che costituisce un elemento immanente alle procedure telematiche e le distingue da quelle cartacee, attiene infatti alla possibilità del verificarsi di situazioni di sovraccarico o di cali di *performance* della rete che possono determinare difficoltà nel corretto caricamento delle domande di partecipazione e dei relativi allegati<sup>56</sup>. Nello specifico, è stata esclusa la praticabilità del soccorso istruttorio in favore dell'operatore economico inadempiente rispetto ad una disposizione espressa della *lex specialis*, ai sensi della quale si precisava che la presentazione dell'offerta tramite sistema telematico fosse «a totale ed esclusivo rischio del concorrente»: quest'ultimo era, infatti, chiamato a farsi carico di «qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissio-

---

<sup>52</sup> Si veda al proposito Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 5488, oltre che la già richiamata Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>53</sup> Principio sulle cui implicazioni si veda più recentemente M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir e soc.*, 2020, p. 195 ss. In giurisprudenza, per un richiamo alla impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per far fronte a carenze strutturali dell'offerta si vedano, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 febbraio 2021, n. 448 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 settembre 2019, n. 10796, ove si precisa che l'eventuale attivazione di tale strumento finirebbe per costituire una forma di rimessione in termini per l'operatore economico inadempiente con effettivo *vulnus* della *par condicio*.

<sup>54</sup> In ragione del fatto che la domanda integra un elemento essenziale in rapporto al quale non può legittimamente essere invocato il soccorso istruttorio. Sul punto, la già richiamata pronuncia del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 dicembre 2017, n. 2475 è chiara nell'affermare che il codice *hash* è soltanto un sintomo non sufficiente ad identificare la domanda, poiché costituisce soltanto un'impronta da cui la stazione appaltante non può risalire al documento integrale.

<sup>55</sup> In merito a tale fattispecie di rischio Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245, in *Foro amm.*, 2017, f. 7-8, p. 1530 ss.

<sup>56</sup> Così ancora Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245, cit.; ma per una diversa impostazione, che fa leva sul dovere di collaborazione della stazione appaltante al fine di temperare il rischio in questione, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 4 novembre 2020, n. 5026, in *Foro amm.*, 2020, f. 11, p. 2209 ss.

ne, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo»<sup>57</sup>. In tale ipotesi, l'esclusione del soccorso istruttorio è stata associata a due circostanze ben precise: da un lato il riferimento al *clare loqui* del bando; dall'altro, a supporto di tale primo elemento, un rischio informatico posto totalmente a carico dell'operatore privato chiamato, in ossequio ad uno speciale dovere di diligenza, ad attivarsi con largo anticipo al fine di non incorrere in problemi "di sistema" nel caricamento dei documenti contenenti l'offerta<sup>58</sup>.

Un orientamento di questo tipo, a ben vedere, appare tradire la *ratio* sottesa al soccorso istruttorio inteso nei termini di strumento che, anche nelle gare interamente telematiche, esprime un modello fondato sulla piena contendibilità ed inclusione dei diversi operatori economici. Come è stato osservato<sup>59</sup>, l'adesione alla richiamata e più restrittiva impostazione di fatto finisce per scoraggiare l'utilizzo di piattaforme informatiche in relazione alle procedure di gara: se è vero che non è possibile «addossare in maniera sproporzionata» l'onere della prova a carico della stazione appaltante, è altrettanto vero che tale onere non può essere parimenti addossato in forma immediata, in assoluto e senza alcun vaglio di proporzionalità, sull'operatore privato.

Ad una tale osservazione è da aggiungere come la soluzione che riconduce il rischio informatico interamente in capo all'operatore privato appare in distonia con il già ricordato art. 3-*bis* legge n. 241/1990. A partire da quest'ultima disposizione è stato rilevato, da una parte della giurisprudenza<sup>60</sup>, come la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi sia, a ben vedere, finalizzata al conseguimento di maggiore efficienza (ai sensi dell'art. 97 Cost.) nell'azione amministrativa e presenti, pertanto, un carattere strumentale e servente rispetto a quest'ultima, non potendo «sortire l'effetto opposto di rendere più gravoso l'accesso alle funzioni e servizi pubblici».

---

<sup>57</sup> Il riferimento è ripreso da Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2019, n. 8760, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si precisa al contempo la circostanza per la quale nel bando era chiaramente affermato che restasse esclusa qualsivoglia responsabilità della stazione appaltante «ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine preteritorio di scadenza».

<sup>58</sup> In quest'ottica, più recentemente e con specifico riguardo al problema del sovraccollamento della piattaforma telematica, si veda Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, n. 574, ove è stato affermato che il sovraccollamento di una piattaforma a causa del concentrarsi degli accessi, ben può determinare un caricamento dei dati da parte dell'operatore privato «più lento dell'ordinario», trattandosi di un evento che normalmente si verifica «solo in prossimità della scadenza del termine» ed è «agevolmente prevedibile ed oviabile con la (normale) diligenza di non ridursi all'ultimo minuto» (enfasi nostra).

<sup>59</sup> Da A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 367.

<sup>60</sup> In tale prospettiva, ad esempio, T.A.R. Liguria, Sez. I, 28 luglio 2021, n. 725, cui sono riconducibili le espressioni richiamate nel testo.

Muovendo dalla ricordata e più rigorosa lettura, un secondo ed opposto orientamento della giurisprudenza amministrativa, ispirato ad un principio di maggiore flessibilità, è pervenuto all'affermazione di un dovere per la stazione appaltante di predisporre strumenti alternativi di presentazione delle domande per il caso di malfunzionamento del sistema<sup>61</sup>. A fronte dell'accertamento di tale presupposto di fatto, è stato esplicitamente affermato come la stazione appaltante sia tenuta, per il caso di gare telematiche, a «garantire sempre il normale funzionamento del sistema e predisporre, o comunque consentire, modalità alternative di inoltro delle domande, per le ipotesi di malfunzionamento del portale»<sup>62</sup>.

Tale lettura è stata successivamente sviluppata attraverso il riferimento al principio collaborativo<sup>63</sup> di recente introduzione nel testo della legge n. 241/1990 per effetto del c.d. “decreto semplificazioni” del luglio 2020<sup>64</sup>. Il nuovo art. 1, comma 2-*bis*, della richiamata legge stabilisce, infatti, che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione «sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede», esplicitando l'idea di un dialogo procedimentale<sup>65</sup> destinato a svilupparsi in una prospettiva ampia che ricomprende l'intero rapporto tra sfera pubblica e privata<sup>66</sup>. In

<sup>61</sup> Si veda al riguardo Cons. Stato, 7 novembre 2017, n. 5136, in *Giustizia-amministrativa.it*, in una controversia rispetto alla quale il giudice amministrativo di prime cure aveva riconosciuto l'incombenza dell'onere della prova in merito al malfunzionamento del sistema in capo all'impresa ricorrente, la quale si sarebbe «limitata a riferire di meri contatti telefonici con il call center in data precedente alla scadenza del termine, senza potere fornire in proposito alcun principio di prova, mentre i soli elementi concreti allegati sono costituiti da comunicazioni di posta elettronica tutte successive alla data di scadenza del termine previsto».

<sup>62</sup> Cons. Stato, 7 novembre 2017, n. 5136, cit., che addivene alla conclusione per cui non è condivisibile l'argomentazione che pone interamente sulla parte privata l'onere di presentare, comunque entro il termine perentorio previsto dalla disciplina normativa, la domanda, anche con modalità alternative, e di fornire la prova rigorosa della relativa presentazione in data certa anteriore alla scadenza del termine.

<sup>63</sup> Sulla rilevanza di tale principio, ancor prima della sua più recente introduzione nella legge n. 241/1990, si vedano le pionieristiche riflessioni di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 21 ss.

<sup>64</sup> Si tratta del d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2020, sul cui impatto, con riguardo alla sfera procedimentale si veda F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 772 ss., per un'indagine ad ampio spettro che copre anche le innovazioni ascrivibili al secondo decreto semplificazioni del 2021.

<sup>65</sup> M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 238.

<sup>66</sup> Il riferimento è a quella che la dottrina ha da tempo qualificato nei termini di una relazione tra autorità e libertà (in tale ottica, per tutti, M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 83 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra*

questa nuova cornice di riferimento, è stato precisato come il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato<sup>67</sup> «ora scolpito nell'art. 1, comma 2-*bis*, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali»<sup>68</sup>. L'orientamento in questione appare di interesse per il fatto di pervenire alla configurazione di un dovere di aiuto/soccorso della parte privata in una dimensione di fatto pre-procedimentale<sup>69</sup>, laddove si tratti di individuare un percorso agevolato per la presentazione delle domande/candidature con riguardo a procedure interamente telematizzate. Il rafforzamento di una logica che vede nel soccorso istruttorio uno strumento di partecipazione collaborativa<sup>70</sup> si apprezza – come lo stesso giudice amministrativo ha osservato – nei casi in cui il privato non abbia dimostrato «una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale»: in tali ipotesi, l'attivazione dello strumento rimediale appare doverosa ove l'amministrazione non abbia individuato strumenti di adeguato accompagnamento alla procedura per far fronte a situazioni complesse (se non a vere e proprie insidie) legate all'utilizzo dei mezzi

---

*libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, ora ricompreso in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Vita e pensiero, Milano, 2006, p. 874 ss.; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 20-22 settembre 2001*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 21 ss.).

<sup>67</sup> Sulla cui configurazione si rinvia alla monografia di S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*.

<sup>68</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si fa applicazione del principio di leale collaborazione di cui al nuovo art. 1, comma 2-*bis*, con riguardo ad un caso di malfunzionamento del sistema informatico per il caricamento delle domande nell'ambito di una procedura competitiva (ma, in senso analogo, già prima Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4915, *ivi*).

<sup>69</sup> Sull'interlocuzione pubblico/privato con riguardo alla fase preparatoria degli atti di iniziativa privata si rinvia in termini più generali allo studio di M. SICA, *Il diritto amministrativo del tempo post-moderno. Diritto d'interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2784 ss., per un'indagine sull'attitudine del dialogo preventivo a ridurre il grado di imprevedibilità ed incertezza delle decisioni amministrative.

<sup>70</sup> Osserva F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 3 ss., come la previsione dello strumento di ausilio di cui si discute sia «finalizzata a garantire la massima collaborazione tra privato ed amministrazione pubblica».

telematici per la presentazione delle candidature<sup>71</sup>.

Il richiamo al principio di leale collaborazione appare particolarmente rilevante nell'ottica di una riflessione volta ad evidenziare la necessità di un utilizzo non escludente (o formalisticamente selettivo) degli strumenti informatici e telematici. Il secondo e più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, unitamente all'introduzione del suddetto principio nella legge n. 241/1990, consente in definitiva di coniugare le ragioni dell'informatizzazione dei procedimenti selettivi con quelle della più ampia ed inclusiva partecipazione agli stessi. Un corretto utilizzo della strumentazione telematica nel rapporto tra sfera pubblica e privata presuppone, a ben vedere, una reciprocità valutabile sui due piani del comportamento amministrativo e del modo di "atteggiarsi" del privato nei confronti dell'amministrazione<sup>72</sup>. Riportando tale affermazione alla figura partecipativa del soccorso istruttorio, si perviene a riconoscere la possibilità di configurare quest'ultimo quale istituto a due dimensioni: dal lato dell'amministrazione, esso si pone quale strumento di ausilio doveroso che la stazione appaltante è chiamata ad offrire *a fortiori* laddove si tratti di "temperare" le possibili insidie legate all'utilizzo di strumenti telematici; dal lato del soggetto privato esso rappresenta l'occasione per sviluppare un "dialogo" con l'amministrazione finalizzato alla migliore definizione di uno specifico procedimento. Nell'ottica di una partecipazione non solo collaborativa, ma anche strumentale al risultato costituito dal miglior perseguimento dell'interesse pubblico in ciascuna singola vicenda procedimentale<sup>73</sup>, il privato è chiamato ad assumere un atteggiamento improntato

---

<sup>71</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 luglio 2021 (difforme rispetto a nota 68), n. 5008, cit., ove si fa riferimento alla «assenza di idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema».

<sup>72</sup> Sulla reciprocità della collaborazione si veda in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. IV, 21 ottobre 2022, n. 5055; nonché T.A.R. Piemonte, Sez. II, 28 novembre 2022, n. 1041, entrambi in *Giustizia-amministrativa.it*, laddove si riconosce che il soccorso istruttorio «non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza – specificati mediante il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che *quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete*, di compilare moduli, di presentare documenti» (enfasi nostra).

<sup>73</sup> Per una tale declinazione si vedano T. BONETTI, *op. cit.*, p. 139 ss., che collega molto attentamente la strumentalità del soccorso alla prospettiva della sua doverosità, nonché F. SAITTA, *Contratti pubblici*, cit., p. 3 ss., che si riferisce ad una «comune esigenza» di definizione di un procedimento.

al principio di auto-responsabilità. Tutto ciò comporta, in conclusione, la qualificazione in capo allo stesso privato di un dovere di diligenza (che fa da contraltare al dovere di essere “soccorso” dell’amministrazione a fronte di procedure interamente telematizzate) e si traduce in un atteggiamento di apertura e collaborazione verso la stessa amministrazione, non contribuendo col proprio comportamento a creare o acuire situazioni di *stress* legate al sistema telematico<sup>74</sup>.

Il caso del soccorso istruttorio nelle gare telematiche consente di comprendere come il corretto utilizzo delle piattaforme informatiche si possa coniugare con le ragioni della partecipazione inclusiva soltanto laddove sussista la ricordata reciprocità sul piano collaborativo. In questo modo è possibile conferire un più solido fondamento all’idea per cui il ricorso a mezzi telematici nell’agire dell’amministrazione, lungi da costituire uno strumento di natura escludente, ben possa coniugarsi con le istanze di una partecipazione aperta ed inclusiva. Si tratta a questo punto di richiamare altri due ambiti rispetto ai quali tale affermazione appare trovare una più evidente e recente conferma.

#### 4. *La telematica al servizio dell’inclusività: il caso delle aree interne e l’apertura al modello organizzativo delle comunità energetiche*

La costruzione di percorsi di partecipazione di natura inclusiva, che si avvalgono del ricorso ai mezzi telematici, si può apprezzare avendo riguardo al caso delle aree interne<sup>75</sup> ed all’innovativo modello di organizzazione

<sup>74</sup> Di tale dovere di diligenza sono state offerte in giurisprudenza due declinazioni. Si è fatto riferimento, da un primo punto di vista, ad un onere di diligenza qualificata (o «esigibile», in forza della quale non si può disconoscere il dato rappresentato dalla signoria della conoscenza che l’operatore privato possiede in certi ambiti, facendo propendere per un’asimmetria informatica pubblico/privato di fatto a favore di quest’ultima sfera: così T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 21 aprile 2021, n. 410). Diversamente, da un secondo punto di vista, si è affermato che tale onere di diligenza può essere di fatto assolto con il «ricorso a personale munito di adeguate conoscenze informatiche» (Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795).

<sup>75</sup> A conferma della speciale attenzione che da tempo la dottrina ha dedicato alla tematica in questione è possibile richiamare, in un’ottica più ampia che si rivolge all’amministrazione regionale, il risalente lavoro di M.S. GIANNINI, *Problemi dell’amministrazione delle regioni insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 563 ss., nonché in prospettiva storica G. MELIS, *Società senza Stato? Per uno studio delle amministrazioni periferiche tra età liberale e periodo fascista*, in *Poteri locali*, 1988, p. 91 ss.; e, per una più recente ripresa della tematica in questione, E. CARLONI, *Ripensare le istituzioni ai margini. I limiti della governance territoriale, tra specialità urbana e aree interne*, in *Ist. fed.*, 2020, f. 2, p. 325 ss.

che fa capo alla figura delle comunità di energie rinnovabili<sup>76</sup>.

Rivolgendo *in primis* lo sguardo alle aree interne, è da sottolineare come il loro riferimento si ponga in un'ottica trasversale, che investe due tra le missioni strategiche del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) corrispondenti alla digitalizzazione ed all'inclusione sociale<sup>77</sup>. In tale prospettiva, è possibile osservare come tali aree non pongano soltanto un problema di miglioramento della connettività, ma anche una questione più direttamente collegata al potenziamento di servizi di prossimità a favore di comunità che popolano territori distanti dai maggiori nodi urbani e non sempre agevolmente accessibili<sup>78</sup>. Al riguardo, il *Next generation Italia* coniuga un concetto particolarmente ampio di partecipazione, che viene riportato direttamente al testo costituzionale e, segnatamente, all'art. 3, comma 2, Cost.: le linee di investimento che intercettano le già richiamate missioni sono preordinate a superare barriere ed ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione economica, sociale e politica.<sup>79</sup>

Da questo punto di vista, il richiamo alla già da tempo avviata Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI)<sup>80</sup> assume una collocazione centrale nel contesto del PNRR, sulla base della affermata necessità di sviluppare tali ambiti territoriali tenendo insieme, in un'ottica di adeguato bilanciamento, tradizione e innovazione. Per questo, le aree interne si pongono – in base ad una logica proattiva che supera la condizione iniziale di marginalità e

---

<sup>76</sup> In merito alle quali, da ultimo, si rinvia ai lavori di V. PEPE, *Le «comunità energetiche» come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *Ambienteditto.it*, 2022, p. 1 ss.; R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 603 ss., spec. p. 640 e ss. per la valorizzazione di tale modello nella rete costituzionale della sussidiarietà orizzontale; C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, *ivi*, p. 111 ss.

<sup>77</sup> A tale riguardo, il PNRR evidenzia come il divario tra aree urbane e aree interne e rurali rappresenti «un forte ostacolo alla convergenza economica e sociale, incidendo di fatto sulla qualità dei servizi» (così *Next Generation Italia – Piano nazionale di ripresa e resilienza*, pubblicato in *Governo.it*, spec. p. 158).

<sup>78</sup> E. CARLONI, *Ripensare le istituzioni*, cit., spec. pp. 325-326.

<sup>79</sup> Sul punto, più ampiamente, G.M. CARUSO-G. BEFANI, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia*, in *Ist. fed.*, 2020, p. 347 ss., spec. pp. 355-356.

<sup>80</sup> In merito a tale Strategia, lanciata nel 2012 dall'allora Ministro per la coesione sociale e costituente una delle linee di intervento strategico connesso ai fondi strutturali europei del ciclo di programmazione 2014-2020, si vedano S. LUCATELLI-F. TANTILLO, *La strategia nazionale per le aree interne*, in A. DE ROSSI (a cura di), *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, Donzelli, Roma, 2020, p. 403; e, per quanto riguarda il caso peculiare della montagna, G.P. BOSCARIOL, *La strategia per le aree interne quale strumento di sviluppo dei territori montani*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2017, f. 3, p. 675 ss.

valorizza la prospettiva di un «legame sociale» all'interno di ciascun singolo territorio<sup>81</sup> – quali veri e propri laboratori per sperimentare percorsi innovativi che consentano di porre in speciale rilievo il loro peculiare «patrimonio naturale e culturale»<sup>82</sup>. Si tratta – come le prime esperienze a livello applicativo hanno dimostrato – di una strategia ad ampio spettro che appare capace di intercettare diverse competenze e di porle a servizio dei singoli territori, da un lato potenziando i servizi a favore delle persone più fragili ed in condizione di svantaggio, dall'altro investendo sul profilo della connettività (mediante il ricorso ad appositi strumenti telematici), in modo da garantire la sempre maggiore prossimità rispetto al bisogno da soddisfare.

Si pone in quest'ottica, ad esempio, un recente ed articolato progetto-pilota a vocazione sociosanitaria avente ad oggetto le aree montane interne della provincia di Lucca e finalizzato a ripianare un'asimmetria rispetto ai grandi centri urbani per quanto concerne la fruizione dei servizi alla persona<sup>83</sup>. Il progetto in questione si pone quale prima esperienza di particolare interesse a livello nazionale per il fatto di coniugare le problematiche attinenti al potenziamento dei percorsi di partecipazione inclusiva e coesione sociale con quelle relative all'incremento della connettività in aree più svantaggiate. Il tratto di fondo che ha caratterizzato la prima fase di avvio del progetto è rappresentato dal coinvolgimento di una pluralità di competenze diversificate messe a servizio del territorio (tra le quali l'*expertise* medica, quella informatica e telematica, così come le competenze economico-giuridiche)<sup>84</sup>. In questa prospettiva di carattere integrato e trasversale, il ricorso ai mezzi telematici assume una rilevanza centrale, soprattutto

---

<sup>81</sup> In quest'ottica si veda B. TONOLETTI, *Costituzione giuridica delle cose e legame sociale*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 249 ss.; nonché per una riflessione che muove dalla città come laboratorio per un nuovo modo di amministrare, S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 2 ss.

<sup>82</sup> Così A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 439 ss.

<sup>83</sup> Si tratta del progetto denominato *Proximity care*, promosso dalla Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (che ha iniziato a muovere i suoi passi tra il dicembre 2022 ed il gennaio 2023, per la cui descrizione si veda il sito istituzionale *Santannapisa.it*), sulla base di un finanziamento *ad hoc* erogato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Lucca, in considerazione delle rilevanti implicazioni dello stesso ai fini della elevazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi sociali e sanitari nel territorio oggetto di sperimentazione (la Valle del Serchio e la Garfagnana).

<sup>84</sup> Lo scopo del progetto, infatti, è quello di «garantire in ogni parte del territorio, e quindi anche nelle zone maggiormente remote e lontane dai centri di assistenza, la possibilità di usufruire di servizi di eccellenza che sono normalmente propri dei grandi centri di ricerca e assistenza sanitaria» (così *Proximity care*, cit.).

per il fatto di conferire effettività ai percorsi di potenziamento dei servizi sociali e sanitari a favore di persone che si trovino in tali aree distanti dai maggiori centri urbani. Vi è, da questo punto di vista, un vero e proprio rapporto di strumentalità tra potenziamento della connettività e prestazione e fruizione dei richiamati servizi alla persona<sup>85</sup>, tale da far emergere con più evidenza come la telematica possa in concreto porsi al servizio di più ampi percorsi di inclusione e coesione sociale che si inquadrano entro lo schema della sussidiarietà orizzontale<sup>86</sup>. Non è di secondaria rilevanza, al riguardo, come al percorso di potenziamento dei servizi nelle aree oggetto del progetto siano chiamati a partecipare in chiave di massima apertura ed inclusività *in primis* gli enti del Terzo settore, attraverso appositi tavoli di co-progettazione<sup>87</sup> finalizzati alla costruzione e messa a punto di servizi innovativi e di qualità che siano effettivamente rispondenti ai bisogni delle comunità locali.

Una riflessione analoga, per quanto concerne l'utilità dei mezzi telematici ove posti a servizio di percorsi di partecipazione inclusiva a livello locale, può essere sviluppata con riguardo al caso delle comunità di energie rinn-

---

<sup>85</sup> Ciò appare evidente laddove si consideri un elemento-presupposto su cui il progetto richiamato pone particolare attenzione: ossia il fatto che il potenziamento della connettività rispetto a tali aree rappresenta la preconditione per poter prestare determinati servizi di natura sociosanitaria in forma diretta ed immediata, avvalendosi delle piattaforme telematiche (si pensi, ad esempio, alla sfera più generale della c.d. "telemedicina" e alla possibilità di un contatto diretto medico/paziente che si attua attraverso il ricorso a visite o consulti realizzati a distanza, senza richiedere spostamenti fisici di difficile realizzazione a causa della particolare lontananza del luogo di vita dalle principali strutture medico-ospedaliere).

<sup>86</sup> In merito a tali percorsi, anche alla luce della "storica" sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, si rinvia in dottrina a E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, f. 3, p. 49 ss.; nonché F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *Labsus.org*, 6 luglio 2020.

<sup>87</sup> In merito a tale innovativa figura si rinvia in dottrina a M. CLARICH-B. BOSCHETTI, *Il codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?*, in *Jus*, 2018, p. 28 ss.; S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra P.A. e enti del Terzo settore*, in *Munus*, 2019, p. 545 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1 ss., sulla emersione giuridica del Terzo settore e le problematiche legate al diritto di quest'ultimo come «diritto promozionale»; con riguardo alle politiche in materia di immigrazione L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. p. 89 ss.; nonché da ultimo per un'ampia trattazione che muove dall'analisi delle istituzioni del Terzo settore, per giungere allo studio delle relazioni tra queste ultime e le amministrazioni pubbliche D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. p. 8 ss. e p. 331 ss.

vabili. Nel contesto più ampio rappresentato dalla strategia di contrasto al fenomeno della c.d. “povertà energetica”<sup>88</sup>, la definizione che di tali comunità è stata offerta dalla dir. 2018/2001/UE ne chiarisce la speciale natura di soggetto giuridico che «conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili»<sup>89</sup>. I soggetti che possono dar luogo alla loro costituzione – sulla base di un modello che presuppone un partenariato ad ampio spettro idoneo a coinvolgere amministrazioni pubbliche, società civile e mondo produttivo-imprenditoriale<sup>90</sup> – sono rappresentati da persone fisiche, piccole e medie imprese, così come amministrazioni comunali<sup>91</sup>.

L’idea che emerge, e che il PNRR in chiave nazionale ha inteso valorizzare, è quella di una struttura organizzativa fondata sul paradigma partecipativo ed inclusivo<sup>92</sup>, la quale si propone quale soggetto produttore *in primis* di un beneficio socialmente apprezzabile a favore di una pluralità di utenti che partecipano in forma paritaria alla sua “costruzione” ed alla sua operatività<sup>93</sup>. A tal riguardo, è possibile osservare come le comunità energetiche si pongano quale veicolo di inclusione ad ampio spettro che si avvale del ricorso a mezzi telematici. Da questo punto di vista, la digitalizzazione costituisce un elemento capace di concorrere al «patrimonio

<sup>88</sup> Sulla quale da ultimo J.B. AUBY, *La povertà energetica*, Relazione al Convegno sul tema «La povertà e le sue declinazioni nell’economia globalizzata», tenutosi a Livorno in data 4 novembre 2022; nonché in chiave più ampia C. FRANCHINI, *L’intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, *passim*.

<sup>89</sup> Nello specifico, art. 2, par. 2, n. 16.

<sup>90</sup> Sul punto D. BEVLACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 297 ss., il quale si riferisce alle comunità energetiche quali modelli di coinvolgimento dei privati in composizione associata.

<sup>91</sup> Con uno specifico tratto che le caratterizza in chiave teleologica: il loro obiettivo principale è, infatti, quello di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari» (così afferma l’art. 2, par 2, n. 16, lett. c), dir. 2018/2001/UE).

<sup>92</sup> A testimonianza di tutto ciò, l’art. 22 della dir. 2018/2001/UE, riconosce chiaramente come «la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili» (par. 2 lett. f).

<sup>93</sup> Il dato della paritarietà emerge, peraltro, ancora dalla dir. 2018/2001/UE menzionata laddove si riconosce (*considerando* n. 70) che «le misure volte a consentire alle comunità di energia rinnovabile di competere su un piano di parità con altri produttori mirano altresì ad aumentare la partecipazione locale dei cittadini a progetti nell’ambito delle energie rinnovabili e pertanto incrementano l’accettazione dell’energia rinnovabile» (enfasi nostra). Sul particolare legame tra partecipazione e accettazione da ultima N. RANGONE, *op.cit.*, p. 167 ss.

comunitario» tipico delle comunità<sup>94</sup>, con ciò volendo intendere che l'utilizzo dei mezzi telematici risulta strumentale alla realizzazione (e successiva messa in opera) di un modello organizzativo da ricondurre al paradigma della c.d. "amministrazione condivisa"<sup>95</sup>.

Il dato si apprezza con particolare riguardo alla fase costitutiva delle comunità energetiche<sup>96</sup>, e segnatamente in relazione alla questione della conoscibilità dei progetti preordinati alla loro realizzazione. In proposito è stato osservato come il ricorso alle piattaforme digitali si ponga quale strumento di particolare utilità per l'Amministrazione pubblica al fine di raggiungere una «vasta platea» di cittadini potenzialmente interessati<sup>97</sup>, con la doverosa precisazione per cui le informazioni condivise siano chiare e comprensibili, tali da poter effettivamente incentivare una partecipazione attiva degli interessati alla suddetta fase "fondativa" delle comunità<sup>98</sup>. In definitiva, si può osservare come l'esigenza del *clare loqui* da parte della PA, unitamente al ricorso ad apposite piattaforme digitali idonee a convogliare in modo diretto ed immediato le informazioni<sup>99</sup>, siano univocamente diretti

---

<sup>94</sup> Così C. MARI, *op. cit.*, spec. p. 20.

<sup>95</sup> Sulla cui configurazione, in termini generali, si rinvia agli studi di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Laterza, Bari, 2006, spec. p. 26 ss.; F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa*, cit.; nonché da ultimi D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 31 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, *ivi*, p. 21 ss.; M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, *ivi*, p. 113 ss.

<sup>96</sup> La cui riconducibilità al modello dell'amministrazione condivisa è stata più di recente posta in evidenza da S. LAZZARI, *Il percorso per l'attivazione di comunità energetiche rinnovabili e solidali*, in *Labsus.org*, 2022, la quale afferma come «le comunità energetiche rinnovabili sembrano rappresentare una preziosa opportunità per *declinare i principi dell'amministrazione condivisa nel campo della transizione energetica*, coniugando la sostenibilità ambientale con quella economica e, soprattutto, sociale» (enfasi nostra); il tema è stato ripreso da ultimo anche in K. EROE, *Le comunità energetiche rinnovabili (e solidali)*, in *Impresa sociale*, 2023, f. 1, p. 138 ss.

<sup>97</sup> C. MARI, *op. cit.*, pp. 122 e 123.

<sup>98</sup> Per un riferimento più generale al concetto di "usabilità" quale espressione di accessibilità ed immediatezza nella fruizione delle informazioni veicolate tramite mezzi telematici si rinvia a C. LEONE, *Il principio «digital first»: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giustamm.it*, 2016.

<sup>99</sup> In proposito è stato richiamato (da A. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *Ambienteditto.it*, 2022, p. 1 ss.) il caso spagnolo di una comunità energetica costituita in una località prossima ad Alicante che ha fatto ricorso ad un «sistema pubblico di informazione energetica» basato sul «montaggio di pannelli informativi digitali in diversi edifici e luoghi pubblici». Si tratta di strumenti di informazione che ricorrono ad «elementi visivi idonei ad attirare l'attenzione dei cittadini, i

all'obiettivo di una informazione propedeutica ad attivare un percorso di partecipazione inclusiva che passa dalla creazione di organizzazioni di partenariato ad ampio spettro<sup>100</sup> quali sono le comunità energetiche.

## 5. *Una conclusione*

Lo sviluppo della riflessione condotta in questo contributo ha consentito di mettere in evidenza una certa ambivalenza sottesa al riferimento alla partecipazione come modello generale che persegue l'obiettivo dell'inclusione, soprattutto quando sia in gioco l'utilizzo delle piattaforme digitali. Del resto – accedendo ad una particolare lettura del “problema” della partecipazione offerta da una parte della dottrina di matrice sociologica<sup>101</sup> – è stato osservato come l'idea del coinvolgimento attivo del pubblico nei processi decisionali dell'amministrazione sia talora idoneo a determinare distorsioni, realizzando in concreto l'effetto opposto a quello dell'inclusione. Il ricorso ai mezzi telematici rappresenta, in questo contesto, un incentivo da correlare necessariamente al rafforzamento delle «pretese partecipative»<sup>102</sup> dei privati rispetto ai percorsi di decisione propri dell'amministrazione, anche se con un evidente *caveat*. Si tratta di impedire che il ricorso all'utilizzo di mezzi telematici si trasformi esso stesso in un «fattore di complicazione e di esclusione»<sup>103</sup>, determinando una vera e propria eterogenesi dei fini sottesi all'idea di partecipazione.

Il dato è apparso evidente, alla luce della casistica che si è richiamata,

---

quali possono accedere rapidamente alle informazioni inerenti alla produzione e al consumo energetico in ambito locale» (*ivi*, p. 7).

<sup>100</sup> E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2020, p. 85 ss., il quale riconduce la partecipazione delle amministrazioni pubbliche all'interno delle comunità energetiche direttamente al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

<sup>101</sup> Il riferimento è a G. MOINI, *Teoria e critica della partecipazione. Un approccio sociologico*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 38 ss., laddove si osserva come «la partecipazione può produrre, nello stesso tempo, inclusione o ulteriori forme di esclusione sociale; [...] democratizzazione o de-democratizzazione delle scelte; [...] riduzione o accentuazione delle disuguaglianze sociali».

<sup>102</sup> Riprendendo un'espressione di A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim*.

<sup>103</sup> Come rilevato, ad esempio, da E. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 471 ss., spec. p. 505, ove si afferma con chiarezza che la trasformazione della tecnologia da strumento di ausilio a fattore di aggravamento ed in definitiva di esclusione di fatto approfondisce le «disuguaglianze già esistenti».

accedendo ad una lettura eccessivamente rigorosa (e formalistica) del soccorso istruttorio nelle gare interamente telematizzate: in tali ipotesi, il ricorso ad una digitalizzazione incondizionata ha condotto, talora, a determinare un effetto escludente in controtendenza con l'obiettivo della più ampia apertura e contendibilità delle procedure ad evidenza pubblica.

Diversamente, il prevalere di una lettura *proactive* della digitalizzazione con riguardo al caso della strategia per il ripianamento delle asimmetrie tipiche delle aree interne e a quello della ideazione e messa in opera delle comunità energetiche, pone all'attenzione dell'interprete la vera funzione ausiliaria e di supporto dei mezzi telematici rispetto a percorsi di aggregazione, progettazione condivisa ed in ultima istanza di inclusione sociale. In tal modo, alle ragioni della cautela nei confronti dell'affermazione di un principio di esclusività digitale<sup>104</sup> si affiancano quelle che fanno leva su di un modello fondato sulla preferenza per il ricorso ai mezzi telematici, entro la più ampia cornice di una loro rinnovata ed ulteriormente valorizzata funzione ausiliaria e strumentale rispetto alla garanzia dell'effettività della stessa partecipazione.

---

<sup>104</sup> Per l'affermazione di un necessario temperamento di tale principio in ragione di una persistente riserva di umanità nell'agire amministrativo si rinvia al recente lavoro monografico di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023, spec. p. 114 ss., ove si richiama altresì la fondamentale pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474, in *Giustizia-amministrativa.it*, spec. par. 10, la quale afferma che «l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa»; cui *adde*, per l'affermazione di un opposto principio di non esclusività, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw Journ.* (Rivista di Biodiritto), 2019, p. 69 ss.



SALVATORE VUOTO

LA DIGITALIZZAZIONE  
DELLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE  
PER IL SETTORE MARITTIMO-PORTUALE

SOMMARIO: 1. Il concetto di *Single Window* nell'evoluzione normativa. – 2. Gli scenari aperti dai più recenti sviluppi del diritto europeo. – 3. I *Port Community Systems* e la prospettiva della loro integrazione nella Piattaforma logistica nazionale. – 4. Gli impulsi del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica e la progettazione del Modello unico di PCS. – 5. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e la nuova strategia di RAM s.p.a.

1. *Il concetto di Single Window nell'evoluzione normativa*

Uno dei profili di maggiore importanza ed attualità che, anche nel panorama nazionale italiano, interessa le prospettive di evoluzione dei traffici e della logistica del settore marittimo e portuale riguarda l'integrazione dei sistemi di comunità portuale (*Port Community Systems-PCS*) coi portali unici nazionali (*National Single Windows*). Che tale integrazione meriti di essere perseguita per impulso innanzitutto dell'Autorità governativa centrale è indicazione – nella letteratura economica – largamente condivisa a livello globale<sup>1</sup>, sì da ritenere che la suddetta interoperabilità meriti realizzazione impegnando direttamente lo strumento legislativo ordinario<sup>2</sup>.

Lo strumento delle interfacce uniche (*Single Windows*) è stato introdotto nel 2005 dalla *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE) con la raccomandazione n. 33, che definisce tale meccanismo «*as a facility*

---

<sup>1</sup> Cfr. S. KERETHO, *Establishing Interoperability among Multiple Inter-Organizational Systems (IOS) for efficient Cross-Border Trade*, International Single Windows Conference and Exhibition, SWC 2016, 5-7 settembre, Marrakesh.

<sup>2</sup> Cfr. V.A. TORBIANELLI, "Valore focale della legge" e "economia dell'identità" quali strumenti teorici per l'interpretazione del debole sviluppo dell'interoperabilità fra "Port Community System" (PCS) e "portali unici nazionali" nel contesto portuale italiano, in *Riv. ec. pol. trasp.*, 2016, f. 2, art. 4., p. 8.

*that allows parties involved in trade and transport to lodge standardized information and documents with a single entry point to fulfil all import, export and transit-related regulatory requirements. If information is electronic, then individual data elements should only be submitted once*<sup>3</sup>. Il deposito delle informazioni *una sola volta* e presso *un unico organismo* ha lo scopo, da un lato, di consentire significativi vantaggi per tutte le parti coinvolte nel commercio transfrontaliero; e presuppone, dall'altro, che la piattaforma venga *«generally managed centrally by a lead agency, enabling the appropriate governmental authorities and agencies to receive or have access to the information relevant for their purpose»*.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, in particolare, l'art. 5 della dir. 2010/65/UE, allo scopo di semplificare e armonizzare le procedure amministrative applicate ai trasporti marittimi mediante l'uso generalizzato della trasmissione elettronica delle informazioni, ha fondato l'obbligo per ciascuno Stato membro di dotarsi di un'interfaccia unica nazionale, il cui funzionamento assicuri sia l'adempimento delle formalità di dichiarazione elettronica previste dalla normativa nazionale a carico delle navi in arrivo o in partenza da uno scalo portuale, sia l'individuazione del «luogo dove tutte le informazioni sono dichiarate una volta e messe a disposizione delle varie Autorità competenti e degli Stati membri». La citata direttiva, imponendo l'uso dello strumento elettronico, ha così richiesto – di fatto – che le *Single Windows* di ciascuno Stato membro siano interoperabili, dal momento che l'interoperabilità è il necessario presupposto di funzionamento per realizzare l'obiettivo di un'interfaccia unica.

Nell'ordinamento italiano la dir. 2010/65/UE è stata recepita col d.l. n. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012, il cui art. 8, comma 10, ha stabilito che le procedure amministrative correlate all'arrivo ed alla partenza delle navi dai porti nazionali si svolgono attraverso il ricorso ai due seguenti sistemi: a) il *Safe Sea Net*, che è il sistema di monitoraggio e di informazione dell'Unione europea (introdotto in Italia col d.lgs. n. 196/2005), relativo al traffico marittimo mercantile, organizzato e gestito dall'EMSA (*European Maritime Safety Agency*) allo scopo di implementare la sicurezza della navigazione, la *security* marittima anche a livello portuale, l'efficienza del trasporto marittimo e la protezione dell'ambiente marino; b) il *Port Management Information System-PMIS*, che è il sistema che permette l'automatizzazione delle procedure di arrivo e partenza delle navi da e per i porti nazionali ed al quale è stato dunque assegnato il ruolo di *National Maritime Single Window*, interfaccia unica nazionale marittima gestita – come noto – dall'Autorità marittima, ovvero dal Corpo delle Capitanerie

---

<sup>3</sup> V. ECE/TRADE/352 *Recommendation and Guidelines on establishing a Single Window*, p. 3.

di porto-Guardia costiera. Peraltro, l'art. 8, comma 13, del predetto d.l. n. 179/2012 ha previsto pure – esplicitando l'indicazione contenuta nella direttiva europea – che con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti vengano stabilite le modalità per assicurare l'interoperabilità dei dati immessi nel sistema PMIS con il *Safe Sea Net*; e la legge di conversione del decreto-legge medesimo ha ulteriormente disposto che tale interoperabilità debba riguardare sia il sistema informativo delle dogane, sia le piattaforme telematiche realizzate dalle (allora) Autorità portuali, «per il migliore espletamento delle funzioni di indirizzo e coordinamento dei nodi logistici che alle stesse fanno capo».

Oltre che per le *navi*, il concetto di *Single Window* vale altresì per le *merci*. Per la gestione delle operazioni di movimentazione di queste ultime, segnatamente in riferimento alla sfera dell'import/export, è stato introdotto il meccanismo dello sportello unico doganale, inteso come strumento di semplificazione amministrativa a beneficio degli operatori economici che hanno l'onere di presentare, oltre alla dichiarazione doganale, fino a 68 istanze a ben 18 Amministrazioni, mediante trasmissione alle stesse di informazioni e dati sovente identici o simili, per ottenere autorizzazioni, permessi, licenze e nulla osta che in passato venivano prevalentemente rilasciati in formato cartaceo. Per ovviare agli inconvenienti legati alle modalità fisiche e cartacee di svolgimento delle procedure, ai tempi e costi delle stesse ed alle inefficienze dovute alla mancanza di coordinamento tra Amministrazioni nel processo di sdoganamento, inconvenienti che si riflettono inevitabilmente sulla competitività dei porti, l'art. 4, commi da 57 a 60, della legge n. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004) ha stabilito – prima ancora dell'intervento del legislatore comunitario – che presso gli uffici della (allora) Agenzia delle dogane fosse istituito, ferme restando le attribuzioni e le competenze già legalmente determinate, lo «sportello unico doganale», il quale concentra tutte le istanze inviate in via telematica ed inoltra i dati così raccolti alle Amministrazioni interessate per un coordinato svolgimento dei rispettivi procedimenti ed attività.

L'istituzione concreta di tale sportello unico è avvenuta col D.P.C.M. n. 242/2010, che ha disposto la gestione per via telematica dei procedimenti amministrativi relativi alle certificazioni, nulla osta ed autorizzazioni conseguenti alle dichiarazioni doganali, la digitalizzazione dell'intero processo di sdoganamento, il conferimento all'Autorità doganale del compito di coordinamento dei controlli effettuati dalle varie Amministrazioni ed il dialogo digitale degli uffici doganali con quelli del Ministero della salute e dell'(allora) Ministero per lo sviluppo economico, che si occupano della maggior parte delle certificazioni da presentare a supporto della dichiarazione doganale. Sebbene la realtà dello sportello unico doganale tenda ad essere confusa col concetto di interfaccia unica, occorre precisare che si tratta di due strumenti

non coincidenti (anche se collegati, poiché il primo completa l'esistenza e l'operatività della seconda), dato che per avere un'interfaccia unica il deposito delle informazioni deve avvenire – come più sopra si è detto – sia *una sola volta* sia *presso un unico soggetto*. Nel caso dello sportello unico doganale attivato nel luglio 2011, invece, difetta il paradigma del *single entry point*, considerato che l'operatore economico rimane comunque chiamato ad interagire non solo con l'Autorità doganale, ma anche con le altre Amministrazioni coinvolte nel processo di sdoganamento delle merci.

Lo strumento dello sportello unico doganale è stato significativamente rafforzato dal legislatore italiano in occasione della riforma della disciplina delle Autorità portuali, di cui alla legge n. 84/1994. Il d.lgs. n. 169/2016, attuativo della delega contenuta nella legge n. 124/2015, ha infatti previsto all'art. 20 (la formulazione del cui testo va senz'altro criticata, risultando alquanto imprecisa<sup>4</sup>) che allo sportello in discorso venisse attribuita la competenza su «tutti gli adempimenti connessi all'entrata e uscita delle merci nel o dal territorio nazionale» e che tale competenza comprendesse anche la sfera dei «controlli». Introducendo la nuova denominazione di «Sportello unico doganale e dei controlli» (SUDOCO), che si avvale della piattaforma informatica AIDA (sulla quale risultano oggi in formato elettronico oltre il 98% delle dichiarazioni doganali), la riforma ha stabilito pure che tali controlli, ad esclusione di quelli disposti dall'Autorità giudiziaria e di quelli svolti dagli organi per la sicurezza dello Stato e dalle forze di polizia, debbano essere eseguiti contemporaneamente e nello stesso luogo, dovendo le Amministrazioni che svolgono controlli sulle merci presentate in dogana concludere i procedimenti entro il termine di un'ora per il controllo documentale e di cinque ore per il controllo fisico delle merci.

La novella legislativa ha trovato attuazione regolamentare col d.P.R. n. 235/2021, il quale all'art. 3 ha istituito il Portale SUDOCO come strumento che «funge da interfaccia unica per l'attivazione, per la tracciabilità dello stato, per la conclusione e per la consultazione dei procedimenti e dei controlli» relativi alle merci in entrata e uscita dal territorio italiano. Alle norme regolamentari ha fatto poi seguito la determinazione del direttore generale dell'Agenzia delle accise, dogane e monopoli prot. n. 39493/Ru del 28 gennaio 2022, che ha definito l'architettura generale del sistema SUDOCO, articolandola in una Componente di interfaccia unica per gli operatori economici, in una Componente di interoperabilità tra le Amministrazioni ed in una Componente di comunicazione e coordinamento operativo delle

---

<sup>4</sup> Sul punto, v. diffusamente A. SIKERA, *L'evoluzione del sistema dei controlli in ambito portuale: verso lo sportello unico marittimo*, in G. COLOMBINI-M. D'ORSOGNA-L. GIANI-A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 381 ss.

ispezioni sulle merci. Attraverso la prima Componente gli operatori economici dispongono di una *Single Window* verso l'Amministrazione doganale e le altre Amministrazioni competenti al rilascio dei provvedimenti necessari alle procedure di ingresso/uscita delle merci nel/dal territorio doganale dell'Unione europea, usufruendo di un meccanismo unificato di accesso ai servizi con funzioni di identificazione, autorizzazione ed informazione e di una funzione applicativa per la presentazione della dichiarazione doganale e per la richiesta di provvedimenti amministrativi. Mediante il portale SUDOCO gli operatori economici possono inoltre monitorare in tempo reale il ciclo di vita dell'operazione doganale, conoscere lo stato di lavorazione delle richieste presentate e acquisirne l'esito, anche mediante l'ausilio di servizi di messaggistica e di notifica. La seconda Componente, attraverso applicazioni e servizi di interoperabilità e cooperazione applicativa (è in questo quadro che trova ricollocazione – reingegnerizzato – il nuovo sistema AIDA), permette lo scambio di dati, informazioni e documenti relativi ai provvedimenti per l'ingresso e l'uscita delle merci, dal momento che tale interoperabilità (che integra adeguatamente il paradigma *once*) consente il dialogo tra le Amministrazioni coinvolte, la verifica dei documenti richiesti all'atto della presentazione della dichiarazione doganale, nonché il coordinamento degli eventuali controlli fisici. Gli stessi servizi sono inoltre disponibili per l'interazione con le Autorità di sistema portuale (Adsp), con le società di gestione aeroportuale e con i gestori delle strutture logistiche, per un efficace coordinamento dell'esecuzione del controllo fisico, per il tracciamento puntuale della posizione della merce e per la notifica della disponibilità della stessa per la verifica. La terza Componente rende infine possibile a tutti gli organismi pubblici che a vario titolo intervengono nel processo di entrata/uscita delle merci di inviare e gestire le richieste di visite di controllo, affinché queste ultime si svolgano contemporaneamente e nello stesso luogo.

Alla luce della richiamata architettura generale può senz'altro dirsi che l'evoluzione dallo strumento di semplificazione del SUD alla *Single Window* del SUDOCO centra efficacemente (almeno in teoria, poiché in concreto il nuovo assetto non è ancora entrato pienamente e diffusamente a regime<sup>5</sup>) l'obiettivo di rendere il sistema informatico doganale un'interfaccia unica, tramite la quale l'operatore economico può presentare informazioni ed istanze *una sola volta* ed ottenere attraverso *un solo canale* ogni atto o provvedimento amministrativo necessario per le attività di importazione ed esportazione delle merci.

---

<sup>5</sup> Secondo quanto previsto dalla Circolare dell'Agenzia delle accise, dogane e monopoli n. 38 del 7 novembre 2022, la sperimentazione operativa del modulo «Gestione controlli» è stata avviata nel porto di La Spezia l'8 novembre 2022. Allegati alla citata Circolare sono un Disciplinare quadro ed un Manuale utente, che forniscono le istruzioni operative del caso.

## 2. *Gli scenari aperti dai più recenti sviluppi del diritto europeo*

Sia in riferimento alle navi sia con riguardo alle merci, emergono nel contesto dell'Unione europea ulteriori e rilevanti sviluppi normativi. Nel quadro fin qui esaminato, infatti, ciascuno Stato membro, pur essendo tenuto ad istituire strumenti di *Single Window*, conserva autonomia nella scelta delle tecnologie informatiche e dei contenuti delle soluzioni applicative, in considerazione peraltro anche dei relativi costi in termini finanziari e di tempo. Ciò di fatto ha comportato la creazione di svariate interfacce uniche nazionali, tra loro non coordinate, tali da mettere in condizione uno stesso operatore economico, attivo presso più scali portuali europei, di dover adoperare diverse piattaforme informatiche, inopportunamente prive di omogeneità.

Circa le *navi*, si è constatato che la dir. 2010/65/UE non è riuscita a ridurre in modo soddisfacente gli oneri di natura amministrativa, a causa – appunto – della mancanza di armonizzazione delle soluzioni adottate dagli Stati membri. In particolare, oltre alla diversità delle interfacce utilizzate, che ha comportato l'inserimento di dati in formati differenziati e l'attivazione di una pluralità di procedure, sono risultati non uniformi sia i requisiti di rendicontazione, poiché la dir. 2010/65/UE copre solamente 14 formalità di dichiarazione, sia i livelli di efficientamento dei dati inseriti, poiché questi – non essendo riutilizzati adeguatamente – generano duplicazione delle comunicazioni. Per tali ragioni, è stato adottato il reg. 2019/1239/UE, che istituisce un sistema di interfaccia unica marittima europea (EMSWe). Tale regolamento dispone l'abrogazione della dir. 2010/65/UE con effetto dal 15 agosto 2025 e troverà applicazione con decorrenza dalla stessa data.

Come si ricava dai «considerando» premessi all'articolato normativo, il reg. 2019/1239/UE ha l'obiettivo di armonizzare le modalità di presentazione delle informazioni richieste per gli scali portuali, garantendo in particolare che le stesse serie di dati possano essere comunicate a ciascuna interfaccia unica marittima nazionale nello stesso modo. Esso mira dunque a facilitare la trasmissione delle informazioni tra i dichiaranti, le Autorità competenti, i prestatori di servizi portuali del porto di scalo e gli altri Stati membri; ciò, peraltro, senza modificare i tempi e i contenuti degli obblighi di dichiarazione attualmente vigenti per le navi in arrivo, in sosta o in partenza da un porto dell'Unione. Nelle intenzioni del legislatore europeo viene precisato che le interfacce uniche marittime nazionali esistenti in ogni Stato membro dovrebbero essere conservate come «base per un sistema di interfaccia unica marittima europea, tecnologicamente neutro e interoperabile». Le interfacce uniche nazionali, infatti, continuerebbero ad essere il punto d'accesso generale per le dichiarazioni degli operatori marittimi,

svolgendo sia le funzioni di raccolta dei dati presso i dichiaranti, sia quelle di distribuzione dei dati a tutte le Autorità competenti e ai prestatori di servizi portuali. Ad essere armonizzati a livello dell'Unione sarebbero quindi, dal lato dei dichiaranti, i *front-end* delle interfacce uniche nazionali, per agevolare le dichiarazioni e ridurre ulteriormente gli oneri amministrativi<sup>6</sup>. Tale finalità dovrebbe realizzarsi mediante l'uso, in ogni interfaccia unica nazionale, di un *software* di interfaccia comune per lo scambio di informazioni da sistema a sistema, da sviluppare a livello europeo. Ciascuno Stato membro avrebbe così la responsabilità di integrare e gestire il modulo di interfaccia e di aggiornare periodicamente e in modo tempestivo il *software*, quando la Commissione europea ne fornisca nuove versioni. È proprio a quest'ultima che il regolamento in parola affida il compito di sviluppare il nuovo modulo e di fornirne gli aggiornamenti necessari, in considerazione del rapido sviluppo delle tecnologie digitali. Alla Commissione, invero, l'art. 3, par. 1, del regolamento attribuisce il potere di stabilire e modificare la serie di dati dell'EMSW, ovvero l'elenco completo di elementi di dati derivanti dagli obblighi di dichiarazione. Tale potere si esercita attraverso l'adozione di atti delegati, che hanno la capacità di introdurre, eliminare o adeguare i riferimenti alla normativa o ai requisiti nazionali e agli atti giuridici dell'Unione. Per soddisfare le evidenziate esigenze di uniformità sottese al nuovo sistema di interfaccia unica marittima europea l'art. 4, par. 1, del regolamento prevede che, quando uno Stato membro intenda modificare, ai sensi della normativa e dei requisiti nazionali, un obbligo di dichiarazione che comporterebbe la comunicazione di informazioni diverse da quelle comprese nella serie di dati EMSWe, tale Stato membro deve darne immediata notifica alla Commissione, indicando con precisione le informazioni non comprese nella serie di dati EMSWe e il periodo previsto durante il quale si applica l'obbligo di dichiarazione in questione. Siffatta previsione si coordina col divieto per gli Stati membri, contemplato al successivo par. 2 dell'art. 4 del regolamento, di introdurre nuovi obblighi di dichiarazione, a meno che tale introduzione non sia stata approvata con un atto delegato della Commissione e la corrispondente informazione non sia stata inserita nella serie di dati EMSWe e applicata nelle interfacce armonizzate delle dichiarazioni. In ogni caso, al fine di assicurare la stabilità e l'affidabilità del nuovo sistema di interfaccia unica, l'art. 4, par. 3, del regolamento stabilisce che le modifiche alla serie di dati EMSWe sono introdotte solamente

---

<sup>6</sup> Consistendo di una rete di interfacce uniche nazionali dotate di interfacce armonizzate, il nuovo «EMSW» comprende ovviamente gli scambi di dati attraverso il *Safe Sea Net* e gli altri sistemi pertinenti, nonché i servizi comuni per la gestione del registro degli utenti e dell'accesso, l'indirizzamento, l'identificazione delle navi, i codici dei siti e le informazioni sulle merci pericolose e inquinanti e sulla salute.

una volta all'anno, tranne in casi debitamente giustificati.

Il funzionamento dell'interfaccia unica europea non può prescindere, d'altra parte, dalla creazione di apposite banche dati, oggetto delle previsioni di cui agli artt. 8, 14 e 15 del regolamento in discorso. In essi si dispone che la Commissione: a) da un lato, assicuri che le informazioni e i dettagli di identificazione di una nave nonché le registrazioni delle esenzioni dalle dichiarazioni, comunicati dagli Stati membri sulla base dei dati inseriti dai dichiaranti nell'interfaccia unica marittima nazionale, vengano registrati nell'istituenda banca dati EMSWe per le navi, rimanendo a disposizione per eventuali scali successivi nei porti dell'Unione; b) dall'altro, garantisca la disponibilità della predetta banca dati per le navi a beneficio delle interfacce uniche marittime nazionali, al fine di agevolare le dichiarazioni delle navi.

Per quanto concerne poi le *merci*, esigenze e finalità in parte analoghe a quelle sottese alla più recente disciplina sulle navi hanno portato all'adozione del reg. 2022/2399/UE, in vigore dal dicembre 2022.

Tale regolamento ha istituito «l'ambiente dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane», dando seguito alla decisione 2015/1947/UE con la quale il Consiglio ha concluso, a nome dell'Unione europea, l'accordo sull'agevolazione degli scambi nell'ambito della Organizzazione mondiale del commercio, accordo col quale le parti si sono impegnate a istituire o mantenere uno sportello unico che consenta agli operatori commerciali di presentare alle Autorità competenti la documentazione e/o i dati richiesti per l'importazione, l'esportazione o il transito delle merci attraverso un unico punto di ingresso. Il regolamento, al fine di realizzare un sistema completamente digitale e un processo efficiente di sdoganamento delle merci per tutte le parti coinvolte nel commercio internazionale, introduce pertanto norme comuni per un ambiente armonizzato, comprensivo di una serie di servizi elettronici pienamente integrati, forniti a livello nazionale e dell'Unione per facilitare la condivisione delle informazioni e la cooperazione digitale tra le Autorità doganali.

Il nuovo «ambiente dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane», avvalendosi della sperimentazione già avviata con un progetto pilota della Commissione<sup>7</sup>, si fonda su un sistema di scambio elettronico di certificati nell'ambito dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane (EU CSW-CERTEX), scambio tramite il quale si otterrà – auspica-

---

<sup>7</sup> Si tratta del progetto pilota volontario denominato «Scambio di certificati nell'ambito dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane», avviato in conformità al piano d'azione dell'Unione europea per l'*eGovernment* 2016-2020. Il progetto consente alle Autorità doganali di verificare automaticamente il rispetto di un numero limitato di formalità non doganali, tramite lo scambio di informazioni tra i sistemi doganali degli Stati membri aderenti e i rispettivi sistemi non doganali dell'Unione che gestiscono le formalità non doganali.

bilmente entro la fine del 2027 – l’interconnessione tra gli ambienti nazionali dello sportello unico per le dogane e i sistemi non doganali dell’Unione che gestiscono specifiche formalità non doganali. Per realizzare tale scambio, ed ottenere così una migliore tutela dei cittadini e la riduzione degli oneri amministrativi a carico degli operatori economici e delle Autorità doganali, il regolamento detta una serie di norme sulla cooperazione amministrativa digitale e sulla condivisione di informazioni mediante serie di dati interoperabili, dirette ad armonizzare i suddetti ambienti nazionali e ad integrarli nell’ambiente dello sportello unico dell’Unione europea per le dogane. Come conseguenza dovrebbe ottenersi che, quando un operatore economico presenti una dichiarazione doganale o una dichiarazione di riesportazione per cui sono richieste formalità non doganali dell’Unione, le Autorità doganali e le Autorità competenti partner<sup>8</sup> potranno scambiare e verificare in modo automatizzato ed efficiente le informazioni richieste per il processo di sdoganamento. Il potenziamento della cooperazione digitale e del coordinamento tra le predette Autorità renderà inoltre possibili procedure prive di supporto cartaceo più integrate, più rapide e più semplici per lo sdoganamento delle merci, nonché un più efficace espletamento delle formalità non doganali dell’Unione. Più in particolare, l’art. 3 del regolamento in discorso prevede che l’ambiente dello sportello unico dell’Unione europea per le dogane comprende: 1) un sistema elettronico di scambio di certificati nell’ambito dello sportello unico dell’Unione europea per le dogane; 2) gli ambienti nazionali dello sportello unico per le dogane; 3) i sistemi non doganali dell’Unione di uso obbligatorio; 4) i sistemi non doganali dell’Unione di uso volontario.

Il successivo art. 5 del regolamento dispone poi che la Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, sviluppi, integri e gestisca il sistema EU CSW-CERTEX, fornendo ad essi una formazione adeguata sul suo funzionamento e la sua attuazione. Per garantire servizi di sportello unico adeguati e standardizzati per le formalità non doganali dell’Unione, la stessa norma stabilisce che la Commissione colleghi i sistemi non doganali dell’Unione con EU CSW-CERTEX e che gli Stati membri colleghino i propri ambienti nazionali dello sportello unico per le dogane con EU CSW-CERTEX, consentendo così lo scambio di informazioni sulle predette formalità. L’art. 8 del regolamento, d’altra parte, obbliga gli Stati membri a istituire e gestire «ambienti nazionali dello sportello unico per le dogane» per le formalità non doganali dell’Unione comprese in EU CSW-CERTEX, con un insieme minimo di funzionalità che consenta di sfruttare tutti i dati presenti nei sistemi

---

<sup>8</sup> Con tale espressione si intende, ai sensi dell’art. 2 del regolamento in esame, «l’Autorità di uno Stato membro, o la Commissione, abilitata a svolgere una funzione designata in relazione all’espletamento delle pertinenti formalità non doganali dell’Unione».

non doganali dell'Unione utilizzati dalle Autorità competenti partner. Nel disegno delineato dal legislatore europeo, tali ambienti costituiscono infatti le «componenti nazionali» dell'ambiente dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane, che consentono sia lo scambio di informazioni e la cooperazione per via elettronica tra le Autorità doganali, le Autorità competenti partner e gli operatori economici, sia la verifica automatizzata da parte delle Autorità doganali del rispetto delle formalità necessarie affinché i dati siano trasmessi tramite EU CSW-CERTEX, sia il monitoraggio ed il controllo da parte delle Autorità competenti partner delle quantità di merci svincolate dalle Autorità doganali nell'Unione.

In esito all'analisi condotta, merita evidenziare che gli scenari del prossimo futuro aperti dalla più recente normativa europea comportano che gli operatori economici attivi in Italia debbano continuare a relazionarsi, per quanto riguarda le formalità relative alle *navi*, con l'interfaccia unica marittima nazionale PMIS e, per quanto concerne relative alle *merci*, con l'interfaccia unica doganale nazionale SUDOCO, pur rimanendo il necessario coordinamento e scambio di informazioni tra PMIS e SUDOCO e tra queste piattaforme uniche e tutte le Amministrazioni pubbliche italiane direttamente od indirettamente coinvolte, dato che tali coordinamento e scambio di informazioni conseguono alla garanzia legale – a favore degli operatori economici – di rendere le informazioni richieste una sola volta. All'esterno della cornice ordinamentale italiana vige poi il quadro, che ovviamente la comprende e la integra, dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, in virtù del quale non solo il PMIS dovrà interfacciarsi col EMSWe ed il SUDOCO dovrà interfacciarsi con l'ambiente dello sportello unico dell'Unione europea per le dogane, ma anche questi due ultimi sistemi europei dovranno assicurare – auspicabilmente – la reciproca interoperabilità.

### 3. *I Port Community Systems e la prospettiva della loro integrazione nella Piattaforma logistica nazionale*

I *Port Community Systems* (PCS) vengono definiti come delle piattaforme elettroniche (cioè dei *software*) che connettono i sistemi multipli gestiti da una varietà di organizzazioni formanti una comunità portuale. Esse sono condivise, nel senso che sono costruite, organizzate e usate dai vari soggetti che operano in uno scalo marittimo. Secondo la descrizione fornita nel 2015 dalla *International Port Community Systems Association* (IPCSA) un PCS, in particolare, «*is a neutral and open electronic platform enabling intelligent and secure exchange of information between public and private stakeholders in order to improve the efficiency and competitive position of the*

*sea and airports' communities*»<sup>9</sup>. Si tratta di uno strumento, pertanto, che ottimizza, gestisce e automatizza il porto e i processi logistici attraverso un singolo invio di dati, connettendo catene di trasporto e logistiche<sup>10</sup>. Sono peraltro numerosi gli studi che, a livello internazionale, hanno evidenziato<sup>11</sup> il rilievo dei PCS come fattore di innovazione del settore portuale, che riguarda non solo gli aspetti dell'uso della tecnologia e dell'organizzazione del lavoro, ma investe anche una dimensione *lato sensu* culturale, all'interno della quale si svolgono le dinamiche di confronto e di conciliazione delle posizioni dei vari portatori di interesse.

Da un punto di vista strettamente teorico, un PCS potrebbe svolgere le funzioni di un portale unico nazionale, se tutti gli scali portuali nazionali disponessero – tra l'altro (ma non solo) – del medesimo PCS. Si tratta però di una condizione assai difficile da realizzare, soprattutto in contesti ordinamentali come quello italiano in cui i singoli porti, o sistemi di porti, dispongono di poteri e funzioni autonomi e decentrati. La prospettiva più realistica è, invece, quella di assicurare l'interoperabilità tra i PCS dei singoli porti ed i portali unici nazionali. La stessa *International Port Community Systems Association* (IPCSA) vede in tale interoperabilità un'«alleanza strategica», dal momento che fra le funzionalità potenzialmente più utili offerte dai PCS<sup>12</sup> rientrano proprio lo scambio standardizzato e “control-

---

<sup>9</sup> I caratteri di neutralità ed apertura evidenziati dalla definizione di PCS indicano – rispettivamente – che ognuno dei soggetti iscritti alla piattaforma può vedere e conoscere solo ciò che lo riguarda e per cui è abilitato ad operare e che i servizi della piattaforma sono offerti in maniera indistinta a favore di tutti i componenti della comunità portuale.

<sup>10</sup> Volendo proporre un elenco sintetico dei vantaggi derivanti dall'utilizzo di un PCS, potrebbe dirsi che esso: riduce i tempi operativi ed i costi di gestione; semplifica ed ottimizza i processi gestionali; condivide le informazioni, semplifica l'accesso ai dati e rende possibile la tracciabilità delle transazioni e di chi ha fatto cosa; migliora le interazioni tra gli attori dell'ultimo miglio marino e del primo miglio terrestre; eleva le performance complessive del porto; crea un *network* basato sull'integrazione ed il dialogo tra le *Port Communities* in relazione tra loro; integra la gestione del traffico terrestre da e per il porto nei più generali processi di *Intelligent Transport System*.

<sup>11</sup> Per uno sguardo complessivo sulla letteratura scientifica in questione, v. A. MOROS-R. AMAYA-C. PATERNINA, *Port Community Systems: A Structured Literature Review*, in *Transportation Research Part A: Policy and Practise*, 2020, Vol. CXXXIII, pp. 27-46.

<sup>12</sup> Senza pretesa di esaustività, ed alla luce delle esperienze correnti, può segnalarsi che tra gli *attori* coinvolti nei PCS rientrano Autorità portuali, Autorità doganali ed altre Amministrazioni di controllo, agenti marittimi, compagnie di navigazione, terminalisti, spedizionieri, gestori di magazzino, imprese autorizzate, imprese ferroviarie, imprese di trasporto stradale. Le *aree funzionali* coperte dai PCS riguardano invece le dichiarazioni doganali, gli arrivi e le partenze delle navi, l'importazione e l'esportazione delle merci, la movimentazione di merci pericolose, il trasporto ferroviario e stradale, la gestione dei rifiuti, il *track&trace*, il *transshipment*, il monitoraggio e controllo. Circa infine i *servizi* offerti dai PCS figurano quelli relativi a manifesti doganali e liste di carico, dichiarazioni doganali e

lato” di informazioni e documenti, nonché il disbrigo di operazioni relative a procedimenti amministrativi gestiti da Autorità pubbliche, quali Agenzie doganali o Autorità marittime<sup>13</sup>.

Nella realtà italiana, negli anni più recenti, ci sono stati chiari sforzi di volontà per mettere in atto un complesso programma finalizzato alla realizzazione della predetta interoperabilità. Tale volontà segna un’inversione di tendenza rispetto al passato, quando le prime versioni dei portali unici del settore marittimo e portuale sono state sviluppate – nonostante gli auspici di segno opposto – in modo prevalentemente autonomo e senza adeguato coordinamento coi PCS, in alcuni casi peraltro con tempi alquanto lunghi e spesa pubblica consistente. È significativa, in proposito, l’esperienza iniziale del già ricordato PMIS, la cui configurazione originaria non consentiva – stanti le modalità tecniche di progettazione del portale unico – di interfacciarsi con altri sistemi, ad eccezione del PCS del porto di Genova, il cui fornitore apparteneva al medesimo gruppo imprenditoriale pubblico (Finmeccanica) del fornitore del PMIS stesso. La circostanza che, ad oggi, quasi tutti i PCS dei porti italiani vengono forniti dalle Adsp, con soluzioni adottate pur sempre in autonomia e dunque non necessariamente omogenee<sup>14</sup>, non identifica peraltro l’unica soluzione possibile, poiché – al di là del diffuso apprezzamento del fatto che tali piattaforme siano offerte dagli Enti di governo portuale – potrebbero concepirsi pure altre soluzioni, coinvolgenti l’iniziativa ed il coordinamento o di altri enti pubblici o di soggetti

---

attività ispettive sulle merci, informazioni in tempo reale sul carico e scarico delle merci, viaggi, *vehicle booking system*, autorizzazioni per merci pericolose, rilascio delle merci, fatturazioni, tracciamento del carico, annuncio del treno e gestione delle manovre, monitoraggio delle operazioni e delle emissioni acustiche ed ambientali, gestione delle emergenze.

<sup>13</sup> Si veda altresì, in proposito, il Progetto FENIX (*European Federated Network of Information Exchange in Future Logistics*), nato in risposta alla call 2018-EU-TM-0077-S dal Programma CEF *Transport* (H2020). Il suo obiettivo è sostenere lo sviluppo e la diffusione dei sistemi di informazione digitale nei vari porti lungo la rete centrale di trasporto dell’UE e in particolare dei corridoi TENT-T. La visione di FENIX è quella di responsabilizzare gli *stakeholder* della logistica, comprese le città e le Autorità, nell’esecuzione di una pianificazione e monitoraggio collaborativo soprattutto nel contesto delle reti TEN-T. Ciò attraverso l’utilizzo di strumenti e servizi di interoperabilità e lo scambio intermodale di pianificazione e ottimizzazione che utilizzano dati e informazioni condivisi, potenziati, sicuri e affidabili.

<sup>14</sup> Il fatto che i PCS attualmente operanti in Italia non sono tutti uguali è un dato per certi aspetti normale e fisiologico, poiché avendo ciascun porto processi e dinamiche propri è conseguenziale che i PCS si adattino specificamente ad essi. La letteratura in argomento evidenzia che l’implementazione di tali sistemi dipende dalle esigenze del singolo porto, dalla sua storia, dai suoi traffici, dai suoi operatori, dal contesto industriale ed economico in cui è collocato. Si distinguono, in particolare, esigenze cogenti (ad es. doganali, di *security*), esigenze specifiche (ad es. presenza di zona franca, presenza di uffici di Autorità amministrative), esigenze logistiche (ad es. governo dei flussi, *track&trace*) ed esigenze logiche di rete (ad es. integrazione dei sistemi di *supply chain*).

privati (quest'ultimo è il caso, per fare degli esempi importanti, dei porti di Amburgo e di Singapore). E tale considerazione può valere non solo per l'auspicata armonizzazione<sup>15</sup> dei diversi PCS gestiti dalle varie Adsp (non tutte le quali ne sono ancora dotate<sup>16</sup>, sì da lasciare sforniti ad esempio i porti della Sicilia e della Sardegna), ma anche per la prospettiva di integrazione di questi ultimi con i portali unici nazionali.

Tale prospettiva è strettamente collegata a quella della realizzazione della Piattaforma logistica nazionale (PLN), prevista per la prima volta dall'art. 1 del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti n. 18T del 20 giugno 2005, che l'ha definita come un sistema di gestione della rete logistica nazionale finalizzata alla interconnessione dei nodi di intercambio modale (interporti) ed al miglioramento della sicurezza del trasporto delle merci. Il citato decreto ministeriale affidò la realizzazione della PLN alle

---

<sup>15</sup> L'assenza di standardizzazione dei PCS è dovuta anche all'esistenza di diversi modelli di *governance* degli stessi, elaborati in relazione ai fattori evidenziati *supra*, nella nota precedente. Tale *governance* si basa prevalentemente su due elementi, che sono da una parte la proprietà (pubblica, privata o mista) della struttura immateriale del PCS e dall'altra il modello operativo e dunque il gestore (pubblico o privato) del sistema. La combinazione dei due elementi incide sulla definizione degli obiettivi di business del PCS, che possono quindi divaricarsi o nel senso della massimizzazione dei profitti nel caso di proprietà e di gestore totalmente privati (modello *for profit*) o nel senso della migliore garanzia dell'incremento della competitività del porto e della soddisfazione degli operatori portuali nel caso di proprietà e di gestore totalmente pubblici (modello *not for profit*). La combinazione dei due elementi incide altresì, ovviamente, sul flusso delle entrate (*revenue streams*) che possono eventualmente derivare dall'erogazione dei servizi del PCS, i quali possono dunque essere offerti o gratuitamente (come avviene oggi nella maggior parte dei porti italiani), o dietro pagamento di una somma forfettaria al momento dell'iscrizione (come avveniva in passato nel porto di Genova, mediante una tassa sui servizi di vigilanza e controllo) o dietro pagamento di somme variabili a seconda dell'utilizzo delle varie funzionalità del *software* (come avviene attualmente nel porto di Genova, attraverso una tassa applicata per ogni autocarro in entrata nello scalo).

<sup>16</sup> La lista dei PCS italiani, differenti per tecnologie usate, tipi di messaggi utilizzati, flussi scambiati e funzionalità disponibili, è la seguente: LISy-Savona; E-port-Genova; AP Net-La Spezia; TPCS-Livorno; PCS-Taranto; GAIA-Bari; LISy-Ancona; Sea Gate-Ravenna; LogIS-Venezia; Sinfomar-Trieste. I PCS elaborati per primi sono stati quelli dei porti di Genova, di La Spezia e di Livorno, e sono quelli che oggi risultano più evoluti ed articolati. In estrema sintesi, le funzionalità dei PCS riguardano i seguenti ambiti: LISy-Savona: gestione amministrativa e permessi di accesso; E-port-Genova: gestione import/export merce sui processi doganali; varchi; AP Net-La Spezia: gestione import/export merce sui processi doganali; varchi; TPCS-Livorno: gestione import/export merce sui processi doganali; varchi; PCS-Taranto: gestione amministrativa e accesso in porto; GAIA-Bari: gestione della sicurezza e controllo accessi passeggeri; LISy-Ancona: gestione delle statistiche portuali; Sea Gate-Ravenna: gestione import/export merce sui processi doganali; LogIS-Venezia: gestione del ciclo nave e dei servizi; Sinfomar-Trieste: gestione import/export merce su processi logistico/doganali.

società interportuali di cui alla legge n. 240/1990, prevedendo che queste ultime costituissero un unico soggetto attuatore comune, attraverso «procedure di evidenza pubblica in conformità alle disposizioni comunitarie vigenti in materia». In seguito a tale previsione, nel settembre 2005 venne quindi costituita UIRNet s.p.a., organismo di diritto pubblico partecipato dagli Interporti<sup>17</sup>, che stipulò col Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un'apposita convenzione per l'elaborazione e la gestione dei servizi della Piattaforma (UIRNet s.p.a. si è poi trasformata nel 2021 in DigITALog s.p.a., allo scopo di rilanciare il progetto di digitalizzazione della logistica e di consentire una maggiore presenza delle Adsp nella partecipazione azionaria della società, posta successivamente in liquidazione nel gennaio 2022).

Il Piano nazionale della logistica 2011-2020, elaborato nel 2012 dalla Consulta generale per la logistica, ha in seguito considerato la Piattaforma logistica nazionale un'infrastruttura di comunicazione digitale per lo scambio di informazioni logistiche, tale da consentire agli operatori del settore di scambiarsi i dati per programmare, concordare e verificare lo scambio delle merci. L'art. 61-*bis* del d.l. n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012, confermò le scelte precedenti, disponendo che «la società UIRNet s.p.a. è soggetto attuatore unico per la realizzazione e la gestione della piattaforma per la gestione della rete logistica nazionale, come definita nel decreto ministeriale n. 18T del 20 giugno 2005, che è estesa, oltre che agli interporti, anche ai centri merci, ai porti e alle piastre logistiche». La stessa linea di continuità si registrò sia col D.M. n. 449 del 6 dicembre 2012, che dispose espressamente l'estensione della Piattaforma logistica nazionale ai porti (contemplando anche l'ingresso delle Autorità portuali nel capitale sociale di UIRNet s.p.a.), sia con la legge n. 228/2012 (legge di stabilità per il 2013), il cui art. 1, comma 211, stabilì che UIRNet s.p.a. dovesse provvedere, anche mediante concessione di servizi in finanza di progetto, al completamento ed alla gestione della PLN «come sistema di rete infrastruttura/e aperto a cui si collegano le piattaforme ITS locali, autonomamente sviluppate e all'uopo rese compatibili, di proprietà o in uso ai nodi logistici, porti, centri merci e piastre logistiche»<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Dall'Appendice al documento intitolato *Mobilità e logistica sostenibili. Analisi e indirizzi strategici per il futuro*, presentato nell'ottobre 2022 dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, risulta (p. 18) che più della metà degli Interporti italiani sono enti di natura pubblica o pubblico-equivalente, mentre il rimanente è rappresentato da enti prettamente privati.

<sup>18</sup> La norma cita espressamente gli *Intelligent Transport Systems* (ITS), che – come noto – si fondano sull'interazione tra informatica, telecomunicazioni e multimedialità, consentendo di affrontare i problemi della mobilità pubblica e privata con soluzioni efficienti, sicure, economiche e rispettose dell'ambiente. Alla loro diffusione è dedicato il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti dell'1 febbraio 2013, che, all'art. 6, comma 1,

Va debitamente notato che il tema della realizzazione di una piattaforma telematica, così come impostato dalla normativa in esame, può sollevare la questione, rilevante sia sul piano economico che su quello giuridico, dell'esistenza di un monopolista pubblico e della gestione strategica del potere da esso detenuto, specialmente se si tiene conto degli assetti di mercato che caratterizzano il mondo dei portali pubblici e dei PCS e delle strategie dei gruppi di interesse collegati alla fornitura industriale dei sistemi tecnologici. Da questo punto di vista, le imprese che elaborano e vendono questi ultimi potrebbero avere interesse ad impedire ai propri potenziali concorrenti (come – ad esempio – gli altri fornitori di PCS) la partecipazione alla costruzione della piattaforma nazionale, soprattutto nel caso in cui esse siano maggioritariamente partecipate e dunque controllate dal soggetto pubblico. Siffatto scenario, connotato da rischi potenzialmente alti di abuso di posizioni dominanti e di strategie indebite di controllo dell'accesso al mercato, non è stato invero totalmente estraneo ad alcune imprese che nel recente passato hanno collaborato alla predisposizione della PLN, se si considera la loro posizione di soggetti che hanno elaborato ed offerto progetti-pilota di PCS per alcuni porti ai quali hanno altresì prospettato – a differenza di quanto avrebbero potuto offrire eventuali loro concorrenti – l'interoperabilità con la piattaforma nazionale da essi stessi co-progettata. Si è trattato, all'evidenza, di un contesto non favorevole per assicurare in forma gratuita e diffusa l'integrazione al portale unico nazionale del numero più alto possibile di PCS; e che ha evidenziato, per così dire, una sorta di fallimento del mercato, sia perché alcuni fornitori di tecnologia per portali unici non hanno avuto particolare interesse a collaborare con gli altri produttori di PCS, sia perché – in conseguenza di ciò – si sono determinati costi più alti a carico della finanza pubblica.

Il collegamento della realizzazione della Piattaforma logistica nazionale alle dinamiche del mercato ed al diritto della concorrenza è evidenziato da un parere reso il 6 novembre 2015 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Tale parere è stato formulato ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, in seguito alla richiesta di UIRNet s.p.a. circa gli esiti della Fase I, relativa alla selezione del promotore, della procedura di gara per l'affidamento in finanza di progetto di un contratto di concessione per l'estensione e la gestione della Piattaforma logistica nazionale. In accordo col predetto Ministero, tale

---

lett. *m*), ha posto l'obiettivo di «favorire la creazione, presso i nodi logistici, di piattaforme telematiche, armonizzate e coerenti con la Piattaforma logistica nazionale UIRNet, per lo scambio di dati, informazioni e documenti tra operatori, al fine di migliorare, semplificare e velocizzare tutti i processi operativi ed amministrativi nel ciclo complesso del trasporto intermodale (stradale, ferroviario e marittimo)».

società aveva infatti deciso di affidare la gestione della PLN ad un soggetto terzo individuato, tramite procedura ad evidenza pubblica, con lo strumento della concessione di servizi in finanza di progetto, come consentitole dalla citata legge n. 228/2012 (legge di stabilità per il 2013). In seguito alla pubblicazione del bando di gara, era pervenuta l'unica offerta da parte di un'associazione temporanea di imprese composta da diversi soggetti, tra cui la società cooperativa FAI Service<sup>19</sup>, i cui soci erano attivi in qualità di autotrasportatori nella fornitura di servizi di logistica in diretta concorrenza con altri operatori utilizzatori della PNL. Avendo soddisfatto i requisiti del bando, era stato sollecitato alla predetta associazione di imprese di predisporre un progetto da porre a base della successiva gara informale, che sarebbe stata indetta nella Fase II da UIRNet s.p.a. per individuare il gestore della PLN. UIRNet s.p.a. aveva dunque chiesto all'Autorità antitrust se nella fattispecie fossero ravvisabili profili anticoncorrenziali, considerate la presenza della FAI Service nella compagine sociale del soggetto promotore e la possibilità, in particolare, che l'eligendo soggetto gestore avrebbe avuto accesso ad informazioni riservate sui concorrenti dei soci della FAI Service nell'ambito dell'attività di gestione della PNL.

In risposta al quesito, l'Autorità ha osservato che se l'associazione di imprese fosse risultata aggiudicataria della concessione il rispetto delle regole della concorrenza avrebbe potuto risultare problematico in relazione all'espletamento di alcune attività di realizzazione e di gestione della PNL, in particolare di quelle, da una parte, di manutenzione ed implementazione e, dall'altra, di erogazione e commercializzazione dei servizi. L'accesso ad informazioni e dati di natura "sensibile", relativi ai soggetti operanti nel settore della logistica, avrebbe infatti potuto determinare in capo alle imprese di autotrasporto facenti parte della società cooperativa FAI Service un vantaggio informativo rispetto agli operatori concorrenti, con ovvi effetti distorsivi della concorrenza. L'Autorità ha quindi auspicato che fossero stabilite, in materia di accesso alle informazioni raccolte e gestite dalla piattaforma, prescrizioni tali da assicurare una parità di trattamento di tutti gli operatori della filiera logistica fruitori della PNL, impedendo alle imprese di trasporto associate a FAI Service di potersi in qualsiasi modo avvantaggiare in danno dei propri concorrenti. In tale direzione, il parere in discorso ha specificamente suggerito, con riferimento allo svolgimento

---

<sup>19</sup> L'associazione temporanea di imprese era costituita, oltre che dal 10% della società cooperativa FAI Service (mandante), dall'80% del colosso informatico HP Enterprise Services Italia s.r.l. (mandataria) e dal 10% dell'azienda di gestione di servizi elettronici Vitrociset s.p.a. (mandante). I soggetti di questa stessa associazione temporanea di imprese, risultata nel 2015 soggetto promotore del progetto, hanno poi dato vita a Logistica Digitale s.r.l., risultata nel 2016 assegnataria della concessione per l'estensione e la gestione della PLN (v. *G.U.*, 5 ^ Serie speciale - Contratti pubblici, n. 150 del 28 dicembre 2016).

della Fase II, che le regole di governance della costituenda società di progetto prevedessero, per i soci della stessa, «la piena impermeabilità delle informazioni sensibili», attraverso opportune forme di segregazione di tali informazioni oppure mediante l'imposizione di misure di indipendenza e di incompatibilità per gli amministratori della società di progetto.

#### 4. *Gli impulsi del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica e la progettazione del Modello unico di PCS*

L'esigenza di omogeneizzare i *Port Community Systems* attraverso la Piattaforma logistica nazionale viene fortemente affermata nel Piano strategico nazionale della portualità e della logistica (PSNPL), approvato<sup>20</sup> con D.P.C.M. il 26 agosto 2015.

Questo importante documento, constatando che il sistema della portualità e della logistica risultava supportato da una molteplicità di sistemi informatici (PMIS delle Capitanerie di porto, SUD delle Dogane, PCS delle Autorità portuali, PIC, PIL e RVMS del Gruppo Ferrovie dello Stato italiane, PLN di UIRNet s.p.a.), ha rilevato criticamente, anzitutto, che essi presentavano un grado di interoperabilità con le Amministrazioni coinvolte ancora molto limitato ad un numero ristretto di processi e procedure; e ha lamentato, in particolare, che i PCS erano presenti solo in alcune realtà portuali (peraltro limitatamente al trasporto di container), comunque con un grado di maturità disomogeneo sul territorio nazionale dato che ciascuna realtà aveva implementato processi e servizi secondo le esigenze specifiche della comunità singola, senza una logica di opportuna centralizzazione garantita dal Ministero attraverso la PLN. Formulando un elenco dettagliato di proposte di «azioni ed obiettivi strategici per il sistema mare», il PSNPL – all'interno dell'Azione 6 dedicata alle misure per incentivare la ricerca, lo sviluppo e la innovazione tecnologica nella portualità italiana – ha indicato una serie di «attività» in cui esse avrebbero dovuto sostanziarci. Tra di esse figurano, da un lato, la creazione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di un tavolo di coordinamento che definisca la *governance* e migliori nettamente l'integrazione dei molteplici sistemi informativi istituzionali già operanti; dall'altro, le «necessarie misure legislative

---

<sup>20</sup> L'adozione di tale Piano è stata prevista dall'art. 29, comma 1, del d.l. n. 133/2014 (c.d. "Sblocca Italia"), convertito in legge n. 164/2014, con l'obiettivo di «migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità Portuali» allora esistenti.

atte a consolidare la diffusione della Piattaforma logistica nazionale», che si suggerisce di dare in concessione gratuita per due anni ai fini della sua utilizzazione da parte di tutte le costituenti Adsp. In considerazione della gratuità prevista per il primo biennio, ed a garanzia del futuro gestore (da individuare con gara) della PLN circa i costi di gestione, di manutenzione e di efficientamento tecnologico della Piattaforma stessa, il Piano ha altresì proposto che il suddetto Ministero si impegnasse al reperimento di fonti di finanziamento alternative (ordinarie e/o comunitarie) per il biennio medesimo, anche al fine di assicurare la sostenibilità del piano economico e finanziario del gestore della piattaforma.

Se si considera che il complesso delle proposte avanzate dal PSNPL è stato definitivamente approvato nell'agosto del 2015 e che dello stesso periodo è la legge n. 124/2015 recante (come si è ricordato *supra*) la delega legislativa per la riforma della disciplina delle Autorità portuali di cui alla legge n. 84/1994, deve ritenersi un'occasione mancata il fatto che il d.lgs. n. 169/2016 (che tale delega ha esercitato) non abbia affatto affrontato la questione dell'integrazione dei PCS con la Piattaforma logistica nazionale. Il contenuto della delega suddetta, presente all'art. 8, comma 1, lett. *f*), della legge n. 124/2015, era infatti molto ampio (forse – costituzionalmente parlando – anche troppo), alludendo assai generalmente (o genericamente) alla «riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali [...] con particolare riferimento al numero, all'individuazione di Autorità di sistema nonché alla governance, tenendo conto del ruolo delle Regioni e degli enti locali ed alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti». Proprio quest'ultima indicazione alle procedure doganali e amministrative avrebbe consentito al legislatore delegato (almeno) di promuovere – come chiaramente caldeggiato dal coevo PSNPL – il principio dell'integrazione fra i sistemi, «affrontando, fra le altre cose, gli aspetti anti-collaborativi dell'identità di alcuni corpi e riducendo in tal modo atteggiamenti “ostruzionistici”»<sup>21</sup>.

Nonostante la disattenzione manifestata dal legislatore ordinario in occasione della riforma del 2016, le neonate Adsp di sistema portuale hanno fin da subito avvertito l'urgenza delle indicazioni del PSNPL. L'Associazione Porti Italiani (Assoporti), cui aderiscono le Autorità stesse, nel 2017 ha avviato in collaborazione con UIRNet s.p.a. un'attività di analisi che ha portato alla definizione del concetto di Modello unico di PCS (MUPCS), affinché esso fosse la base per la definizione di dettaglio e per la realizzazione

---

<sup>21</sup> Cfr. V.A. TORBIANELLI, “Valore focale della legge” e “economia dell'identità” quali strumenti teorici, cit., p. 9.

del sistema della piattaforma unica nazionale<sup>22</sup>. Lo schema concettuale del MUPCS prevede, sotto l'aspetto funzionale, il supporto ai processi portuali di import/export ed a quelli ad essi collegati con le attività infra-portuali, prendendo altresì in considerazione – riguardo alla *security* portuale – la gestione dei permessi e dei controlli di ingresso e uscita di mezzi, merci e persone. Il Modello unico, peraltro, a salvaguardia delle specificità dei singoli porti non intende sostituire i PCS esistenti, ma mira piuttosto a fornire uno strumento completo per i porti che ancora non hanno avviato la realizzazione di un proprio sistema, affiancando invece quelli già operanti. Tra gli obiettivi del MUPCS rientrano, in particolare, la generazione e la gestione di informazioni utili per servizi ad alto valore aggiunto per la mobilità interna ed esterna al porto; l'offerta di informazioni sul preavviso di arrivo dei mezzi di trasporto stradale, ferroviario e marittimo; l'esecuzione del c.d. *pre-gate*, con verifica anticipata delle prenotazioni, degli ordini di carico e scarico, delle autorizzazioni e dei permessi; l'utilizzo dei dati per finalità statistiche e per l'applicazione delle tasse e dei diritti portuali; la possibilità – per le Amministrazioni e gli enti preposti ai controlli di *security* portuale e nazionale – di utilizzare i dati dei PCS per svolgere la necessaria attività di *intelligence*. Nelle intenzioni dei responsabili di governo delle Adsp la realizzazione del MUPCS risulta complessivamente preordinata, pertanto, all'ottenimento di significative economie di scala, a favore sia delle comunità operanti nei singoli porti sia del sistema marittimo e logistico nazionale. Sul piano tecnico<sup>23</sup>, l'elemento chiave di tale programma rimane l'interoperabilità, intesa nel senso più ampio possibile e quindi in relazione anche

---

<sup>22</sup> Si veda, in proposito, D. ROSSI, *Il Modello unico di PCS*, Relazione tenuta all'Assemblea programmatica pubblica di Assoportì il 22 dicembre 2017, in *Sistemi di logistica*, Anno X, n. 4, dicembre 2017, Numero speciale, p. 38 ss., reperibile su <https://www.assoportì.it/it/associazione/relazioni-assemblee/assemblea-programmatica-pubblica-assoportì-2017>.

<sup>23</sup> Il Modello unico di PCS può ritenersi logicamente l'insieme di due sistemi tra loro strettamente correlati: il PCS Istituzionale, che è strumentale principalmente all'adozione dei provvedimenti autorizzatori delle Adsp, ed il PCS Operativo, volto a facilitare lo scambio delle informazioni tra i vari attori della comunità portuale, al fine di massimizzare l'efficienza dei processi di business che li vedono coinvolti. Il PCS Istituzionale viene concepito per avere, schematicamente, le seguenti macro-funzionalità: portale informativo; gestione utenze; multiporto; gestione permessi di accesso; gestione varchi; gestione merci pericolose; supporto ruolo autorizzativo delle Adsp; autorizzazioni ambiente & *safety*; servizi di integrazione con i sistemi di gestione amministrativa e contabile delle Adsp; mappa geo referenziata per instradamento e monitoraggio; info su operatività portuale e stato viario; lavoro portuale in porto; interoperabilità piattaforme pubbliche; gestione dati statistici; gestione tasse, diritti e bollo virtuale. Il PCS Operativo viene invece disegnato per offrire, schematicamente, le seguenti macro-funzionalità: processi di trasporto (import, export, *transshipment*, nazionale/europeo); tipologie di trasporto (merci, ro-ro e ro-pax, passeggeri); cicli operativi (nave, merce, *handling*, dogana); modulo trasporto *inland*; *fast import corridor*.

alle *Single Windows* gestite dalle Amministrazioni nazionali<sup>24</sup>.

Ovviando in via amministrativa alla disattenzione del legislatore delegato del 2016, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha emanato il 20 marzo 2018, quindi poco tempo dopo la richiamata iniziativa di Assoporti sul Modello unico di PCS, una «direttiva» recante «Linee guida per omogeneizzare ed organizzare i sistemi *Port Community System* (PCS) attraverso la Piattaforma logistica nazionale (PLN)». Tale direttiva richiama in premessa le azioni e gli obiettivi delineati dal Piano strategico nazionale della portualità e della logistica del 2015 e, «al fine di ottemperare al disposto» di tale Piano, ha inteso «definire le modalità attuative per il raggiungimento degli obiettivi di omogeneità e di standardizzazione dei PCS».

L'art. 1 dell'atto ministeriale, nel recepire la comune definizione di PCS, ha precisato che tale strumento «ottimizza, gestisce e automatizza i processi portuali, ivi compresi quelli autorizzativi, amministrativi e logistici, attraverso la singola immissione del dato e lo scambio di informazioni con il trasporto e la catena logistica». I PCS delle Adsp, ai sensi del successivo art. 2, «sono compresi nel perimetro della PLN»; ed in coerenza con tale previsione la norma ha stabilito che entro il 30 settembre 2018 le Adsp migrassero i propri PCS, realizzati autonomamente, nel *private cloud* della PLN presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, affinché essi potessero essere gestiti dal concessionario di cui alla più volte sopraccitata legge n. 228/2012. Con decorrenza da tale migrazione<sup>25</sup> sarebbe dunque stata avviata la trasformazione dei singoli PCS «per l'adozione del PCS PLN», con fondi a carico del concessionario predetto. Per le Adsp sfornite di PCS, la direttiva ha previsto che esse, entro l'indicata scadenza e sempre con costi a carico del concessionario, adottassero il PCS PLN elaborato e messo a disposizione nel 2015 da UIRNet s.p.a. per l'allora Autorità portuale di Taranto, sistema che viene qualificato come «il primo stadio di Modello unico di PCS». Circa l'utilizzo della piattaforma nazionale, il provvedimento ministeriale ha poi disposto che le tariffe per i servizi PCS PLN fossero definite dal concessionario, in accordo con le Adsp e con gli operatori economici delle comunità portuali ed a seguito di validazione di

---

<sup>24</sup> Tale interoperabilità è concepita per l'integrazione con la PLN, col sistema PMIS, col sistema AIDA, coi sistemi PIC e PIL di Ferrovie dello Stato italiane, coi sistemi di manovra ferroviaria e coi sistemi di operatori privati (terminalisti, spedizionieri, doganalisti/transitari, armatori/agenti marittimi, aziende di autotrasporto, etc.) attivi all'interno degli scali portuali e negli *inland terminal*.

<sup>25</sup> Per incentivare il processo di migrazione verso il *cloud* della PLN, la cui attuazione è configurata mediante l'adempimento di «obblighi» a carico delle Adsp, l'art. 6 della direttiva in parola ha previsto a favore di queste ultime delle misure premiali, consistenti nell'accesso preferenziale alle misure di carattere economico a valere su fondi nazionali per la realizzazione, la gestione e l'implementazione dei sistemi di trasporto intelligenti (ITS).

UIRNet s.p.a., sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con riguardo agli obblighi del soggetto attuatore unico per la realizzazione e la gestione della PLN, l'art. 4 della direttiva ha infine stabilito che UIRNet s.p.a. attivasse tutte le azioni opportune per raggiungere gli obiettivi stabiliti nel PSNPL di omogeneità, standardizzazione e centralizzazione dei PCS, definendo in particolare con il concessionario il cronoprogramma per la realizzazione del MUPCS e con le singole Adsp un piano d'azione per individuare compiti, ruoli, responsabilità, costi e fonti di finanziamento.

##### 5. *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e la nuova strategia di RAM s.p.a.*

La pandemia causata dalla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha mostrato che i temi dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione, già inclusi nelle agende dei principali piani strategici nazionali ed europei, sono prioritari per lo sviluppo di settori chiave dell'economia globale. Digitalizzazione e sostenibilità sono i due concetti maggiormente ricorrenti nei vari documenti di indirizzo strategico-politico europeo, dal *Next Generation EU* al *New Smart and Sustainable Mobility Strategy*, dalla *European Digital Strategy* al *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, fino al piano per la costruzione del *cloud* europeo. Nei settori marittimo-portuale e della logistica, in particolare, la transizione energetica e quella digitale sono fortemente interconnesse, coinvolgendo ogni ambito e tutti gli attori delle comunità portuali e dei sistemi logistici di riferimento.

Nel nostro Paese il Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR), elaborato dal Governo italiano e definitivamente approvato dal Consiglio europeo nel luglio 2021, ha dedicato la Missione 3 (M3) alle «Infrastrutture per una mobilità sostenibile» (con risorse pari a euro 25,40 miliardi); all'interno di questa, la Componente 2 (M3C2) è riferita alla «Intermodalità e logistica integrata» (con risorse pari a euro 630 milioni) e si articola in due ambiti di intervento, che sono lo «Sviluppo del sistema portuale» (M3C2.1, con risorse per euro 270 milioni costituiti da prestiti) e la «Intermodalità e logistica integrata» (M3C2.2, con risorse per euro 360 milioni costituiti da sovvenzioni). In quest'ultimo ambito di intervento<sup>26</sup> si inseri-

---

<sup>26</sup> La «rivoluzione» digitale e l'aumento di produttività a essa correlata saranno supportate – secondo il PNRR – da un investimento significativo per portare banda larga e 5G nei nodi principali della catena logistica. L'ambito di intervento M3C2.2 è pertanto trasversalmente collegato con la Missione 1 - Componente 2 (M1C2) dedicata alla «Digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo», che contiene interventi

scono la Riforma 2.1 «Semplificazione delle transazioni di importazione/esportazione attraverso l'effettiva implementazione dello Sportello unico dei controlli» e la Riforma 2.2 «Interoperabilità della Piattaforma logistica nazionale per la rete dei porti, al fine di introdurre la digitalizzazione dei servizi di trasporto passeggeri e merci». A tale ultima Riforma, «volta a rendere interoperabili i *Port Community Systems*, ovvero gli strumenti di digitalizzazione dei movimenti di passeggeri e merci delle singole Adsp, in modo che siano compatibili tra di loro e con la Piattaforma logistica nazionale», è collegato l'Investimento 2.1 «Digitalizzazione della catena logistica» (per un importo di euro 250 milioni), che mira ad affrontare, attraverso l'uso delle tecnologie digitali, le principali criticità del settore a livello nazionale, che vengono identificate nei seguenti fattori: «eccessiva burocrazia nelle procedure, ancora fortemente dipendenti dai documenti cartacei; mancato avvio effettivo dei processi di semplificazione normativa; frammentazione dei sistemi informatici implementati dai vari enti e attori della catena logistica; tempi di attesa per il carico/scarico delle merci e per i consueti controlli che risultano non competitivi rispetto ad altri Paesi europei». Secondo quanto scritto dal Governo, l'Investimento 2.1 «aumenterà la competitività logistica nazionale grazie alla realizzazione di un sistema digitale interoperabile tra attori pubblici e privati per il trasporto merci e la logistica, in grado di semplificare procedure, processi e controlli puntando sulla de-materializzazione dei documenti e lo scambio di dati e informazioni»<sup>27</sup>. L'allegato della decisione di esecuzione del Consiglio europeo che

---

destinati appunto alla diffusione della banda larga e del 5G sulle aree bianche e grigie del territorio. L'opera di digitalizzazione è concepita per garantire, in particolare, procedimenti «*just in sequence*», «industrializzazione» della catena di trasporto tra aeroporti, porti marittimi e *dry ports*, «modularità» e standardizzazione necessaria per gestire grandi numeri di merci sbarcate nei porti.

<sup>27</sup> Con riferimento all'Investimento 2.1 in discorso, nella documentazione allegata al PNRR che il Governo italiano ha inviato nell'aprile 2021 alla Commissione europea, si legge – in relazione alla compatibilità dell'Investimento stesso con la normativa europea in materia di aiuti di Stato – che «UIRNet s.p.a. avrà anche il compito di coordinare il processo di digitalizzazione di tutti i soggetti pubblici e privati coinvolti, attraverso l'adozione di standard e requisiti che garantiscono la *cyber security* e la piena interoperabilità con i PCS ed i sistemi ICT degli Interporti. D'altro canto, gli attori della catena logistica (Porti e Interporti) rimangono ovviamente liberi di gestire in autonomia il proprio processo di digitalizzazione, ma ancora in conformità con gli standard e gli altri requisiti fissati da UIRNet s.p.a. In tale prospettiva, l'esistenza di aiuti di Stato può essere esclusa, ai sensi della Comunicazione sulla nozione di aiuti di Stato, tenuto conto che UIRNet s.p.a. gestisce la piattaforma e coordina l'accesso e l'interoperabilità ai sensi di legge, sulla base di un monopolio legale che esclude ogni possibile concorrenza. Inoltre la piattaforma è messa a disposizione dei potenziali utenti a condizioni eque e non discriminatorie. L'ambito e l'attività di UIRNet s.p.a. è in corso di revisione e il Ministero delle infrastrutture prenderà tutte le iniziative necessarie per procedere alla rinegoziazione della sua missione e delle sue disposizioni di

ha approvato il PNRR formula, per il conseguimento dell'obiettivo dell'istituzione della Piattaforma strategica nazionale, il calendario indicativo della fine del secondo trimestre del 2024. Entro il 30 giugno 2024, in particolare, almeno il 70% dei PCS delle Adsp dovrà risultare interoperabile tra di loro e con la PLN.

Per dare attuazione urgente alle richiamate previsioni del PNRR il Governo ha approvato a novembre 2021 il d.l. n. 152/2021, convertito nel dicembre successivo in legge n. 233/2021. L'art. 30, comma 1, del provvedimento ha disposto che, al fine di accelerare l'implementazione ed il potenziamento della piattaforma per la gestione della rete logistica nazionale in coerenza con il cronoprogramma previsto dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, le funzioni di soggetto attuatore della realizzazione e gestione della piattaforma stessa (che l'art. 61-*bis* del d.l. n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012, aveva conferito a UIRNet s.p.a.) sono trasferite al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 152/2021 medesimo. L'art. 30, comma 2, del decreto-legge ha quindi stabilito che, alla stessa data, cessano anche, ove non già scadute, gli effetti delle convenzioni stipulate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con UIRNet s.p.a., cui nell'aprile 2021 – come più sopra si è segnalato – era succeduta DigITAllog s.p.a. Tali previsioni<sup>28</sup> paiono giustificarsi come una definitiva (e senz'altro tardiva) presa d'atto della fallimentare esperienza della *partnership* tra UIRNet s.p.a. e Logistica Digitale s.r.l., che nel 2016 era risultata assegnataria della concessione per l'estensione e la gestione della PLN, divenuta poi oggetto – dati gli scarsi ed intangibili risultati dell'azione della società concessionaria – di un vivace contenzioso tra quest'ultima e UIRNet s.p.a. dinanzi ai giudici amministrativi<sup>29</sup>. La cessazione degli effetti delle

---

lavoro al fine di rafforzare il controllo pubblico sull'uso delle risorse pubbliche e, più in generale, di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi».

<sup>28</sup> Poco prima dell'emanazione del d.l. n. 152/2021, DigITAllog s.p.a. ha peraltro presentato un ricorso *ex art.* 117 c.p.a. per l'accertamento del supposto inadempimento da parte del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile dell'obbligo di provvedere alla stipula di una nuova convenzione, finalizzata all'utilizzo del finanziamento di 5 milioni di euro disposto a favore della digitalizzazione della logistica dei porti dall'art. 11-*bis* del d.l. n. 124/2019, poi modificato dall'art. 48 del d.l. n. 76/2020. Tale ricorso è stato giudicato improcedibile da T.A.R. Lazio, Sez. III, sent. 21 febbraio 2022, n. 2021, che ha affermato che la sopravvenienza normativa di cui all'art. 30 d.l. n. 152/2021, determinando il trasferimento al predetto Ministero delle funzioni di soggetto attuatore della realizzazione e gestione della piattaforma per la gestione della rete logistica nazionale, ha fatto venir meno qualsiasi obbligo a provvedere in capo al Ministero stesso, sì che quest'ultimo non è più abilitato alla stipula della suddetta convenzione e la ricorrente non ha più alcuna pretesa alla conclusione della medesima.

<sup>29</sup> Logistica Digitale s.r.l., in particolare, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione

precedenti convenzioni comporta<sup>30</sup> che DigITAllog s.p.a. deve mettere a disposizione del Ministero tutto quanto realizzato o in corso di realizzazione in attuazione delle convenzioni stesse, nonché quanto necessario per assicurare il funzionamento della nuova piattaforma nazionale.

Sul piano operativo, l'art. 30, comma 5, del d.l. n. 152/2021 ha introdotto inoltre un'altra importante novità, stabilendo che per lo svolgimento delle attività di realizzazione della PLN il Ministero possa avvalersi – attraverso apposita convenzione – di Rete Autostrade Mediterranee per la logistica, le infrastrutture e i trasporti (RAM) s.p.a., società *in house* dello stesso Ministero con capitale interamente detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze, creata nel 2004 per l'attuazione del c.d. "Programma europeo delle Autostrade del mare". Per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti e finanziati dal PNRR l'art. 30, comma 6, del decreto-legge in discorso consente peraltro a RAM s.p.a., sottoposta alla disciplina sulle società a partecipazione pubblica<sup>31</sup>, di assumere a tempo indeterminato unità di personale non dirigenziale con comprovata competenza multidisciplinare in materia di logistica e di logistica digitale, in deroga ai divieti ed alle limitazioni di cui all'art. 19, comma 5, del d.lgs. n. 175/2016<sup>32</sup>.

---

dell'efficacia, dell'atto di UIRNet s.p.a. con cui quest'ultima aveva notificato alla prima la risoluzione per grave inadempimento della convenzione di concessione per l'estensione e la gestione della PLN. Tale concessione, stipulata nel gennaio 2017 ed avente durata ventennale, prevedeva un investimento di circa 25 milioni di euro e la corresponsione a UIRNet s.p.a. di un canone annuo di 2,5 milioni di euro. Il ricorso è stato deciso, nella fase cautelare, da T.A.R. Lazio, Sez. III, ord. 27 aprile 2020, n. 3270, che ha respinto la richiesta di sospensiva rilevando la circostanza oggettiva che la concessionaria, nel triennio iniziale del rapporto, ha realizzato investimenti per euro 8.107.458 a fronte degli euro 24.900.000 originariamente previsti; e da Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 giugno 2020, n. 3097, che confermando la decisione di primo grado ha ribadito la sussistenza di analitiche ragioni a fondamento della risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario. Il contenzioso si è poi risolto con un accordo bonario raggiunto a marzo 2021, che ha sancito la prosecuzione del rapporto convenzionale quanto meno fino a marzo 2022. Il contenuto di tale accordo risulta oggi superato da quanto previsto, appunto, dall'art. 30 del d.l. n. 152/2021.

<sup>30</sup> L'art. 30, comma 3, lett. b), del d.l. n. 152/2021 ha comunque previsto che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entro sei mesi dall'entrata in vigore del provvedimento, provveda al rimborso in favore di DigITAllog s.p.a. dei «soli costi», derivanti da obbligazioni giuridicamente vincolanti, sostenuti dalla stessa società per lo svolgimento delle attività previste dalle precedenti convenzioni.

<sup>31</sup> Il funzionamento di RAM s.p.a. è improntato al modello dell'*in house providing*, alle condizioni di cui all'art. 19, comma 5, del d.l. n. 78/2009, convertito in legge n. 102/2009. Il Ministero dell'economia e delle finanze esercita quindi su di essa un «controllo analogo» a quello esercitato sui propri servizi.

<sup>32</sup> Per l'attuazione della Missione 3-Componente 2-Riforma 2.3 «Semplificazione delle procedure logistiche e digitalizzazione dei documenti per l'adozione della eCMR»,

Seguendo le richiamate prescrizioni legislative, nell'agosto 2022 il Ministero delle infrastrutture e RAM s.p.a., avendo già stipulato nel giugno 2020 un Accordo di servizio di durata triennale con cui veniva confermato l'affidamento alla Società stessa delle attività per l'attuazione del Programma per le Autostrade del mare, hanno sottoscritto un «Atto attuativo» di detto Accordo, col quale hanno definito le modalità e i contenuti del supporto di RAM s.p.a. al Ministero, in coerenza con il cronoprogramma previsto dal PNRR. Tale atto, in particolare, prevede<sup>33</sup> che RAM s.p.a. – concordando previamente ogni iniziativa con i competenti uffici del Ministero – elabori ed attui specifici progetti per l'implementazione ed il potenziamento della PLN; supporti il Ministero nell'attività di comunicazione e promozione istituzionale; individui gli standard e approfondisca i requisiti per l'interoperabilità tra la PLN ed i sistemi digitali (PCS e ICT) dei vari soggetti coinvolti, con particolare attenzione alla *cyber security* e alla privacy; analizzi i fabbisogni di digitalizzazione delle reti e dei nodi logistici locali per permetterne l'interoperabilità con la PLN; esamini i fabbisogni per l'*upgrade* tecnologico delle imprese di logistica, necessario per un sistema digitale interoperabile tra attori pubblici e privati per il trasporto delle merci e per la dematerializzazione dei documenti; predisponga le procedure di accesso agli investimenti e agli incentivi previsti dal PNRR per la transizione tecnologica delle imprese di logistica, redigendo anche i bandi di gara; fornisca assistenza tecnica al Ministero ed ai beneficiari nell'ambito della procedura di accesso agli investimenti e agli incentivi; svolga attività di comunicazione e promozione istituzionale circa gli investimenti e i singoli incentivi previsti dal PNRR.

L'azione di RAM s.p.a. ha comportato<sup>34</sup>, in primo luogo, una più inci-

---

ovvero della Convenzione relativa al trasporto internazionale di merci su strada, la legge di conversione n. 233/2021 ha tra l'altro aggiunto al d.l. n. 152/2021 l'art. 30-*bis*, che ha provveduto a modificare gli artt. 1696, 1737, 1739, 1741 e 2761 c.c., relativi rispettivamente al contratto di trasporto di cose, al contratto di spedizione ed ai crediti del vettore, dello spedizioniere, del mandatario, del depositario e del sequestratario. Il Protocollo addizionale della citata Convenzione, per la cui ratifica da parte dell'Italia è stato approvato dal Consiglio dei ministri un disegno di legge, è finalizzato ad agevolare l'uso delle lettere di vettura elettroniche e fornisce un quadro giuridico supplementare per la digitalizzazione delle stesse, facilitandone la compilazione facoltativa mediante procedure di registrazione e di gestione elettronica dei dati.

<sup>33</sup> L'atto in esame, produttivo di effetti dalla data di registrazione dell'8 settembre 2022, ha durata fino al 31 dicembre 2026 e stabilisce come corrispettivo per le attività svolte da RAM s.p.a. un importo massimo di euro 700.000 annui.

<sup>34</sup> Nonostante le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 30 del d.l. n. 152/2021, a gennaio 2023 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha pubblicato il contratto sottoscritto con Logistica Digitale s.r.l., a novembre 2022, «per la prosecuzione, da parte di quest'ultima, del servizio di conduzione dei sistemi della Piattaforma logistica nazionale e

siva presenza presso le sedi europee ove si lavora alla predisposizione delle specifiche tecniche di interoperabilità e ha portato, successivamente, ad una rielaborazione del progetto originario di Piattaforma logistica nazionale. Essa viene oggi definita come un ecosistema digitale interoperabile e protetto, funzionante attraverso un modello di cooperazione applicativa. I fondamenti su cui si basa sono quattro, vale a dire l'interoperabilità, l'autonomia gestionale, il riuso e la sicurezza.

L'interoperabilità viene concepita in riferimento alle previsioni del reg. 2020/1056/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle informazioni elettroniche sul trasporto merci (*Electronic Freight Transport Information-eFTI*), il quale impone – con decorrenza dal 21 agosto 2024 – di rendere interoperabile in tutti gli Stati membri lo scambio di dati e di informazioni tra tutte le piattaforme e tutti gli operatori, pubblici e privati, che intervengono a vario titolo nel trasporto delle merci, sia per la fase operativa che per quella delle procedure autorizzative. Si tratta di un'interoperabilità che comprende tutto il ciclo del trasporto, a partire dallo sbarco della merce in banchina fino alla sua consegna alla destinazione finale. In tale prospettiva, la PLN verrebbe ad essere la declinazione italiana del sistema eFTI, interconnettendo digitalmente i nodi pubblici e le reti di trasporto (porti, rete autostradale, rete ferroviaria, interporti) attraversati dai flussi di merci con i sistemi digitali delle Amministrazioni pubbliche che effettuano i controlli e le verifiche sui vari segmenti del ciclo logistico. Le informazioni condivise sarebbero dunque quelle rilevanti in ambito eFTI, ovvero quell'insieme di dati minimi universali che sia le predette Amministrazioni sia i grandi generatori di dati (da Autostrade per l'Italia all'Anas, dai porti a Rete Ferroviaria Italiana) si impegnano a condividere, non solo tra Autorità pubbliche ma anche tra queste ed operatori privati.

Tale soluzione si palesa diversa da quella concepita in passato da Logistica Digitale s.r.l., poiché non mira ad un sistema unico centralizzato da imporre a tutte le Amministrazioni ed ai singoli operatori, ma intende la PLN come un ecosistema digitale di cooperazione. Il secondo pilastro dell'autonomia gestionale punta dunque alla realizzazione di una «grande alleanza digitale», mediante il necessario coinvolgimento di tutte le pubbliche amministrazioni detentrici dei dati sulle merci e sui vettori finalizzato all'integrazione dei loro sistemi informativi di gestione, senza che questa

---

per l'acquisto di prodotti software». Le parti si sono dunque impegnate affinché Logistica Digitale s.r.l. continui a garantire il mantenimento dell'operatività dei prodotti esistenti e la loro cessione fino al 31 marzo 2023. I dettagli economici relativi ai singoli prodotti, fra cui vengono espressamente menzionati i PCS dei porti di Genova, Savona, La Spezia, Ravenna e Civitavecchia, non sono noti, poiché il Ministero non ha pubblicato gli allegati al contratto, che pure sono espressamente parte integrante dello stesso; ma l'importo complessivo dell'operazione è di poco superiore a euro 9 milioni (oltre ad Iva).

venga affidata ad un unico soggetto. In tale direzione, il ruolo di RAM s.p.a. è piuttosto quello di abilitatore dell'interoperabilità tra le diverse piattaforme pubbliche<sup>35</sup> e private già esistenti, quali il PMIS delle Capitanerie di porto, il SUDOCO dell'Agenzia delle dogane, i PCS delle Adsp, la banca dati della Direzione generale della motorizzazione civile, il PIL (Piattaforma integrata della logistica) ed il PIC (Piattaforma integrata della circolazione) delle Ferrovie dello Stato italiane, i sistemi informatici dei concessionari di autostrade ed aeroporti. Tale strategia sembra mutuata dai noti schemi del G2G (*Government to Government*), che favorisce l'interoperabilità delle banche dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, e del B2G (*Business to Government*), che permette agli operatori economici di accedere ai sistemi digitalizzati di queste ultime per svolgere ogni adempimento con un solo accesso.

Il terzo pilastro del progetto in questione, quello del riuso, si identifica con l'istituto disciplinato dall'art. 69 del Codice dell'amministrazione digitale, ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico sono obbligate a rendere disponibile il relativo codice sorgente, completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta, in uso gratuito alle pubbliche amministrazioni o ai soggetti che intendano adattarli alle proprie esigenze. Il ricorso al riuso si rende particolarmente utile in riferimento ai PCS delle Adsp, mediante la diffusione delle «buone pratiche» di quelli che oggi funzionano meglio a favore delle Adsp che ne hanno versioni meno evolute o non ne dispongono affatto.

Il quarto pilastro della sicurezza, infine, è concepito in relazione alle prescrizioni delle direttive europee cc.dd. "NIS 1" e "NIS 2", finalizzate ad aumentare il livello della resilienza informatica degli operatori pubblici e privati e a migliorare la consapevolezza della collettività rispetto alle

---

<sup>35</sup> È utile ricordare, in proposito, che l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID), con la determinazione n. 547/2021, ha già adottato e pubblicato, ai sensi dell'art. 71 del Codice dell'amministrazione digitale e della dir. 2015/1535/UE, le «Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle pubbliche amministrazioni» e le «Linee guida Tecnologia e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici». Le due Linee guida contribuiscono alla definizione del modello di interoperabilità delle pubbliche amministrazioni (ModI), definito da AgID ai sensi dell'art. 73, comma 3-bis, lett. b), del Codice stesso, in coerenza con l'*European Interoperability Framework*. Le prime si concentrano sulle tecnologie e le loro modalità di utilizzo, per garantire la sicurezza delle transazioni digitali realizzate tra e verso le pubbliche amministrazioni che usano le *application programming interface* tramite rete di collegamento informatica. Le seconde individuano invece le tecnologie e gli standard che le pubbliche amministrazioni devono adoperare per la realizzazione dei propri sistemi informatici, al fine del coordinamento informativo ed informatico dei dati tra le Amministrazioni centrali, regionali e locali, nonché tra queste e i sistemi dell'Unione europea, con i gestori di servizi pubblici e dei soggetti privati.

odierne minacce informatiche<sup>36</sup>, attraverso una più efficace capacità di prevenzione, gestione e risposta.

Sotto l'aspetto organizzativo, in considerazione dell'interessamento di attori istituzionali e non, del frazionamento di competenze tra diverse pubbliche amministrazioni e dello stato di fatto eterogeneo ed asimmetrico delle piattaforme e delle applicazioni esistenti RAM s.p.a. ha poi dato avvio a forme di collaborazione permanenti tra i Ministeri e le altre Amministrazioni, al fine di assicurare la piena condivisione delle scelte con tutti gli *stakeholder* rilevanti. È stata poi istituita una Cabina di regia di Progetto, alla quale oltre a RAM s.p.a. prendono parte – per assicurare una governance multilivello – sia le Direzioni generali del Ministero delle infrastrutture che hanno competenza nella realizzazione del progetto sia Assoporti. RAM s.p.a., inoltre, ha creato e coordina tre Tavoli tecnici, denominati – in relazione alla tipologia dei loro partecipanti – «Generatori dati», «Responsabili PCS delle Adsp» e «Operatori mercato della PLN». Al primo Tavolo siedono rappresentanti di Autorità amministrative e *Infrastructure Manager*, per individuare il *data set* e gli standard di interoperabilità; al secondo Tavolo si riuniscono i referenti per la gestione dei PCS dei singoli porti, per averne una conoscenza condivisa e ottenerne un'implementazione interoperabile; al terzo Tavolo collaborano tutti i soggetti che operano sulle piattaforme dati dei generatori, per condividere idee ed elaborare proposte circa l'integrazione di esse coi propri sistemi.

Nel quadro di azione che si è delineato, occorre infine segnalare che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, quale soggetto attuatore della piattaforma per la gestione della rete logistica nazionale, ha formalizzato la volontà di adottare il modello *cloud* per la migrazione della PLN sul Polo strategico nazionale (PSN), la cui realizzazione è prevista dal PNRR<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Si tratta della dir. 2016/1148/UE e della dir. 2022/2555/UE. Quest'ultima, che ha abrogato la prima ed è entrata in vigore il 17 gennaio 2023, ha introdotto quale criterio di individuazione dei soggetti destinatari degli obblighi previsti la distinzione tra «soggetti essenziali» e «soggetti importanti». Tra i primi rientrano, a differenza di quanto accadeva con la precedente normativa, anche le pubbliche amministrazioni, che si affiancano agli operatori dei settori energetico, sanitario, spaziale, bancario, dei trasporti, delle infrastrutture digitali, delle acque; tra i secondi si annoverano, invece, operatori di servizi postali e di corriere, di gestione dei rifiuti, del settore chimico, del settore agroalimentare. Un'altra rilevante novità della più recente disciplina consiste nell'approccio di rischio quale obbligo introdotto in capo ai soggetti interessati, i quali sono chiamati a implementare un adeguato processo di *risk assessment* per la gestione degli eventi *cyber* potenzialmente malevoli.

<sup>37</sup> Nel PNRR la realizzazione del Polo strategico nazionale (PSN) completa la Missione 1-Componente 1 (M1C1) dedicata alla «Digitalizzazione, innovazione e sicurezza della pubblica amministrazione», riguardando in particolare l'Investimento 1.1 «Infrastrutture digitali» orientato alla migrazione dei dati e degli applicativi informatici delle singole Amministrazioni verso un ambiente *cloud*. Il PSN è quindi l'infrastruttura ad alta affidabilità che

con l'obiettivo di accelerare il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione<sup>38</sup>.

---

ha l'obiettivo di dotare la pubblica amministrazione italiana di tecnologie e infrastrutture *cloud* che possano beneficiare delle più alte garanzie di affidabilità, resilienza e indipendenza. Esso ospiterà i dati ed i servizi critici e strategici di tutte le Amministrazioni centrali (circa 200), delle Aziende sanitarie locali e delle principali Amministrazioni locali (Regioni, Città metropolitane, Comuni con più di 250 mila abitanti). Per la sua realizzazione il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri nell'agosto 2022 ha stipulato, in esito alla gara europea indetta da Difesa Servizi s.p.a. in qualità di centrale di committenza del Dipartimento medesimo, una convenzione con la società di progetto di nuova costituzione Polo Strategico Nazionale s.p.a., partecipata da Tim (45%), Leonardo (25%), Cassa depositi e prestiti (20%, attraverso la controllata CDP Equity) e Sogei (10%).

<sup>38</sup> Sull'argomento, v. diffusamente, da ultimo, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023, spec. p. 109 ss.



LORENZO AGOSTINO

INTELLIGENZA ARTIFICIALE  
E CONTRASTO ALLA VIOLENZA DI GENERE:  
SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DALL'ESPERIENZA  
IN CORSO NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Intelligenza artificiale e protezione della vittima di violenza di genere. – 2. L'esperienza spagnola: il sistema VioGén. – 3. Le criticità del sistema VioGén nella prospettiva della vittima... – 4. ... e dell'indagato.

1. *Intelligenza artificiale e protezione della vittima di violenza di genere*

Negli ultimi anni, come molti altri settori, anche quello della giustizia penale è stato chiamato a confrontarsi con quegli strumenti – noti come *risk assessment tools*<sup>1</sup> – in grado di effettuare previsioni sul comportamento futuro dell'indagato/imputato sulla base della rielaborazione di un complesso di dati per mezzo di algoritmi più o meno sofisticati<sup>2</sup>.

Uno dei campi in cui, verosimilmente, questo tipo di tecnologie potrà trovare spazio nel prossimo futuro è quello della violenza di genere, in cui – anche sotto la spinta della Corte di Strasburgo<sup>3</sup> – sta venendo ad assu-

---

<sup>1</sup> L'esempio più noto è quello relativo all'algoritmo COMPAS e all'utilizzo che se ne è fatto nell'ormai celebre caso *Loomis* (*State v. Loomis*, 881 NW 2d 749 (Wis 2016)). Per un'analisi della vicenda v. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, p. 4 ss. e S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal*, Springer, Cham, 2020, p. 156 ss.

<sup>2</sup> Per una definizione di valutazione del rischio come «prognosi di possibili condotte violente e delittuose, spesso realizzata, ultimamente, attraverso soluzioni digitali che possono far ricorso anche a sofisticati metodi di *machine learning*», v. S. QUATTROCOLO, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, in AA.VV., *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, p. 69.

<sup>3</sup> Per una disamina della cui giurisprudenza in materia v. V. BONINI, *Protezione della*

mere sempre più rilevanza la stima della probabilità che la vittima possa essere destinataria di condotte lesive. Siffatta tutela è in particolare consacrata dall'art. 51 della Convenzione di Istanbul «sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica»<sup>4</sup>, che impone agli Stati firmatari di adottare strategie utili a «consentire alle autorità competenti di valutare il rischio di letalità, la gravità della situazione e il rischio di reiterazione dei comportamenti violenti, al fine di gestire i rischi e garantire, se necessario, un quadro coordinato di sicurezza e di sostegno»<sup>5</sup>.

La circostanza che la tecnologia possa assumere un ruolo pivotale per il vaglio di siffatti pericoli e, più in generale, per la protezione della vittima è del resto confermata da uno dei più recenti atti adottati dal Consiglio d'Europa in materia, ovverosia la Raccomandazione CM/Rec(2023)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa «*on rights, services and support for victims of crime*»<sup>6</sup>. Nel dettaglio, l'art. 3, par. 2, della stessa invita gli Stati membri a usufruire «*of the possibilities offered by information and communication technology*» in tutti gli ambiti presi in considerazione dal documento (compreso quello della valutazione individuale dei bisogni e della vulnerabilità del soggetto, di cui all'art. 4) e, prioritariamente, ai fini del rafforzamento di alcuni specifici diritti, tra cui spicca il «*right to protection*» meglio dettagliato dall'art. 15. Quest'ultimo articolo fa riferimento ai «*risks of repeat victimisation, intimidation and retaliation*», per affrontare i quali – come si apprende dall'*Explanatory Memorandum* del provvedimento – è necessario svolgere «*a risk assessment to identify the exact risks and help the victim develop a 'safety plan'*»<sup>7</sup>.

---

*vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, in *Sist. pen.*, 2023, f. 3, p. 53 ss.

<sup>4</sup> Aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa l'11 maggio del 2011, la Convenzione è stata da ultimo ratificata anche dall'Unione europea, per la quale è entrata in vigore l'1 ottobre 2023. La notizia dell'adesione è reperibile all'indirizzo <https://www.coe.int/it/web/portal/-/the-european-union-deposited-the-instrument-of-approval-of-the-istanbul-convention->.

<sup>5</sup> Per un'analisi del contenuto e del significato della disposizione in questione v. V. BONINI, *op. cit.*, p. 50 ss. e F. TRAPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, in *Arch. pen. (web)*, 2023, f. 1, p. 9 ss. Più in generale, sulla tutela della vittima di violenza di genere nelle fonti sovranazionali v. F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 67 ss.

<sup>6</sup> Per una panoramica sulla quale sia consentito il rinvio a L. AGOSTINO, *La Raccomandazione del Comitato dei Ministri sui diritti, i servizi e il supporto delle vittime di reato*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, p. 559 ss.

<sup>7</sup> Cfr. *Explanatory Memorandum*, par. 116, reperibile all'indirizzo [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680aa1f4c](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680aa1f4c).

Appare evidente, dunque, come a livello di “grande Europa” si scommetta in maniera decisa sulle ICT allo scopo di assicurare il miglior apprezzamento dei pericoli cui la persona offesa può essere esposta. Lo stesso dicasi con riferimento al contesto dell’Unione europea, rispetto al quale devono segnalarsi, per un verso, la proposta di direttiva «sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica»<sup>8</sup>, che dedica alla «[v]alutazione individuale delle esigenze di protezione delle vittime» una dettagliata disciplina (art. 18); e, per l’altro, la proposta di regolamento sull’IA<sup>9</sup>, dove l’impiego dei *tools* di intelligenza artificiale «per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare [...] il rischio per vittime potenziali di reati», sebbene catalogato tra le attività *high-risk*, è stato ammesso.

È dunque in ragione della crescente attualità del tema che sembra opportuno analizzare l’utilizzo che di questo tipo di sistemi si sta già facendo, nel settore della violenza di genere, in un Paese vicino al nostro come la Spagna, la cui esperienza può offrire utili indicazioni anche nella prospettiva dell’ordinamento italiano, in cui, per quanto non siano allo stato rinvenibili strumenti analoghi<sup>10</sup> – che, *per incidens*, non potrebbero trovare cittadinanza in forza della clausola di esclusione di cui all’art. 220, comma 2, c.p.p.<sup>11</sup> –, la tematica è costantemente all’ordine del giorno<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> COM(2022) 105 final.

<sup>9</sup> Cfr. par. 6 lett. a) dell’Allegato III («Sistemi di IA ad alto rischio di cui all’articolo 6, paragrafo 2») alla «proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione» (COM(2021) 206 final).

<sup>10</sup> In Italia, ad oggi, si è proposto di impiegare l’intelligenza artificiale con finalità unicamente statistiche e, in particolare, di potenziamento del servizio informativo dedicato alla violenza sulle donne messo a disposizione dall’Istituto nazionale di statistica e dal Dipartimento delle Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio (esso è accessibile all’indirizzo <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne>). A proposito di tale sperimentazione, v. C. VILLANTE-G. PAONE-M.G. MURATORE, *L’intelligenza artificiale contro la violenza di genere*, in AA.VV., *Sostenibile/Digitale. Dati e tecnologie per il futuro*, Consortium GARR, Roma, 2021, p. 58 ss.

<sup>11</sup> In proposito cfr. le riflessioni di B. GALGANI, *Dangerousness and New Technologies: Procedural Issues from the Italian Perspective*, in V. BONINI-R. ERBAŞ-S. TÜRKÖĞLU (a cura di), *Dangerousness and Criminal Justice. A Dialogue Between Italy and Türkiye*, Pisa University Press, Pisa, 2023, p. 65 ss. e di S. QUATTROCOLO, *Risk assessment*, cit., p. 80, ad avviso della quale l’esclusione riguarda non «soltanto il momento decisivo, ma anche quello cautelare», dato il carattere generale dell’art. 220, comma 2, c.p.p.

<sup>12</sup> Il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha rilevato l’incapacità dell’ordinamento italiano di attuare l’obbligo di valutare «*the risk to life in domestic violence cases and to secure a timely and adequate response*», sottolineando come l’«*[i]mpunity for domestic violence acts due to a combination of judicial passivity and intervening changes to the pre-*

Così, accanto all'entrata in vigore della legge n. 122/2023 – che ha inciso sui poteri di vigilanza dei procuratori generali presso le corti d'appello in ordine al rispetto del termine entro cui devono essere assunte informazioni da chi ha subito un delitto di genere –, si segnala l'approvazione della legge n. 168/2023 efficacemente intitolata «[d]isposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica», animata (anche) dall'intento di favorire «una preventiva ed efficace valutazione e gestione del rischio di letalità, di reiterazione e di recidiva»<sup>13</sup>.

## 2. *L'esperienza spagnola: il sistema VioGén*

Con la *Ley Orgánica* n. 1/2004 in materia di «*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*», la Spagna si è dotata di uno strumento normativo che – teso a contrastare ogni forma di maltrattamento ai danni delle donne – ha gravato le amministrazioni, ognuna nell'ambito delle proprie competenze, dell'onere di predisporre protocolli finalizzati alla «*prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género*»<sup>14</sup>.

In questa direzione, la *Secretaría de Estado de Seguridad* del Ministero dell'Interno iberico ha sviluppato il *Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género*, meglio noto come VioGén, che, operativo dal 2007, è stato via via perfezionato<sup>15</sup>.

Messo a disposizione dell'autorità di polizia, detto sistema si basa su algoritmi che forniscono informazioni circa il pericolo per la vittima di essere nuovamente destinataria di comportamenti violenti, con possibilità per l'operatore di modificare l'indicazione offerta dal congegno alla luce della conoscenza del caso e della propria esperienza.

Più nel dettaglio, il risultato reso dalla macchina è il frutto della compilazione, da parte dell'agente di polizia e sulla base delle circostanze riferite

---

*scription regime*». Cfr. Comitato dei Ministri, *Supervision of the execution of judgments of the ECHR - Cases examined at 1475th meeting (HR)*, 19-21 settembre 2023.

<sup>13</sup> Cfr. Relazione illustrativa al d.d.l. A.C. 1294 presentato il 12 luglio 2023 e recante «[d]isposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica» (p. 2).

<sup>14</sup> Così recita il primo comma dell'art. 32 della menzionata *Ley*.

<sup>15</sup> Per un resoconto dell'evoluzione del sistema nel corso degli anni v. il documento, diffuso dal Ministero dell'Interno spagnolo, *La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España – Sistema VioGén*, p. 41 ss., reperibile all'indirizzo [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/La\\_valoracion\\_policial\\_riesgo\\_violencia\\_contra\\_mujer\\_pareja\\_126180887.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/La_valoracion_policial_riesgo_violencia_contra_mujer_pareja_126180887.pdf).

dalla vittima, di due formulari, scorrendo i quali si apprezza la stretta correlazione con la fattispecie concreta<sup>16</sup> e l'assenza di qualsivoglia parametro discriminatorio<sup>17</sup>.

Il primo, quello di *Valoración Policial del Riesgo de reincidencia de violencia* (VPR 4.0), viene in gioco subito dopo la presentazione della denuncia e ha la funzione di quantificare il grado di probabilità che la persona possa essere ancora sottoposta a vessazioni. Il modulo include 39 indicatori di rischio di recidiva, raggruppati in quattro aree tematiche (relative alla gravità dell'episodio denunciato, ai dati del presunto aggressore, alle caratteristiche della vittima e alla percezione da parte dell'offeso della situazione in cui versa), e consente di classificare il pericolo come inesistente, basso, medio, alto o estremo. Alla classificazione segue l'adozione di alcune misure di protezione che, nell'ipotesi più grave, può finanche condurre alla predisposizione di un piano di sicurezza personalizzato, suggerito dallo stesso VioGén.

Il secondo, quello di *Valoración Policial de la Evolución del Riesgo* (VPER 4.0), si compone di 34 indicatori di rischio di recidiva e di 9 fattori di protezione. Esso è pensato per rivalutare il pericolo stimato inizialmente e, quindi, per adeguare, rafforzandole o indebolendole a seconda dei casi, le misure adottate. Tale formulario è costituito, a sua volta, da due moduli, utili ad affrontare i possibili scenari che possono venire in considerazione a seguito della denuncia, vale a dire, per un verso, quello in cui si verificano nuovi episodi violenti (VPER-C 4.0); e, per l'altro, quello in cui non si registri nessun altro evento, con la conseguente necessità di ricalibrare *in melius* il livello di rischio inizialmente calcolato e, inoltre, con la possibilità, una volta scomparsi gli indicatori, di classificare il caso – previa comunicazione all'autorità giudiziaria – come “inattivo” nel sistema VioGén, ferma la possibilità di “riattivazione” nell'evenienza in cui l'offeso venga a lamentare ulteriori vessazioni (VPER-S 4.0).

Per potenziarne le capacità, nel 2020 il Ministero dell'Interno si è rivolto a un'impresa produttrice di *software* – SAS Iberia – al fine di integrare il congegno con una piattaforma analitica che consentirà «*el análisis de una*

---

<sup>16</sup> Tra le domande relative alla condotta e al carattere dell'indagato figurano quelle concernenti il suo comportamento nell'ultimo anno (se ha posto in essere danni a oggetti, se ha mancato di rispetto all'autorità, se ha aggredito fisicamente terze persone...), eventuali problematiche di vita sorte negli ultimi sei mesi e i suoi precedenti, anche specifici. Cfr. il catalogo contenuto in *La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España*, cit., p. 59.

<sup>17</sup> Quella relativa alla natura discriminatoria di taluno dei fattori considerati dai *risk assessment tools* ha rappresentato una delle questioni maggiormente problematiche sollevate da tali strumenti. In proposito, con riferimento al già citato algoritmo COMPAS, v. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 5.

*mayor cantidad de datos de criminalidad, combinados incluso con datos de fuentes abiertas, lo que ayudará a ponderar mejor los algoritmos, identificando nuevos indicadores de riesgo, y en periodos de tiempo mucho más cortos»<sup>18</sup>.*

In buona sostanza, dunque, l'ordinamento spagnolo, onde contrastare il fenomeno della violenza di genere, ha inteso sfruttare a pieno le risorse offerte dalla tecnica e, in particolare, dall'intelligenza artificiale, mettendo in campo un *risk assessment tool* il cui impiego in questo specifico ambito appare così promettente da essere stato accolto con grande soddisfazione dall'organismo incaricato a monitorare l'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa – il GREVIO –, il quale, nel suo *report* dedicato alla Spagna, ha persino suggerito l'adozione di accorgimenti «*to increase its potential*»<sup>19</sup>.

Per quanto le prospettive dischiuse da questa categoria di strumenti siano indubbiamente allettanti, occorre nondimeno confrontarsi con i non secondari interrogativi dagli stessi sollevati, confronto al quale anche il citato rapporto del GREVIO non si è sottratto.

### 3. *Le criticità del sistema VioGén nella prospettiva della vittima...*

Apparentemente idoneo a innalzare il livello di tutela dell'offeso, il sistema VioGén si è invero rivelato tutt'altro che impeccabile nella misura in cui le sue "previsioni" si sono dimostrate, in concreto, poco affidabili.

A rilevarlo è stata, in primo luogo, la *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional* che, in un arresto del 2020, ha condannato il Ministero dell'Interno spagnolo al pagamento di un risarcimento in favore dei familiari di una donna uccisa soltanto un mese dopo aver denunciato il marito per atti violenti. Nell'occasione, l'autorità di polizia non aveva adottato alcuna misura di protezione a favore della vittima forte del "risponso" del congegno a sua disposizione, che aveva classificato il pericolo cui la stessa era esposta come "basso", senza tuttavia tenere in considerazione tutta una serie di indici fattuali – tra cui i precedenti e le condizioni socio-

<sup>18</sup> Cfr. *Interior recurre a la tecnología de inteligencia artificial para mejorar la valoración policial de riesgo en casos de violencia de género*, in *ElDerecho.com*, 15 dicembre 2020. Sull'accordo raggiunto dal Ministero con l'azienda, v. J. GIMENO BEVIÁ, *Predictive policing and predictive justice in the spanish legal system: current situation and lege ferenda ideas before future applications*, in *e-Revue Internationale de Droit Pénal*, 2023.

<sup>19</sup> GREVIO, *Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention). Spain*, 25 novembre 2020, p. 66, reperibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>.

economiche dell'aggressore – che avrebbero potuto e dovuto indurla ad assegnare alla fattispecie un livello di rischio più elevato<sup>20</sup>.

La decisione appena ricordata segnala una criticità – quella della scarsa precisione del sistema – che, lungi dall'aver contraddistinto unicamente la sfortunata vicenda sopra ricordata, pare aver assunto una dimensione più ampia, là dove si leggano le statistiche rese note, ancora una volta, dal GREVIO nel rapporto relativo all'ordinamento spagnolo: soltanto l'11% delle donne uccise negli ultimi anni dal proprio partner ha ricevuto una valutazione di “alto rischio” e ciò nonostante che, prendendo ad esempio in esame i dati relativi all'anno 2016, il 34,7% di tutte le donne venute a mancare avesse denunciato violenze alla polizia<sup>21</sup>.

Messi in risalto i suddetti numeri, il GREVIO, nel sottolineare la necessità di migliorare l'accuratezza delle previsioni, ha posto l'accento sull'opportunità di valorizzare le competenze delle forze dell'ordine, garantendo al contempo la condivisione delle informazioni e la cooperazione con soggetti in possesso di conoscenze altre, a cominciare dai fornitori di servizi specializzati per le donne<sup>22</sup>.

Più in generale, ciò che sembra trasparire dalla pronuncia della *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional*, da un lato, e dal documento dell'organismo del Consiglio d'Europa, dall'altro, è la consapevolezza dell'insufficienza della risposta del *tool* di intelligenza artificiale ai fini di una corretta comprensione della situazione in cui versa la donna vittima di violenza<sup>23</sup>.

In altre parole, in questo contesto così delicato, vista la posta in gioco, appare quantomai necessario sensibilizzare l'operatore giuridico sui pericoli derivanti dall'«appiatti[mento]» su «“extravaganti” responsi algoritmici in punto di rischio criminale»<sup>24</sup>. Una deriva – questa – di cui del resto l'Unione europea è ben consapevole là dove, allorché ha deciso di

---

<sup>20</sup> Cfr. *AN Sala Sección 5 del Contencioso-Administrativo, 2187/2019 de 30 de septiembre*, su cui v. M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Hacia una justicia penal predictiva*, in *Cuadernos de política criminal*, 2022, f. 136, p. 114 ss.

<sup>21</sup> GREVIO, *Evaluation Report*, cit., p. 66.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 67.

<sup>23</sup> Come sottolineato da M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *op. cit.*, p. 116 la valutazione del rischio «no ha de limitarse a los resultados volcados por VIOGEN, sino que ha de comprender otros indicios que pasan por la necesaria comprensión humana de cada caso concreto».

<sup>24</sup> Testualmente B. GALGANI, *Considerazioni sui “precedenti” dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sist. pen.*, 2020, f. 4, p. 87. Sulla «“fascinazione” che l'algoritmo esercita nei confronti del giudicante» v., altresì, L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi del rischio di recidiva: questioni problematiche e nuove prospettive*, in D. CASTRONUOVO-D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Jovene, Napoli, p. 204.

intervenire sulla materia, ha sin da subito enfatizzato l'indispensabilità di «un approccio antropocentrico all'IA», di un approccio, cioè, che veda «al centro l'essere umano»<sup>25</sup>.

#### 4. ... e dell'indagato

Oltre all'impatto che l'impiego dell'IA può avere sulla sfera della vittima, occorre prendere in considerazione i riflessi che la valutazione circa il pericolo dell'offeso di essere nuovamente sottoposto ad atti di violenza di genere può avere sulla posizione dell'indagato/imputato. Non è infatti implausibile che l'attestazione di una situazione di allarme da parte del sistema intelligente possa dar luogo all'emanazione di provvedimenti idonei a comprimerne i diritti fondamentali.

Per quanto concerne VioGén, come anticipato, a ciascun livello di rischio corrisponde obbligatoriamente l'adozione di talune misure di polizia di intensità variabile a seconda della gravità della situazione. Stando al *Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género*, adottato in attuazione della *Ley Orgánica n. 1/2004*, tali misure si suddividono in due categorie: da un lato, figurano quelle che incidono esclusivamente sulla persona offesa, quali, con riferimento all'ipotesi "estrema", la vigilanza permanente, il controllo all'ingresso e all'uscita da scuola qualora vi siano figli e l'elaborazione di un piano personalizzato che contempla il ricorso a misure di autoprotezione; dall'altro, vi sono quelle che, invece, sono suscettibili di intaccare la sfera di libertà dell'indagato, il quale può essere sottoposto a monitoraggio<sup>26</sup>.

Ora, mentre la prima tipologia di atti, interessando esclusivamente il soggetto minacciato, non pare destare dubbi sotto il profilo delle garanzie, discorso decisamente diverso vale con riferimento alla seconda.

Sulla base di quanto si ricava dal citato *Protocolo*, già a partire da una situazione di pericolo di entità mediana la polizia è tenuta a «[i]nstar a

<sup>25</sup> Cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica* (COM(2019) 168 final), p. 2.

<sup>26</sup> Per un quadro delle *medidas policiales de protección* adottabili si veda l'*Anexo 1 alla Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema VIOGÉN)*, reperibile all'indirizzo <https://violenciadegenerotic.files.wordpress.com/2019/05/manual-vper.-instruccion-4-2019.pdf>.

*Fiscalía el seguimiento obligatorio del agresor a través de la asignación de un dispositivo telemático de control*», con obbligo per la stessa autorità di polizia – in ipotesi di rischio “alto” – di procedere a un controllo randomico dei movimenti dell’indagato, controllo che diviene «intensivo» allorquando il rischio risulti “estremo”.

In buona sostanza, dunque, l’autorità di polizia, dinanzi a determinati responsi algoritmici, non può esimersi dal seguire, anche in maniera continuativa nel caso in cui il pericolo sia massimo, gli spostamenti del presunto autore del fatto. Un’attività di osservazione, questa, che – pur non parendo implicare l’impiego di strumenti elettronici, il ricorso ai quali è subordinato all’intervento giurisdizionale<sup>27</sup> – è suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli nella sfera privata del soggetto. Questi, infatti, viene sottoposto a una forma di pedinamento “fisico” che non può non avere dei riverberi sulla sua sfera di riservatezza e sulla libertà di circolazione<sup>28</sup>.

Pregiudizi ancor più consistenti alle prerogative dell’indagato possono, poi, derivare da tutta una serie di altre misure che, in conseguenza della previsione del sistema, possono essere adottate ai fini della tutela dell’offeso<sup>29</sup>.

Ricevuta una denuncia in materia di violenza di genere o una richiesta di misura di protezione, l’autorità di polizia deve trasmetterla senza indugio, unitamente al proprio rapporto, al giudice competente<sup>30</sup>, che dovrà

---

<sup>27</sup> L’art. 64.3 *Ley Orgánica* n. 1/2004, infatti, riserva al giudice il potere di disporre il ricorso a «*instrumentos con la tecnología adecuada*» per controllare i movimenti dell’accusato qualora gli sia stato vietato di avvicinarsi alla vittima.

<sup>28</sup> In dottrina è stato persino sostenuto che l’inseguimento “vecchio stampo” sia più invasivo di quello attuato con l’ausilio della tecnologia, dal momento che il primo permetterebbe «di cogliere oltre agli spostamenti anche tutta una serie di elementi, quali la gestualità utilizzata, incontri fatti dal soggetto, abitudini dello stesso, che inevitabilmente sfuggono alle attività di localizzazione tecnologica, le quali si limitano a fornire asettiche coordinate di localizzazione» (cfr. S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 291).

<sup>29</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di F.G. INCHAUSTI, *Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial*, in J. CONDE FUENTES-G. SERRANO HOYO (a cura di), *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcellona, 2019, p. 204, il quale, nel soffermarsi su VioGén, sottolinea che «*[a]unque su finalidad primordial es el establecimiento de un plan personalizado de seguridad para cada víctima, cabe utilizarlo —en principio como un elemento más— a la hora de valorar las circunstancias fácticas que justifiquen la adopción de medidas cautelares de protección a la víctima —incluidas, no se olvide, la prisión provisional y otras medidas limitativas de la libertad ambulatoria.*».

<sup>30</sup> A prevederlo è il *Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género* (Aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el 28 de junio de 2005, tras haberse adaptado el anterior Protocolo a las modificaciones de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia

decidere se applicare un provvedimento cautelare<sup>31</sup>. Il tutto entro tempi molto brevi (al massimo settantadue ore), in conformità all'obbligo, espresso dall'art. 50 Convenzione di Istanbul, di fornire una «protezione adeguata e immediata alle vittime»<sup>32</sup>.

Orbene, data l'estrema contrazione delle tempistiche per l'adozione di siffatte misure, è evidente che la piattaforma indiziaria su cui si baserà la scelta del giudice non sarà così cospicua, con il logico corollario che la stima di VioGén possa giocare un ruolo fondamentale nell'economia della decisione. Del resto, è la stessa *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional*, nella sentenza sopra citata<sup>33</sup>, a confermare che quella valutazione viene presa in considerazione a fini cautelari e che, pur non essendo «*decisiva para el juez*», rappresenta una «*información especializada de asesoramiento útil para la valoración judicial de la "situación objetiva de riesgo para la víctima"*». Non solo: il GREVIO, nel rapporto più volte citato, là dove si sofferma sul sistema di intelligenza artificiale in esame, sottolinea in chiave problematica l'insussistenza di «*mechanisms to ensure that judges act on the risk assessment carried out by law enforcement agencies*»<sup>34</sup>.

Occorre, a tal punto, interrogarsi sulla legittimità dei provvedimenti, più o meno restrittivi delle libertà dell'indagato, adottati dalla polizia prima, e dal giudice poi, in conseguenza dell'apprezzamento operato dal congegno in ordine al pericolo di reiterazione del comportamento violento.

Al riguardo, è necessario misurarsi con il divieto, espresso dall'art. 11

---

de Género), p. 15, reperibile all'indirizzo [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo\\_Actuacion\\_Fuerzas\\_Cuerpos\\_Seguridad\\_Coordinacion\\_Organos\\_Judiciales.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionales/Investigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo_Actuacion_Fuerzas_Cuerpos_Seguridad_Coordinacion_Organos_Judiciales.pdf).

<sup>31</sup> La *Ley Orgánica* n. 1/2004 contiene un elenco di misure di protezione, alcune di carattere penale, altre di tipo civile e di altra indole. Quanto a quelle penali, la principale è rappresentata dall'*orden de protección* di cui all'art. 62 della predetta *Ley* (che, a sua volta, rimanda all'art. 544-ter LECrim in materia di violenza domestica), consistente nell'adozione di una o più misure cautelari di ordine civile o penale previste dall'ordinamento. Per un quadro completo delle misure adottabili a tutela della vittima di violenza di genere, v. M.J. MORAL MORO, *Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género*, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, f. 14, p. 141 ss.

<sup>32</sup> Tempi piuttosto stretti, sebbene non così contratti, vengono scanditi dal nuovo art. 362-bis c.p.p. che, introdotto dalla citata legge n. 168/2023, impone al pubblico ministero di valutare «senza ritardo e comunque entro trenta giorni dall'iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato» la sussistenza dei presupposti delle misure cautelari. A sua volta, il giudice deve decidere sull'istanza della procura entro venti giorni dal deposito.

<sup>33</sup> AN Sala Sección 5 del Contencioso-Administrativo, 2187/2019 de 30 de septiembre, par. 4, cit.

<sup>34</sup> GREVIO, *Evaluation Report*, cit., p. 66.

della dir. 2016/680/UE<sup>35</sup>, di adottare decisioni esclusivamente basate su un trattamento automatizzato di dati idonee a produrre effetti negativi sulla sfera dell'interessato.

Tale previsione, con cui «il legislatore ha voluto dimostrare, (anche) in termini di diritto positivo, di non ignorare i rischi che, per le libertà ed i diritti dell'interessato, possono derivare dall'impiego di algoritmi complessi, dallo sviluppo dei *Big Data* e dalla crescita esponenziale della potenza di calcolo, ossia, per dirla con espressione sintetica, dalla c.d. “giustizia predittiva”», appare tra l'altro funzionale ad impedire che l'intelligenza artificiale possa assumere «il ruolo di “dittatore”», potendo al più «fungere da indicatore strumentale per orientare il libero convincimento del giudice»<sup>36</sup>.

In altre parole, la preclusione in esame, se calata nel contesto del procedimento penale, impedisce che provvedimenti limitativi delle libertà dell'accusato, come quelli adottabili nel contesto della lotta alla violenza di genere, possano essere emessi in conseguenza di un'operazione algoritmica e in assenza di quello che in dottrina è stato definito «un controllo umano significativo»<sup>37</sup>.

Orbene, appare legittimo domandarsi se un siffatto controllo sia esercitabile in maniera effettiva in un contesto quale è quello in cui è chiamato a intervenire il sistema VioGén, dominato dall'esigenza di fornire una celere risposta alle istanze di protezione provenienti dalla persona offesa o se, per converso, una tale necessità possa condurre l'organo decidente ad adagiarsi acriticamente sulla risposta della macchina. D'altronde, innestandosi nella valutazione di rischio agli esordi nel procedimento, sorge il dubbio che il giudice possa già essere in possesso delle conoscenze necessarie per smentire quel dato, a cominciare dal punto di vista dell'indagato. Il pericolo, insomma, è quello di legittimare l'emissione di provvedimenti restrittivi dei diritti dell'individuo fondati su operazioni di calcolo realizzate a partire da elementi fattuali parziali e incompleti.

In questo senso, sarebbero allora da salutare con favore, da un lato, la positivizzazione di una preclusione, anche e soprattutto indirizzata all'autorità di *law enforcement*, di adottare, sulla base dell'*output* della macchina,

---

<sup>35</sup> Trattasi, com'è noto, della direttiva «relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio».

<sup>36</sup> In questi termini B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, f. 1, pp. 20 s. e 23.

<sup>37</sup> Così G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2020, f. 4, p. 83.

misure capaci di riverberarsi sui diritti fondamentali dell'indagato, potendosi ammettere unicamente provvedimenti che incidano, proteggendola, sulla vittima; e, dall'altro, l'introduzione di una clausola, la cui inosservanza dovrebbe essere sanzionata con l'inutilizzabilità, volta ad escludere ogni possibilità di comunicazione al giudice di quello stesso *output*<sup>38</sup>.

In prospettiva *de jure condendo*, tuttavia, tali auspici paiono destinati ad essere disattesi. Com'è noto, infatti, il divieto espresso dal ricordato art. 11 non è assoluto, ma è suscettibile di essere derogato dal diritto dell'Unione europea o da quello nazionale<sup>39</sup>.

Ebbene, per quanto attiene al contesto eurounitario, tale riserva di legge, in materia di utilizzabilità dell'intelligenza artificiale per stimare il rischio per le vittime di essere esposte alla commissione di reati, è – come sottolineato in esordio – in procinto di essere soddisfatta con l'entrata in vigore della proposta di regolamento sull'IA. Nel frattempo, i singoli legislatori, ai fini dell'impiego di congegni simili a VioGén, dovrebbero predisporre una normativa *ad hoc* che, nel caso spagnolo, sembra mancare. Il sistema, difatti, è stato implementato in virtù di un mero protocollo adottato dal Ministero dell'Interno in forza di una (del tutto generica) disposizione contenuta nella *Ley Orgánica* n. 1/2004, che impegnava le varie amministrazioni a dotarsi di strumenti utili a prevenire e a perseguire la violenza di genere.

Ad ogni modo, al di là alla riserva di legge, meccanismi come quello adoperato in Spagna potrebbero essere comunque vietati in ragione dell'altro limite espresso dall'art. 11 della direttiva, ovvero sia l'individuazione di «garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato», tra cui deve almeno figurare «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

Certo, sull'idoneità di tale ultima clausola a evitare che il giudice svolga una mera funzione “notarile” dinanzi alla decisione algoritmica<sup>40</sup> non

---

<sup>38</sup> In proposito si vedano anche le considerazioni di V. BONINI, *op. cit.*, p. 67 la quale, prudenzialmente, suggerisce di circoscrivere l'apporto tecnologico alla sola «fase iniziale di segnalazione della presenza di fattori oggettivi, nulla togliendo alla (anzi, semmai restituendo) pienezza della valutazione umana».

<sup>39</sup> Esprime preoccupazione in ordine alla «“frangibilità” di un divieto come quello formulato dalla Direttiva [...], che si accontenta di corredare della garanzia della riserva di legge [...] la previsione di eventuali deroghe e, dunque, l'ammissibilità di modelli decisionali automatizzati», B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data*, cit., p. 25.

<sup>40</sup> Nell'analizzare l'art. 11 della direttiva e, in particolare, la clausola che richiama l'intervento umano, S. SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 107 pone l'accento sul rischio che «il giudice finisca per essere un mero ratificatore di quanto deciso dall'algoritmo, sulla base della presunta aura di infallibilità che connota l'informatica».

si possono che esprimere dubbi, visto che dal dato normativo non è possibile evincere, in maniera univoca, in cosa un siffatto intervento debba sostanziarsi<sup>41</sup>.

Nondimeno, qualche indicazione è ricavabile dalla stessa direttiva e, in particolare, dal considerando n. 38, in cui si specifica che l'interessato ha il diritto «di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione raggiunta dopo tale valutazione e di impugnare la decisione».

Circa la possibilità che l'indagato sia messo nelle condizioni di manifestare la propria posizione anteriormente all'emanazione di qualsivoglia provvedimento restrittivo sulla base del calcolo di VioGén, l'effetto sorpresa che contraddistingue per definizione le misure di protezione porta ad escludere un siffatto coinvolgimento.

Al contrario, con riferimento alle altre due garanzie sancite dal medesimo considerando, il sistema VioGén, almeno in una prima fase, ossia anteriormente all'accordo raggiunto dal Ministero dell'Interno con la società SAS Iberia<sup>42</sup>, consentiva tanto al giudice di motivare puntualmente il proprio provvedimento, quanto al prevenuto di contestare in maniera consapevole l'*output* della macchina. Difatti – e questo rappresentava uno dei tratti che più connotavano in positivo il congegno in esame –, data la natura pubblica del soggetto che ne aveva promosso la realizzazione<sup>43</sup>, esso, da un lato, non sembrava porre problemi sotto il profilo della tutela della proprietà intellettuale e del segreto industriale<sup>44</sup> e, dall'altro, era in grado di rispondere a quelle esigenze di trasparenza indispensabili per vagliare il processo decisionale seguito dall'elaboratore elettronico<sup>45</sup>. L'incorporazione di un *software* privato all'interno dello strumento, com'è evidente, è tuttavia suscettibile di avere ripercussioni negative sul piano dei controlli.

Resta fermo che, anche dinanzi a un algoritmo del tutto pubblico, sarebbero potute emergere difficoltà in termini di comprensione del *modus ope-*

---

<sup>41</sup> Sottolinea l'ambiguità della clausola, a cui occorrerebbe dare una «lettura un po' più esigente, secondo la quale, al fine di garantire un intervento effettivo dell'uomo, la stessa decisione non potrebbe basarsi esclusivamente sull'*output* di un meccanismo automatizzato», M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 17.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>43</sup> Come puntualizzato da F.G. INCHAUSTI, *op. cit.*, p. 204, la «*plataforma es de titularidad pública y el algoritmo no es secreto*».

<sup>44</sup> ... quegli stessi problemi che, invece, in ragione della sua segretezza, aveva sollevato l'algoritmo COMPAS. Al riguardo v. M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 5 s.

<sup>45</sup> Secondo S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., p. 93 «*transparency should mean [...] either establishing standards that can always grant, ex ante, that reverse engineering will be possible; or setting review models, that can offer ex post validation of the reliability of automatedly generated data, admitted as evidence in trials*».

*randi* del sistema, in ragione dei limiti propri del *reverse engineering* dei congegni di intelligenza artificiale: conoscere come un algoritmo è stato costruito non significa essere capaci di intenderne retrospettivamente il funzionamento<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> In questi termini M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi, Milano, 2019, p. 60. Sul punto v. altresì S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Leg. pen.*, 18 dicembre 2018, p. 8, la quale sottolinea come la trasparenza «non rappresenti di per sé la soluzione di tutti gli squilibri generati dall'impiego di dati prodotti automaticamente», nonché G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Diritto di Internet*, 2019, f. 4, p. 625 s., i quali evidenziano che il mero accesso al codice sorgente è «una soluzione parziale al problema della trasparenza», in quanto «non solo il codice sorgente dei sistemi A/IA è di solito incomprensibile per i non esperti, ma anche i programmatori spesso incontrano difficoltà a comprendere il funzionamento di tali sistemi e prevederne i risultati esclusivamente sulla base dell'ispezione del codice sorgente».

GIANLUCA BORGIA

ANALISI AUTOMATIZZATE DI DATI  
PER FINALITÀ DI *LAW ENFORCEMENT*  
E DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA:  
DALLA CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCA  
UTILI INDICAZIONI (ANCHE)  
PER IL LEGISLATORE DELL'UNIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le (incerte) potenzialità del sistema *bessenDATA* e i rischi per i diritti fondamentali nelle ragioni delle organizzazioni promotrici del ricorso. – 3. La decisione del *Bundesverfassungsgericht*. Il punto di partenza: la doppia natura dell'analisi automatizzata. – 4. (*Segue*) La stella polare della proporzionalità. – 5. Da Karlsruhe a Bruxelles e oltre: spunti per un ripensamento della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale.

## 1. *Introduzione*

Con la decisione «*Automatisierte Datenanalyse*» il *Bundesverfassungsgericht* segna un'ulteriore tappa del percorso di elaborazione del diritto all'autodeterminazione informativa misurandosi, ancora una volta, con le sfide poste dall'evoluzione tecnologica<sup>1</sup>.

Del resto, già lo storico *Volkszählungsurteil*<sup>2</sup>, al quale si deve la «felice formula della *Informationelles Selbstbestimmungsrecht*»<sup>3</sup>, prese le mosse proprio dalla constatazione del grave pericolo «per il libero sviluppo della personalità» derivante dalla possibilità offerta dai sistemi (allora) di ultima

---

<sup>1</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, reperibile al seguente link: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2023/02/rs20230216\\_1bvr154719.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2023/02/rs20230216_1bvr154719.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>2</sup> Si tratta della celebre decisione c.d. “sul censimento” BVerfG, 15 dicembre 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

<sup>3</sup> M. BASSINI, sub *Art. 8*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 136.

generazione di raccogliere, memorizzare, trasmettere e confrontare i «dati personali» «nel giro di pochi secondi, senza che» l'interessato fosse in grado di «controllarne il destino»<sup>4</sup>.

A distanza di quasi quarant'anni, a impegnare la Corte è stata l'adozione, da parte di due *Länder*, di altrettante normative che autorizzavano le forze di polizia a trattare i dati personali relativi a uno o più individui avvalendosi di sofisticati strumenti di analisi automatizzata.

Più nello specifico, venivano in considerazione il § 25a, comma 1, alternativa 1 della legge sulla sicurezza e l'ordine pubblico del *Land* Assia (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* – HSOG) e il § 49, comma 1, alternativa 1 della legge sul trattamento dei dati personali da parte della polizia del *Land* Amburgo (*Hamburgisches Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei* – HmbPolDVG). Con una formulazione sostanzialmente analoga, le due disposizioni introducevano una base giuridica *ad hoc* per consentire alle forze di polizia, «previa valutazione caso per caso», di ricorrere a piattaforme di analisi automatizzata in grado di «instaurare un collegamento tra banche dati altrimenti non comunicanti e, più in generale, tra fonti informative di diversa natura, in modo tale da stabilire l'esistenza di relazioni tra persone, gruppi di individui, istituzioni, organizzazioni, oggetti o questioni, nonché di scartare le notizie irrilevanti, confrontare le informazioni generate con i fatti noti e valutare statisticamente i dati memorizzati»<sup>5</sup>. Ciò al fine di prevenire la commissione dei reati per il cui accertamento sono ammesse le intercettazioni di comunicazioni *ex* § 100a, comma 2 del Codice di rito penale tedesco (*Strafprozessordnung*: nel prosieguo “StPO”) o scongiurare un pericolo per la sicurezza della Federazione o del *Land* o per la vita o l'incolumità di un individuo<sup>6</sup>.

L'intento di entrambe le previsioni era insomma quello di fare in modo che indizi essenziali per l'attività di *law enforcement* non restassero “nascosti” nella struttura informatica della polizia. Un'esigenza – questa – particolarmente avvertita anche e soprattutto a seguito degli omicidi perpetrati ad opera della NSU (*Nationalsozialistischer Untergrund*)<sup>7</sup>, i quali hanno

<sup>4</sup> M.P. ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale*, Aracne, Roma, 2007, p. 93. Al riguardo, v. altresì F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2020, p. 41.

<sup>5</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 4 e 5 (trad. it nostra).

<sup>6</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 3.

<sup>7</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 8.

messo in luce le inefficienze dell'*intelligence* tedesca<sup>8</sup>. Da qui – si legge nel passo della decisione che ripercorre le argomentazioni a sostegno nell'iniziativa legislativa poi tradottasi nel HSGO – la necessità di dotare le forze di polizia di strumenti in grado di «riconoscere connessioni o modelli di azione e quindi anche futuri comportamenti criminali», nonché di «adottare adeguate misure preventive»<sup>9</sup>.

## 2. *Le (incerte) potenzialità del sistema hessenDATA e i rischi per i diritti fondamentali nelle ragioni delle organizzazioni promotrici del ricorso*

Per la verità, almeno nel *Land* Assia, uno strumento di questo genere faceva parte della prassi poliziesca già prima dell'approvazione della normativa censurata: invero, dal 2017, la polizia di tale regione aveva a disposizione il programma “*Ghotam*” dell'azienda statunitense “*Palantir*”, il quale, sotto la denominazione «*hessenDATA*», è stato impiegato in circa 14.000 casi all'anno<sup>10</sup>.

Senonché, vuoi per le esigenze di tutela della proprietà intellettuale e del segreto industriale, vuoi per le istanze di riservatezza funzionali a salvaguardare l'efficacia dell'azione di prevenzione dei reati<sup>11</sup>, tuttora non è dato conoscere con certezza quali siano le reali funzionalità del *software*.

Le ricerche condotte dalla dottrina tedesca concordano sì nel ritenere che il sistema non possa essere ricondotto al novero dei sempre più discussi

---

<sup>8</sup> Per un approfondimento v. L. MONFREGOLA, *Terrorismo neonazista in Germania. Dalla cellula NSU all'omicidio di Walter Lübcke, una ricostruzione dell'estremismo di destra tedesco*, in *il Tascabile*, 27 settembre 2019, reperibile al seguente link: <https://www.iltascabile.com/societa/terrorismo-neonazista-germania/>.

<sup>9</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 8 (trad. it. nostra).

<sup>10</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 12.

<sup>11</sup> Cfr. F.R. DINACCI, *Intelligenza artificiale tra quantistica matematica e razionalismo critico: la necessaria tutela di approdi euristici*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 1630. Entrambe le tematiche sono state approfondite da S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, p. 93 ss.; EAD., *An introduction to AI and criminal justice in Europe*, in *Rev. Brasileira Direito Processual Penal*, 2019, vol. V, n. 3, p. 1525 ss.; EAD., *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Leg. pen. (web)*, 18 dicembre 2018, p. 8; EAD., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Española Derecho Procesal*, 2018, f. 2, p. 12.

congegni di *predictive policing*<sup>12</sup>, ma – sia ben inteso – soltanto per come è stato concretamente implementato fino ad oggi, in quanto esso ha senz’altro le caratteristiche per formulare giudizi prognostici circa la commissione di un delitto<sup>13</sup>.

Più nello specifico, l’applicativo si sarebbe “limitato” a creare «a *virtual database layer that allows for the assembly and integration of data indepen-*

<sup>12</sup> Per la relativa definizione v. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, 29 settembre 2019, pp. 10-14, il quale afferma che «[p]er “polizia predittiva” possiamo intendere l’insieme delle attività rivolte allo studio e all’applicazione di metodi statistici con l’obiettivo di “predire” chi potrà commettere un reato, o *dove* e *quando* potrà essere commesso un reato, al fine di prevenire la commissione dei reati stessi. La predizione si basa fondamentalmente su una rielaborazione attuariale di diversi tipi di dati, tra cui quelli relativi a notizie di reati precedentemente commessi, agli spostamenti e alle attività di soggetti sospettati, ai luoghi, teatro di ricorrenti azioni criminali, e alle caratteristiche di questi luoghi, al periodo dell’anno o alle condizioni atmosferiche maggiormente connesse alla commissione di determinati reati; tra i dati utilizzati a questi fini talora compaiono anche informazioni relative all’origine etnica, al livello di scolarizzazione, alle condizioni economiche, alle caratteristiche somatiche (... una rivincita di Lombroso?), riconducibili a soggetti appartenenti a determinate categorie criminologiche (ad es., potenziali terroristi), etc. In tempi recenti, l’impiego di *software* basati sull’IA ha consentito di fare un salto di qualità nelle attività di polizia predittiva, dal momento che è ora possibile l’acquisizione e la rielaborazione di una mole enorme di dati, scoprendo connessioni prima difficilmente individuabili dall’operatore umano». «I *software* di polizia predittiva» – continua l’Autore introducendo una distinzione che tornerà utile nel prosieguo (*infra*, § 4) – «possono dividersi fondamentalmente in due categorie:» «quelli che, ispirandosi alle acquisizioni della criminologia ambientale, individuano le c.d. “zone calde” (*hotspots*), vale a dire i luoghi che costituiscono il possibile scenario dell’eventuale futura commissione di determinati reati»; «quelli che, ispirandosi invece all’idea del *crime linking*, seguono le serialità criminali di determinati soggetti (individuati o ancora da individuare), per prevedere dove e quando costoro commetteranno il prossimo reato».

Sul tema v. altresì, con differenti sfumature, L. ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 729 ss.; A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *MediaLaws*, 2018, f. 3, p. 1 ss.; G. LASAGNI, *AI-Powered Investigations: From Data Analysis to an Automated Approach Toward Investigative Uncertainty*, in L. BACHMAIER WINTER-S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Springer, Cham, 2022, pp. 173-175; S. LONATI, *Predictive policing: dal disincanto all’urgenza di un ripensamento*, in *MediaLaws*, 2022, f. 2, p. 302 ss.; B. PEREGO, *Predictive policing: trasparenza degli algoritmi, impatto sulla privacy e risvolti discriminatori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, f. 2, p. 447 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., p. 39 ss.

Per un’approfondita analisi delle esperienze in corso a livello interno cfr. M. GIALUZ-S. QUATTROCOLO, *AI and the Administration of Criminal Justice in Italy*, in *e-Revue Internationale de Droit Pénal*, 2023, A-01, pp. 1-14.

<sup>13</sup> In questo senso, J. SPRENGER-D. BRODOWSKI, ‘*Predictive Policing*’, ‘*Predictive Justice*’, and the use of *Artificial Intelligence*’ in the Administration of Criminal Justice in Germany, in *e-Revue Internationale de Droit Pénal*, 2023, A-02, p. 13.

dent of its original location and format»<sup>14</sup>, «in order to identify and visualise ('mapping') links and patterns»<sup>15</sup>. Tali funzionalità risulterebbero confermate dall'unico documento reso pubblico dall'azienda sviluppatrice, ossia il "manuale per l'utente" di *Ghotam* destinato alle forze dell'ordine californiane che *Palantir* ha per l'appunto deciso di consegnare ai *media*: infatti, dall'informativa in parola si apprende, ad esempio, che a partire dal nome di un individuo è possibile risalire in automatico al suo indirizzo *e-mail*, ai suoi recapiti telefonici, al luogo di residenza attuale e a quelli precedenti, ai conti correnti bancari di cui è titolare, ai rapporti di lavoro e familiari. Inoltre, se il nome è associato a una targa, attraverso i dati acquisiti dal lettore automatico delle targhe è altresì possibile ottenere un resoconto dettagliato dei luoghi in cui ha transitato il veicolo<sup>16</sup>.

Ancora, la consultazione sarebbe agevolata dalla presenza di un «*investigative [virtual] assistant*», il cui compito sarebbe quello di aggiornare costantemente («*in real-time*») la piattaforma con «*new potential connections between information objects*», in modo da guidare l'utente «*by providing recommendations*»<sup>17</sup>.

Quanto alle fonti da cui attingere le informazioni, secondo le dichiarazioni rilasciate dal Ministro degli Interni e dello Sport del *Land* Assia, vi sarebbero alcune banche dati cui il sistema ha accesso diretto, mentre per altre, così come per i dati ricavabili dal *web*, risulterebbe necessario l'intervento dell'operatore, anche al fine di valutarne la necessità nel singolo caso di specie. Al riguardo, merita di essere sottolineato che tra gli archivi del secondo tipo rientrano anche quelli che raccolgono i risultati di misure sia preventive che repressive tra le più invasive, quali l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni, le intercettazioni di comunicazioni, la c.d. "sorveglianza domiciliare"<sup>18</sup> e le perquisizioni informatiche<sup>19</sup>.

In definitiva, il valore aggiunto del sistema in parola risiederebbe nella possibilità di condurre l'esame di più basi di dati attraverso un'unica

<sup>14</sup> S. EGBERT-M. LEESE, *Criminal Futures. Predictive Policing and Everyday Police Work*, Routledge, Abingdon-New York, 2021, p. 218.

<sup>15</sup> J. SPRENGER-D. BRODOWSKI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>16</sup> Cfr. le informazioni diffuse da *Motherboard* il 12 luglio 2019 e reperibili al seguente link: <https://www.vice.com/en/article/9kx4z8/revealed-this-is-palantirs-top-secret-user-manual-for-cops>.

<sup>17</sup> G. RITZEN, *Hessendata and its Impact on Personal Data Protection and Privacy*, in *police-it.net*, 3 febbraio 2022, § 2.

<sup>18</sup> In proposito v. A. VENEGONI-L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulle captazioni di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 8 maggio 2016, spec. §§ 3 e 4.

<sup>19</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 11.

piattaforma centralizzata accessibile da qualsiasi luogo e con una capacità di analisi senza precedenti, in termini tanto di volume delle informazioni scrutinate, quanto di rapidità nel fornire il relativo responso<sup>20</sup>.

Alla luce di ciò, non stupisce che la questione sia giunta all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht* su iniziativa di un gruppo di organizzazioni per la promozione dei diritti fondamentali, quali la *Gesellschaft für Freiheitsrechte e. V.*, la *Humanistische Union*, il *Datenschützer Rhein Main* e il *Forum InformatikerInnen für Frieden und gesellschaftliche Verantwortung*<sup>21</sup>.

In particolare, avvalendosi della *Verfassungsbeschwerde*, ossia dell'«istituto che consente a chiunque di proporre ricorso diretto, dinanzi all'organo di giustizia costituzionale, avverso atti normativi» «asseritamente lesivi di un proprio diritto fondamentale»<sup>22</sup>, tali organizzazioni hanno lamentato la violazione, da parte delle richiamate discipline dei *Landär* Assia ed Amburgo, di una pluralità di diritti e libertà riconosciuti dalla Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz*: d'ora in avanti "GG").

Il riferimento corre, in primo luogo, al diritto all'autodeterminazione informativa così come garantito dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1 (intangibilità della dignità umana) e 2, comma 1 (libero sviluppo della personalità) GG<sup>23</sup>, rispetto al quale si sarebbe realizzata un'ingerenza sproporzionata, giusta il silenzio serbato dalle normative in questione in ordine alla qualità e quantità dei dati utilizzabili, così come alle metodologie attraverso cui condurre l'analisi, silenzio che spianerebbe dunque la strada alla creazione di veri e propri profili personali e sociali funzionali a prevedere il futuro comportamento di un individuo, non essendo preclusa neppure la possibilità di avvalersi a questi fini di algoritmi complessi e di sistemi di *machine learning*<sup>24</sup>.

In aggiunta, è stato sottolineato che, stante la possibilità di impiegare i dati raccolti nell'ambito di misure particolarmente intrusive, quali – come accennato – le intercettazioni di conversazioni, la sorveglianza domiciliare

<sup>20</sup> Così S. EGBERT-M. LEESE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>21</sup> Il ricorso può essere consultato all'indirizzo <https://legacy.freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/07/2019-07-01-VB-Hessen-finalohneAdressen.pdf>.

<sup>22</sup> M.P. ADDIS, *op. cit.*, p. 88, secondo la quale è anche grazie a questa possibilità contemplata dall'ordinamento tedesco che il Tribunale costituzionale «ha avuto» «un'importanza decisiva nell'intero processo di elaborazione e di sviluppo» del diritto all'autodeterminazione informativa (p. 87). Sul tema v. altresì P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Giuffrè, Milano, 2000, trad. it. a cura di A. D'Atena, p. 41 ss.

<sup>23</sup> Al riguardo v. J.A. KÄMMERER, sub *Art. 2 GG*, in J.A. KÄMMERER-M. KOTZUR (diretto da), *Grundgesetz Kommentar*, IX ed., vol. 1, C.H.Beck, Monaco, 2021, p. 144 ss.

<sup>24</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 17 e 19.

e le perquisizioni informatiche, verrebbero inevitabilmente in gioco anche il diritto alla segretezza delle comunicazioni e quello all'inviolabilità del domicilio assicurati, rispettivamente, dagli artt. 13, comma 1 e 10, comma 1 GG<sup>25</sup>.

Sotto un diverso punto di vista, la situazione risulterebbe ulteriormente aggravata dall'impossibilità di ravvisare, per ogni ipotesi in cui è consentito l'impiego dei congegni in questione, un interesse pubblico di eccezionale rilevanza da preservare o una situazione di pericolo concreto per detto interesse. In effetti, guardando più da vicino il catalogo dei reati di cui al § 100a, comma 2 StPO<sup>26</sup>, al quale rimandano sia il § 25a, comma 1, alternativa 1 HSOG che il § 49, comma 1, alternativa 1 HmbPolDVG, ci si accorge di come, per un verso, talune fattispecie non possano certamente dirsi caratterizzate da una particolare gravità<sup>27</sup> e, per l'altro, molte di quelle che invece presentano una siffatta connotazione spesso sanzionano attività meramente preparatorie<sup>28</sup>. A quest'ultimo proposito, c'è poi da osservare che del § 100a è richiamato soltanto il comma 2, mentre nessun rinvio è operato al comma 1 nella parte in cui, rispetto al «requisito della “gravità del reato”», non si accontenta della valutazione condotta in astratto a livello normativo, richiedendone il riscontro «anche in concreto»<sup>29</sup>.

Infine, l'attenzione è stata rivolta al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva come sancito dall'art. 19, comma 4 GG, il cui esercizio sarebbe stato pregiudicato dalla mancata predisposizione, da parte dei legislatori dei due Stati coinvolti, di adeguate misure atte a garantire la «*Transparenz*» e il «*Kontrolle*» su tutto il processo di generazione degli *output*<sup>30</sup>.

### 3. *La decisione del Bundesverfassungsgericht. Il punto di partenza: la doppia natura dell'analisi automatizzata*

Passando ora a misurarci con i contenuti della sentenza, c'è da osservare, in primo luogo, che la Corte ha ritenuto inammissibili, in quanto non

<sup>25</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 17.

<sup>26</sup> V. *supra* 1, nota n. 5.

<sup>27</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 20. In questo senso v. anche L. PARLATO, *Il legislatore tedesco approfitta di una più ampia riforma per disciplinare le perquisizioni online*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 863.

<sup>28</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 20.

<sup>29</sup> L. PARLATO, *op. cit.*, p. 863.

<sup>30</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 21.

sorrette da adeguate motivazioni, le doglianze concernenti la violazione dei diritti fondamentali diversi da quello garantito dagli artt. 1, comma 1 e 2, comma 2 GG.

Operata questa precisazione, conviene muovere dall'esame della base su cui si regge il castello argomentativo eretto dal *Bundesverfassungsgericht*, vale a dire la constatazione per cui l'analisi automatizzata dei dati presenta una propria peculiare incisività sul diritto all'autodeterminazione informativa che va oltre quella derivante dalle retrostanti operazioni di raccolta delle informazioni<sup>31</sup>.

Invero, il ricorso ai sistemi in questione non si traduce soltanto in una *ri-elaborazione* dei singoli dati acquisiti in precedenza, ma si sostanzia anche e soprattutto nell'instaurazione di collegamenti tra di essi che generano o, com'è stato affermato, "*ri-generano*", così, nuove conoscenze («*Datenneugenerierung*»<sup>32</sup>) inevitabilmente destinate pure queste a riverberare i propri effetti negativi sulla *Informationelles Selbstbestimmungsrecht*.

La *ratio* non pare dissimile da quella che ha dato vita alla c.d. *Mosaic Theory*, vale a dire la dottrina di matrice nordamericana sviluppata a partire dalla sentenza *U.S. v. Jones* in tema di rilevamento G.P.S. per ricondurre entro lo spettro operativo del IV Emendamento attività non immediatamente ascrivibili alla nozione tradizionale di "*searches and seizures*"<sup>33</sup>. L'idea è tanto semplice quanto rappresentativa: prese singolarmente, le tessere di un mosaico esprimono al più un colore, ma se quelle stesse tessere vengono giustapposte secondo un preciso schema possono dare vita a un'immagine dai contorni ben definiti. In altri termini, si sostiene che l'aggregazione delle informazioni ricavabili da plurime intromissioni nella *privacy* può dare luogo a un'ingerenza la cui entità è maggiore rispetto a quella risultante dalla somma aritmetica delle singole intrusioni<sup>34</sup>.

In questo senso, la decisione in commento ha allora il pregio di sbarrare la strada alla tentazione di cedere alla convinzione che l'impiego degli strumenti di analisi automatizzata sia sostanzialmente neutro o, ad ogni

<sup>31</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 55 e 66.

<sup>32</sup> Così M. LÖFFELMANN, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an automatisierte Datenanalysen durch Sicherheitsbehörden*, in *Juristische Rundschau*, 2023, f. 7, p. 345.

<sup>33</sup> In proposito, anche per una lettura "attualizzata" di tale teoria, v. S. M. BELLOVIN-R. M. HUTCHINS-T. JEBRA-S. ZIMMECK, *When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 2014, vol. VIII, p. 555 ss.

<sup>34</sup> Ciò emerge chiaramente se si considerano, a titolo esemplificativo, proprio i dati ricavabili dai sistemi di geolocalizzazione. Dal tracciamento di un singolo viaggio si deduce soltanto che un soggetto si è trasferito dal punto A al punto B. Al contrario, dal monitoraggio di un mese di spostamenti si può arrivare alla conclusione che A è la dimora di quel soggetto, mentre B è il suo ufficio.

modo, sempre e comunque a basso indice d'impatto per il diritto all'auto-determinazione informativa: diretta conseguenza di una simile impostazione è, infatti, l'impossibilità di accontentarsi, da un lato, delle sole regole che sovrintendono all'originaria acquisizione delle informazioni e, dall'altro, dell'adozione di una disciplina che, alla stregua di quelle introdotte nei *Länder* Assia e Amburgo, nell'autorizzare l'analisi automatizzata individui requisiti legali affetti da indeterminatezza o che non siano in grado di assicurare, in concreto, il rispetto del principio di proporzionalità.

A onor del vero, la soluzione adottata non è completamente inedita.

Innanzitutto, guardando alla stessa giurisprudenza costituzionale tedesca, si apprende che, in occasione di una pronuncia piuttosto recente relativa alla normativa in materia di database antiterrorismo, la Corte ha avuto modo di chiarire come la possibilità di procedere al c.d. *data-mining*<sup>35</sup> debba essere considerata foriera di un'afflittività ulteriore e più grave di quella che porta con sé il semplice utilizzo per così dire "secondario" dei dati archiviati<sup>36</sup>.

Senonché, in quella sede la tematica era stata affrontata soltanto incidentalmente, lasciando impregiudicati molti degli aspetti su cui, invece, la sentenza in esame si sofferma diffusamente.

In aggiunta, l'idea secondo cui l'analisi algoritmica delle informazioni deve ritenersi dotata di un *quid pluris* di intrusività sembra aver ispirato l'introduzione, nel codice di rito penale, delle disposizioni di cui ai §§ 98a, 98b e 98c: infatti, nel prevedere diverse ipotesi di raffronto informatizzato dei dati, esse circoscrivono in maniera puntuale e ossequiosa del canone di proporzionalità le finalità, i presupposti di ammissibilità e le garanzie procedurali, tra le quali non può essere tralasciato il controllo preventivo da parte dell'autorità giurisdizionale<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Stando alla definizione offerta dall'*Enc. giur. Treccani online* ([https://www.treccani.it/enciclopedia/data-mining\\_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/data-mining_%28Lessico-del-XXI-Secolo%29/)), con tale espressione deve farsi riferimento all'attività di «[e]strazione» di «dati», «cioè» al«l'attività di selezione, esplorazione e modellizzazione di grandi quantità di dati, attraverso tecniche statistiche, al fine di individuare regolarità o relazioni non note a priori e traducibili in informazioni chiare e rilevanti».

<sup>36</sup> BVerfG, 10 novembre 2020, 1 BvR 3214/15, §§ 73 e 74. In proposito cfr. J. SPRENGER-D. BRODOWSKI, *op. cit.*, p. 28.

<sup>37</sup> Su tali disposizioni, la cui genesi si deve alla legge BR-Drs. 12/2720 del 4 giugno 1992, v. diffusamente M.P. ADDIS, *op. cit.*, p. 102 ss.

Restando nell'ambito del diritto processuale penale, ma spostando per un attimo i riflettori sull'ordinamento spagnolo, non può essere trascurata la proposta di modifica che, nel contesto di una più ampia iniziativa diretta a riformare e aggiornare l'intero impianto della disciplina processualpenalistica, mira a introdurre una disposizione precipuamente dedicata al «*Cruce automatizado o inteligente de datos*» in fase di indagine. Segnatamente, l'art. 516, comma 1 dell'*Anteproyecto de LECrim* del 2020 (<https://www.mjusticia.gob>).

Da qui, il paradosso – con cui la Corte ha dovuto misurarsi – rappresentato dalla possibilità di ricorrere ai congegni di analisi automatizzata in sede di prevenzione con maggiore disinvoltura rispetto a quanto consentito nel contesto dell'accertamento.

#### 4. (Segue) *La stella polare della proporzionalità*

Chiarito che il trattamento automatizzato di dati presenta un potenziale invasivo del diritto all'autodeterminazione informativa suo proprio, la Corte passa a operare quel vaglio di proporzionalità dell'ingerenza che, unitamente alla dottrina tedesca, ha essa stessa contribuito a ideare e perfezionare<sup>38</sup>.

Il primo “step” si sostanzia nella verifica circa la legittimità costituzionale dello scopo perseguito e l'idoneità del mezzo a conseguirlo.

---

*es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf*) impone al *Ministerio Fiscal* che intenda incrociare le informazioni riguardanti l'indagato con in dati conservati in banche dati di titolarità sia pubblica che privata attraverso sistemi automatici di ottenere l'autorizzazione del *Juez de Garantías*, il quale a sua volta è tenuto a verificare che ricorrano indizi fondati su elementi oggettivi circa la partecipazione dell'indagato ai fatti oggetto dell'investigazione, che la misura sia necessaria tenuto conto della natura e delle caratteristiche del fatto e, infine, che il procedimento riguardi un delitto punito con una pena detentiva non inferiore a tre anni (cfr. in proposito A.F. FREIRE MONTERO, *El reconocimiento facial como instrumento de investigación y prevención del delito*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2022, vol. XXVI, pp. 73 e 74).

<sup>38</sup> Sull'origine e sulla fisionomia dello scrutinio di proporzionalità, v., *ex multis*, L. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, ESI, Napoli, 2022, pp. 7-81; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, f. 3-4, p. 144 ss.; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 58 ss.; A. DINISI, *Principio di proporzionalità*, in G. LATTANZI-M. MAUGERI-G. GRASSO-L. CALCAGNO-A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale – Vol II.I. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Principi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 49 ss.; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, f. 1, p. 3 ss.; F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., p. 107 ss.; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1156 ss.; A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4643 ss.; L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle*, in *Eurojus*, 2022, n. 2, p. 72 ss.

Da questo punto di vista, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene innanzitutto che, in astratto, l'obiettivo dichiarato di aumentare l'efficacia dell'azione preventiva nei confronti di condotte criminali dotate di una notevole gravità rinviene senz'altro una copertura da parte della Carta fondamentale<sup>39</sup>.

Con riguardo, poi, alla capacità dello strumento di raggiungere un siffatto obiettivo, ad avviso della Corte, i governi dei *Landër* interessati hanno dato prova di come attraverso i congegni di analisi automatizzata sia possibile fronteggiare il crescente ricorso ai mezzi di comunicazione digitale da parte della criminalità organizzata, soprattutto di stampo terroristico<sup>40</sup>.

Anzi, è esclusivamente mediante i *software* in questione che, in un simile contesto, l'attività di polizia può essere efficacemente svolta, risultando così superato anche il secondo "gradino" del test di proporzionalità, ovvero quello di stretta necessità<sup>41</sup>.

Quanto, infine, al terzo momento che, come noto, si traduce in un controllo di proporzionalità in senso stretto, è in questa sede che la Corte ha modo di sviluppare quanto osservato al livello preliminare: in effetti, se l'individuazione dei requisiti legali idonei a giustificare l'interferenza dipende dalla gravità della stessa, è inevitabile che ai fini della sua determinazione rilevi non soltanto il «"peso" della raccolta iniziale dei dati», bensì anche quello «intrinseco» che può derivare dall'analisi automatizzata in sé<sup>42</sup>.

Da qui, la necessità di procedere a una valutazione bifasica, iniziando dal considerare l'analisi automatizzata come un'operazione di rielaborazione di dati già acquisiti, alla luce dei due canoni che, mutuati dal diritto processuale penale, sono già stati adoperati dalla Corte in altre occasioni per vagliare la legittimità del reimpiego di informazioni raccolte per finalità preventive<sup>43</sup>.

Il riferimento corre ai principi dell'"utilizzo ulteriore in linea con lo scopo originario" e dell'"utilizzo ulteriore per un fine diverso da quello iniziale"<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 52.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 53.

<sup>42</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 54 (trad. it. nostra). In merito cfr. M. LÖFFELMANN, *op. cit.*, p. 345.

<sup>43</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, la pronuncia BVerfG, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09, BvR 1140/09, la quale ha catturato l'attenzione della letteratura interna, come dimostrano i seguenti contributi cui si rinvia per un approfondimento: F. NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *Arch. pen. (web)*, 26, maggio 2017, p. 1 ss. e A. VENEGONI-L. GIORDANO, *op. cit.*, § 1 ss.

<sup>44</sup> In generale, sul principio del «vincolo di scopo» e su quello di «estraniazione dallo scopo» cfr. M.P. ADDIS, *op. cit.*, pp. 97-99.

In ossequio al primo, è tendenzialmente consentito servirsi nuovamente dei dati acquisiti in un momento antecedente purché si tratti della stessa autorità e il proposito avuto di mira consista nella protezione dei medesimi interessi, come accade, ad esempio, quando si intende prevenire la commissione «dello stesso tipo di reati». «Tali informazioni possono anche essere utilizzate come meri [spunti] per sviluppare ulteriori indagini», fatta eccezione, però, «per i dati provenienti dalla sorveglianza di abitazioni private o da accesso a sistemi informatici», in quanto, data «la gravità dell'interferenza nella sfera privata che caratterizza queste misure, ogni utilizzo ulteriore degli elementi ottenuti grazie ad esse deve basarsi sugli stessi presupposti richiesti per le misure originarie»<sup>45</sup>.

Stando al secondo, è possibile procedere a un mutamento di finalità esclusivamente a condizione che le informazioni rappresentino, nel singolo caso di specie, la base per condurre ulteriori indagini dirette a individuare reati di gravità analoga a quella caratterizzante le fattispecie criminose per cui era stata in principio ammessa l'apprensione dei dati o, in alternativa, per scongiurare pericoli imminenti che minacciano beni giuridici di importanza equiparabile a quella degli interessi la cui tutela ha giustificato l'assunzione originaria delle informazioni. «Anche in questo caso, però, tali condizioni non operano per» i dati «provenienti da sorveglianza di abitazioni private o da accesso ai sistemi informatici», il cui impiego nell'ambito di una diversa attività di prevenzione «è consentito solo se ricorrono le stesse condizioni specifiche che avevano giustificato l'adozione delle misure nel [contesto dell'attività] originaria»<sup>46</sup>.

Ecco allora delinearci un primo profilo di illegittimità costituzionale, dal momento che tanto il § 25a, comma 1, alternativa 1 HSOG, quanto il § 49, comma 1, alternativa 1 HmbPolDVG, nel consentire l'ulteriore elaborazione di dati già acquisiti, eventualmente anche per finalità diverse rispetto a quella iniziale, non contemplano – sottolinea la Corte – alcuna condizione atta a integrare i presupposti richiesti dai due principi poc' anzi esaminati<sup>47</sup>.

Ma quand'anche le normative indubbiamente avessero assicurato il rispetto di detti requisiti, ciò non sarebbe stato sempre e comunque sufficiente a soddisfare il canone di proporzionalità in senso stretto, il quale – come si è già avuto modo di sottolineare<sup>48</sup> – impone di valutare anche l'entità dell'intrusione realizzata dalla generazione di nuovi dati.

Da questo angolo prospettico, i fattori da tenere in considerazione sono molteplici.

<sup>45</sup> A. VENEGONI-L. GIORDANO, *op. cit.*, § 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 62-64.

<sup>48</sup> *V. supra*, § 3.

(i) Innanzitutto, occorre guardare alle *caratteristiche degli input*, sotto il profilo sia qualitativo che quantitativo.

Dal primo punto di vista, viene in gioco la vicinanza delle informazioni utilizzate alla sfera personale<sup>49</sup>. Così, a titolo esemplificativo, il peso dell'ingerenza aumenta notevolmente se oggetto di analisi sono i dati biometrici<sup>50</sup> o quelli frutto di attività particolarmente invasive, quale la più volte richiamata sorveglianza domiciliare. Dal secondo angolo visuale, non è difficile accorgersi di come l'ingerenza assuma una diversa entità a seconda che le banche dati in cui condurre la ricerca siano predeterminate in ragione della sussistenza di una specifica connessione delle informazioni ivi contenute con i fatti alla base dell'attività preventiva o che, viceversa, si possa liberamente attingere le informazioni da qualsiasi fonte, compresi, ad esempio, i *social-network*<sup>51</sup>.

(ii) A rilevare è poi la *metodologia impiegabile*, in quanto da ciò dipendono la possibilità per i soggetti interessati, per le preposte autorità indipendenti di garanzia e per gli stessi utilizzatori di controllare il processo generativo delle informazioni, nonché, conseguentemente, quella di interpretarne i risultati.

In questo senso, si sottolinea come l'utilizzo di «sistemi adattivi», tra i quali devono senz'altro essere annoverati quelli d'intelligenza artificiale ad apprendimento automatico, possa impedire l'ingegneria inversa e non assicuri che i *software* restino fedeli «alla programmazione umana originale»<sup>52</sup>. Peraltro, ad avviso della Corte, anche il ricorso a «sistemi deterministici» complessi – la cui funzione di analisi «non può cambiare autonomamente» essendo «immutabilmente pre-programmata» – può comunque rendere particolarmente difficile la verifica del processo generativo, nonché la comprensione dei risultati<sup>53</sup>.

Del resto, per stimare l'entità dell'ingerenza è indispensabile poter accertare anche il livello di rischio che il sistema dia luogo a discriminazioni<sup>54</sup>, la

---

<sup>49</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 76 e 87.

<sup>50</sup> ... che non a caso sono stati ricompresi dal legislatore eurounitario tra quelli sensibili (cfr. considerando n. 51 del regolamento 2016/679/UE – c.d. “GDPR”). In proposito, cfr. Corte Giust. UE, 26 gennaio 2023, causa C-205/21, V.S., nonché Corte e.d.u., 4 luglio 2023, *Glukhin c. Russia*.

<sup>51</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 78, 79 e 84. Sulla c.d. *Open Source Intelligence* (OSINT), v. M. TORRE, *Open source intelligence: spionaggio digitale e social network*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 1707 ss.

<sup>52</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 100 (trad. it. nostra).

<sup>53</sup> BVerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 101 (trad. it. nostra).

<sup>54</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 77, 90 e 100.

propensione all'errore dell'analisi<sup>55</sup> e il tasso di esposizione del congegno «a usi impropri»; espressione – quest'ultima – con la quale il *Bundesverfassungsgericht* intende mettere in guardia dalla possibilità che, servendosi di strumenti sviluppati da privati o, comunque, da *provider* di altri Paesi, possano avere luogo, in segreto, la manipolazione dei dati o, in ogni caso, l'accesso agli stessi da parte di terzi non autorizzati<sup>56</sup>.

(iii) Un ulteriore aspetto non certamente trascurabile è quello che attiene ai *connotati degli output*.

A tale riguardo, si sottolinea il differente impatto sul diritto all'auto-determinazione informativa realizzato dai sistemi che si limitano a individuare «corrispondenze tra il criterio di ricerca e i dati ricercati», rispetto a quelli che invece restituiscono una previsione circa il verificarsi di futuri accadimenti.

Nell'ambito di questi ultimi, si distingue poi tra programmi che non generano dati personali, come nel caso in cui il risultato dell'analisi si sostanzia nell'identificazione di un luogo a rischio, e strumenti che, al contrario, si risolvono in una valutazione della pericolosità di un individuo<sup>57</sup>.

(iv) Non si perde neppure l'occasione per evidenziare come molto dipenda dal *possibile utilizzo delle nuove informazioni*: un conto è ammettere che tali informazioni possano costituire il fondamento per l'adozione di una misura preventiva nei confronti di uno specifico soggetto, un altro conto è consentire che in ragione delle conoscenze ottenute si assumano soltanto provvedimenti di carattere generale, come – a titolo esemplificativo – l'interdizione dell'accesso a un determinato sito.

Sempre in quest'ottica, rileva poi il numero di persone che possono essere destinatarie delle suddette misure, nonché quante tra esse non presentano alcuna relazione con la commissione, anche soltanto potenziale, di un fatto criminoso.

Infine, devono pure soppesarsi sia la quantità di agenti legittimati alla consultazione, sia la possibilità che le informazioni vengano comunicate alle autorità di altri *Länder* o Stati<sup>58</sup>.

Determinata l'intensità dell'ingerenza a partire da questi fattori, e avuto altresì riguardo al «bene giuridico da preservare», è finalmente possibile delineare i requisiti promananti dal canone di proporzionalità che il legislatore, in stretta aderenza al principio di riserva di legge, è tenuto a soddisfare attraverso la dettagliata predeterminazione dei casi e dei modi dell'inge-

<sup>55</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 102.

<sup>56</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 100 (trad. it. nostra).

<sup>57</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ da 96 a 99. Al riguardo, cfr. quanto osservato *supra* § 2, nota 12 a proposito degli strumenti di *predictive policing*.

<sup>58</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ 76 e 99.

renza, eventualmente demandando alla normazione secondaria soltanto la regolazione degli aspetti di natura eminentemente tecnica.

Più nello specifico, secondo una logica di gradualità, il *Bundesverfassungsgericht* chiarisce che, a fronte di una *grave interferenza* con il diritto all'autodeterminazione informativa, devono rispettarsi le condizioni generalmente previste per le misure di sorveglianza occulta maggiormente intrusive<sup>59</sup> e, pertanto, devono venire in rilievo interessi di particolare importanza, quali la vita, l'integrità fisica o la libertà personale. Inoltre, il pericolo per tali interessi deve essere sufficientemente concreto («*hinreichend konkretisierte Gefahr*»).

Per le *interferenze meno severe* è richiesto che il bene giuridico da preservare sia comunque di importanza considerevole, come accade, ad esempio, là dove si intenda prevenire la commissione di reati dotati di un apprezzabile tasso di gravità, e che sia possibile individuare una situazione di pericolo almeno ipotetica.

Infine, soltanto in relazione alle *interferenze a basso indice di impatto – id est* quelle basate su strumenti che rappresentano, né più, né meno, la mera automazione del processo in precedenza condotto dall'uomo, ancorché più lentamente e con un maggiore dispendio di energie, o quelle finalizzate esclusivamente all'individuazione di luoghi pericolosi o comunque sensibili, senza dunque generare informazioni di carattere personale – può prescindersi da valutazioni diverse ed aggiuntive rispetto a quelle imposte dal canone dell'impiego ulteriore dei dati in linea con lo scopo originario<sup>60</sup>.

Ma non è tutto. In ogni caso, devono essere assicurati «trasparenza, tutela giurisdizionale effettiva e controllo di vigilanza»<sup>61</sup>. In proposito, attraverso il rinvio alla propria giurisprudenza, la Corte evidenzia come, in tutti e tre i casi, ci si trovi al cospetto di corollari del diritto sancito dagli artt. 1, commi 1 e 2, comma 2 GG da leggersi in combinato con l'art. 19, comma 4 GG<sup>62</sup>.

Inoltre, con particolare riguardo al controllo di vigilanza si specifica che, in generale, esso può avere luogo in sede di implementazione dei *software* ed essere ripartito tra autorità indipendenti private e autorità

<sup>59</sup> V. la già menzionata pronuncia BVerfG, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09, BvR 1140/09.

<sup>60</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, §§ da 105 a 108.

<sup>61</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 109 (trad. it. nostra).

<sup>62</sup> Nello specifico, si richiama ancora la sentenza BVerfG, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09, BvR 1140/09 § 134. Peraltro, specie in considerazione di quanto si osserverà *infra* § 5, è interessante notare come nel successivo § 135 di tale pronuncia, la Corte richiami a sostegno delle proprie argomentazioni la giurisprudenza europea in tema di protezione dei dati personali. Il riferimento corre alla nota decisione Corte giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, cause riunite C-293/12 e C-594/12.

garanti. Tuttavia, nei casi in cui si impieghino sistemi che permettono le più complesse forme di confronto, è necessario individuare le opportune precauzioni volte a prevenire o comunque mitigare il rischio di errori, essendo all'uopo richiesto un intervento statale già in fase di progettazione e sviluppo dello strumento.

Giunti a questo punto, è sufficiente ripercorrere il testo delle previsioni portate all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht* per coglierne gli ulteriori profili di incostituzionalità.

Siffatte disposizioni consentono l'impiego di strumenti di analisi automatizzata potenzialmente idonei a risolversi in una grave interferenza nel diritto all'autodeterminazione informativa: infatti, non vengono circoscritte né la tipologia, né la quantità dei dati da assoggettare all'analisi, talché non è escluso, ad esempio, l'utilizzo di informazioni personali anche molto prossime al nucleo più intimo dell'individuo e riferibili pure a soggetti privi di qualsiasi nesso con la possibile commissione di un reato.

Ancora, stante l'assenza di indicazioni in ordine alle metodologie ammesse e agli *output* che possono essere ottenuti, è consentito il ricorso persino a sistemi di autoapprendimento basati sull'intelligenza artificiale in grado di formulare giudizi predittivi circa la pericolosità di un determinato soggetto.

Tutto questo senza che sia identificabile, in ogni caso, un pericolo sufficientemente concreto per il bene giuridico da tutelare.

A quest'ultimo proposito, non può ritenersi dirimente quanto riferito dal Ministro degli Interni e dello Sport del *Land* Assia, secondo il quale, nella pratica, la polizia ricorrerebbe a *bessenDATA* soltanto quando, a seguito di un esame della singola vicenda, possa presumersi l'avvenuta commissione di una delle fattispecie indicate dal § 100a, comma 2 StPO e sia pronosticabile la futura consumazione di un altro delitto tra quelli contemplati dalla medesima disposizione: poiché, come già rilevato dai ricorrenti, il rinvio alla suddetta previsione finisce per attribuire rilevanza anche a fattispecie che puniscono atti meramente preparatori, l'esigenza che la legge individui idonei meccanismi volti ad assicurare la sussistenza, nel singolo caso di specie, di una situazione concreta di pericolo si fa ancor più pressante, rivelandosi certamente insufficiente a questi fini una clausola di stile del tenore di quella contenuta nelle due discipline oggetto di scrutinio. In effetti, tali discipline, nel limitarsi a richiedere soltanto una generica «valutazione caso per caso»<sup>63</sup>, finiscono per rimettere tutto alle prassi di volta in volta adottate dalle forze di polizia interessate<sup>64</sup>.

Queste, dunque, le ragioni che hanno indotto il *Bundesverfassungsgericht*

<sup>63</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>64</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 158 ss.

a pronunciarsi nel senso dell'illegittimità di entrambe le normative<sup>65</sup>, anche se, in attesa di un intervento del legislatore, il § 25a, comma 1, alternativa 1 HSOG potrà continuare ad applicarsi con taluni correttivi funzionali ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in gioco<sup>66</sup>.

5. *Da Karlsruhe a Bruxelles e oltre: spunti per un ripensamento della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*

Se per i due *Länder* coinvolti e, più in generale, per l'ordinamento tedesco la rotta è dunque tracciata, altrettanto non può affermarsi con riferimento alla quasi totalità degli altri Paesi europei, nell'ambito dei quali, la generalizzata tendenza delle autorità di *law enforcement* a "cavalcare" l'onda del progresso tecnologico sfruttandone le crescenti potenzialità disorienta i legislatori al punto da gettarli in una posizione di immobilismo o comunque da renderli capaci soltanto di navigare a vista, con il rischio che a farne le spese siano, come sovente accade, le prerogative individuali fondamentali.

Nondimeno, gli effetti della decisione in esame potrebbero travalicare i confini nazionali per approdare là dove sono oggi puntati tutti riflettori: difatti, in quanto articolato nei tre momenti valutativi di cui si compone il giudizio di proporzionalità della misura, oltreché nella verifica circa i connotati di accessibilità e prevedibilità che la relativa base legale deve presentare per soddisfare l'esigenza di certezza del diritto, il ragionamento condotto

---

<sup>65</sup> VerfG, 26 febbraio 2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, § 172 ss.

<sup>66</sup> In particolare, si afferma che, sino al 30 settembre 2023, l'utilizzo dei *software* di analisi automatizzata potrà avere luogo soltanto quando sulla base di fatti sufficientemente specifici emerge il sospetto che un reato sia già stato consumato, tale reato rientri tra le fattispecie criminose contemplate dal § 100b, comma 2 StPO e, infine, sia prevedibile, date le particolari circostanze del caso concreto, che saranno commessi reati analoghi, tali da mettere in pericolo la vita o l'incolumità delle persone, ovvero l'esistenza o la sicurezza della Federazione o di un *Land*.

Inoltre, della ricorrenza di tali circostanze e dell'idoneità dello strumento a soddisfare lo scopo perseguito nel singolo caso di specie dovrà darsi conto per iscritto in un documento che le forze di polizia saranno tenute di volta in volta a redigere.

Infine, dovrà escludersi l'impiego delle informazioni ottenute attraverso la sorveglianza di abitazioni private, le perquisizioni a distanza, la sorveglianza delle telecomunicazioni, il recupero di dati sul traffico, le osservazioni a lungo termine, l'uso di investigatori sotto copertura o informatori confidenziali o attraverso interferenze altrettanto gravi con il diritto all'autodeterminazione informativa.

Sulle diverse tipologie decisorie del *Bundesverfassungsgericht* si rinvia al volume di G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002.

dal *Bundesverfassungsgericht* si allinea perfettamente a quanto richiesto, ai fini della legittimità delle ingerenze nel diritto all'autodeterminazione informativa, dagli artt. 8 CEDU e 7 e 52 CDFUE, nonché dal *case-law* dei giudici, rispettivamente, di Strasburgo e Lussemburgo<sup>67</sup>.

Come noto, è da Bruxelles che ha preso avvio l'*iter* normativo per l'adozione della prima regolamentazione organica, a livello globale, dell'intelligenza artificiale. E tra i temi che tuttora animano la discussione c'è anche quello degli strumenti utilizzati per finalità di *law enforcement*.

Per ciò che rileva ai nostri fini, nelle intenzioni della Commissione, alla quale si deve, appunto, la proposta di regolamento COM (2021) 206 *final* (d'ora in avanti "proposta")<sup>68</sup>, dovrebbero essere ricondotti alla categoria delle pratiche di IA cc.dd. «ad alto rischio» per i diritti fondamentali, fra gli altri, i sistemi impiegati «per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato» (art. 6 e allegato III, lett. a); «per prevedere il verificarsi o il ripetersi di un reato effettivo o potenziale sulla base della profilazione delle persone fisiche» «o per valutare i tratti e le caratteristiche della personalità o il comportamento criminale pregresso di persone fisiche o gruppi» (art. 6 e allegato III, lett. e); o, infine, per «l'analisi criminale riguardo alle persone fisiche, che consentono alle autorità di contrasto di eseguire ricerche in set di dati complessi, correlati e non correlati, resi disponibili da fonti di dati diverse o in formati diversi, al fine di individuare modelli sconosciuti o scoprire relazioni nascoste nei dati» (art. 6 e allegato III, lett. g).

Nello specifico, tali sistemi sono considerati suscettibili non soltanto di determinare l'«arresto» o ulteriori forme di «privazione della libertà di una persona fisica», ma anche di «avere altri impatti negativi sui dirit-

<sup>67</sup> Nell'ambito della vasta letteratura in materia, v. M. GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 56-61; F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., pp. 50-57; L. LUPÁRIA DONATI, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 1448-1455; S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europea*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, cit., p. 59 ss.

In merito alla giurisprudenza, non si può fare a meno di segnalare due recenti decisioni adottate dalla Corte di Giustizia in tema di analisi automatizzate e di impiego dei dati per finalità diverse da quelle che ne hanno determinato l'acquisizione originaria. Il riferimento corre, rispettivamente, a Corte Giust. UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2020, *Le Quadrature du Net*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, §§ 169-182 e a Corte Giust. UE, 8 dicembre 2022, *Insektor*, causa C-180/21, §§ 39-63.

<sup>68</sup> Il titolo esteso della proposta è «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione».

ti fondamentali» nella misura in cui possono condurre all'individuazione di una persona «in modo discriminatorio o altrimenti errato o ingiusto» o essere di «ostacolo» all'«esercizio di importanti diritti procedurali fondamentali», specie nel caso in cui non siano «sufficientemente trasparenti, spiegabili e documentati»<sup>69</sup>.

Da qui l'obbligo – per lo più gravante sullo stesso *provider* – di approntare talune cautele volte ad assicurare, anzitutto, la qualità dei dati impiegati e, dunque, la loro correttezza, completezza e rappresentatività dal punto di vista statistico. Inoltre, è imposta la predisposizione di idonei strumenti di gestione del rischio che accompagnino il sistema durante tutto il suo ciclo di operatività, ossia dalla fase di sviluppo a quella di implementazione. Ancora, si pretende l'adozione di uno *standard* minimo di trasparenza del sistema e che esso sia “supervisionabile” da parte dell'uomo. Infine, per l'immissione sul mercato si ricorre all'istituto del marchio di conformità, mentre nella fase successiva si impone un meccanismo di monitoraggio *post market* che prevede il coinvolgimento di un'apposita autorità che ogni Stato membro è tenuto a designare<sup>70</sup>.

Orbene, se, per un verso, non v'è dubbio che i presidi sommariamente passati in rassegna richiamano molti degli indici enucleati dal *Bundesverfassungsgericht* per individuare il punto di equilibrio tra il peso dell'ingerenza e l'entità delle garanzie legali che devono fungere da contraltare, per l'altro, non è possibile soprassedere sulla mancanza di regole in ordine ai presupposti di ammissibilità e alle modalità di conduzione delle operazioni.

Da questo punto di vista, non convince neppure la versione della proposta licenziata di recente dal Parlamento europeo, la quale si limita a vietare *in toto* l'utilizzo dei sistemi di *predictive policing* (lett. *a* ed *e*)<sup>71</sup>, lasciando tuttavia inalterata la previsione concernente l'impiego di strumenti di analisi basati sull'IA (lett. *g*), in relazione ai quali continuerebbero dunque a non essere individuati né *an*, né *quomodo*.

Maggiormente rispettosa del principio di proporzionalità si rivela la soluzione adottata dalla stessa proposta in relazione a un diverso ambito, ossia quello altrettanto dibattuto dei sistemi di riconoscimento biometrico in tempo reale utilizzati in luoghi accessibili al pubblico<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Considerando n. 38 della proposta di regolamento COM (2021) 206 *final*.

<sup>70</sup> Per la puntuale analisi delle disposizioni contenute nel Capo 2 (artt. da 8 a 15) rubricato «Requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio» si rinvia a C. CASONATO-B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, f. 3, pp. 423-432.

<sup>71</sup> Il relativo testo è consultabile al seguente *link*: <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf>.

<sup>72</sup> Sul tema v. J. DELLA TORRE, *Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella giustizia penale?*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo*

Ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. *d*, l'impiego di siffatte tecnologie è generalmente vietato, salvo che ricorra una delle ipotesi derogatorie contemplate dalla stessa disposizione. Segnatamente, si richiede che «sia strettamente necessario» «individuare specifiche vittime di reato» (i); prevenire «un'imminente minaccia alla vita o all'incolumità fisica degli individui o» «un attacco terroristico» (ii); o, infine, «individua[re]», «localizza[re]» o esercitare «l'azione penale» nei confronti dell'«autore» o di «colui che si sospetta sia tale» di uno dei reati riconducibili alle 32 categorie di fattispecie di cui alla decisione quadro istitutiva del mandato d'arresto europeo, a condizione che tali reati siano «punibil[i] nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni» (iii).

Nel successivo § 2, si aggiunge che l'utilizzo dei congegni in questione dovrà essere parametrato alla «natura della situazione», nonché alle «conseguenze» che possono derivarne «per i diritti e le libertà di tutte le persone interessate».

Ancora, si impone l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa indipendente, la quale, nel singolo caso di specie, è tenuta ad accertare, sulla base di «prove oggettive» o «indicazioni chiare», la necessità e la proporzionalità della misura rispetto ad almeno una delle finalità ammesse (§ 3).

Da ultimo, viene chiarito che ogni Stato membro «può decidere» se «autorizzare in tutto o in parte l'uso» degli strumenti in parola attenendosi alle condizioni e ai limiti appena considerate che dovranno essere presidiati mediante l'adozione di «regole dettagliate» (§ 4)<sup>73</sup>.

---

*penale. Indagini, prove, giudizio*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 7 ss.; I. NERONI REZENDE, *Facial Recognition for Preventive Purposes: The Human Rights Implications of Detecting Emotions in Public Spaces*, in L. BACHMAIER WINTER-S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era*, cit., p. 67 ss.; R. LOPEZ, *Riconoscimento facciale tramite software e individuazione del sospettato*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 295 ss.; E. SACCHETTO, *Brevi riflessioni sui fondamenti e sui limiti del rapporto fra automated faced-based human recognition technology e procedimento penale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II – *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 541 ss.; nonché, volendo, G. BORGIA, *Reconocimiento facial automatizado y derechos fundamentales en el proceso penal. Entre las experiencias nacionales y la perspectiva de la Unión Europea*, in S. PEREIRA PUIGVERT- M. J. PESQUEIRA ZAMORA (a cura di), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 175 ss.; ID., *Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato, anche alla luce dei futuribili sviluppi normativi sul fronte europolitano*, in *Leg. pen. (web)*, 11 dicembre 2021, p. 1 ss.

<sup>73</sup> Per l'esame delle previsioni contenute nell'art. 5 sia consentito rinviare a G. BORGIA, *Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato*, cit., pp. 20-22.

L'auspicio è dunque che, prima dell'approvazione definitiva, il medesimo approccio venga ad essere assunto anche con riferimento alle analisi automatizzate, individuando – in ossequio agli insegnamenti della Corte costituzionale federale tedesca – presupposti e requisiti procedurali diversificati a seconda della natura degli *input*, della metodologia impiegata e della tipologia degli *output*: è soltanto attraverso l'adozione di siffatti criteri che la proposta sarebbe in grado determinare un apprezzabile innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali in tutti quegli ordinamenti che, per le ragioni più diverse, non possono contare sulla stessa sensibilità che caratterizza quello teutonico rispetto ai *vulnera* arrecati dalle nuove tecnologie.

In proposito, viene naturale volgere lo sguardo al sistema italiano, il quale sconta l'assenza, nella Carta costituzionale, di un referente espresso del diritto all'autodeterminazione informativa, cui i giudici di Palazzo della Consulta, diversamente da quanto operato dal *Bundesverfassungsgericht*, non hanno sopperito attraverso la progressiva elaborazione di «criteri guida generali utili a tracciare un sentiero per il legislatore ordinario»<sup>74</sup>.

Tutto viene quindi rimesso alla disciplina di attuazione della direttiva 2016/680/UE concernente la protezione delle persone fisiche dal trattamento di dati per finalità di *law enforcement*<sup>75</sup>, la cui scarna impalcatura si è ben presto rivelata inadeguata a offrire un'adeguata salvaguardia delle garanzie suscettibili di essere messe a repentaglio dal crescente ricorso alle ICT<sup>76</sup>. Basti pensare che, allo stato, le analisi algoritmiche di dati, siano esse fondate o meno sull'intelligenza artificiale<sup>77</sup>, devono sottostare soltanto a

---

<sup>74</sup> F.B. MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, cit., p. 29. Per l'analisi delle disposizioni costituzionali da cui poter ricavare il fondamento del diritto in questione v., nello stesso volume, S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, p. 3 ss.

<sup>75</sup> Il riferimento corre al d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 su cui v. G.M. BACCARI, *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, cit., p. 1881 ss., nonché, volendo, G. BORGIA, *Il trattamento di dati personali a fini di prevenzione, di indagine di accertamento e di perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali: quali passi avanti alla luce dei recenti sviluppi?*, in A. MANTELERO-D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 505 ss.

<sup>76</sup> Lo sottolineano M. GIALUZ-S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, § 3.1 richiamando anche quanto osservato dallo studio condotto dal LIBE Committee nel luglio 2020 ed intitolato «*Artificial Intelligence and Law Enforcement - Impact on Fundamental Rights*» (reperibile al seguente indirizzo: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL\\_STU\(2020\)656295](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2020)656295)).

<sup>77</sup> ... e già una tale equiparazione lascia indubbiamente a desiderare nella prospettiva della gradualità delle cautele imposta dal principio di proporzionalità.

due ordini di requisiti ulteriori rispetto a quelli contemplati per qualsiasi altra forma di trattamento<sup>78</sup>.

Il primo si rinviene nell'art. 8 d.lgs. n. 51/2018, il quale pone un divieto di adozione di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato di dati così cedevole da poter essere derogato rispettando la mera «riserva di legge» e assicurando all'interessato il diritto di ottenere l'intervento umano<sup>79</sup>.

Il secondo è invece contenuto in una fonte regolamentare, ovvero il D.P.R. 15 gennaio 2018, n. 15, che, agli artt. 6 e 7, si occupa dei trattamenti di dati personali «basati su particolari tecniche di elaborazione delle informazioni o su particolari tecnologie». Più nello specifico, per questa tipologia di trattamenti e per le altre che implicano «maggiori rischi di [arrecare] un danno alla persona interessata» si stabilisce l'obbligo di coinvolgere preventivamente il Garante nazionale per la protezione dei dati personali e di attenersi alle prescrizioni da esso conseguentemente impartite, nonché di registrare gli accessi «in appositi file di *log*, non modificabili», da «conserva[rsi] per cinque anni [...] dall'operazione»<sup>80</sup>.

Se così è, non stupisce che, nel tempo, i sistemi di polizia predittiva siano proliferati in maniera del tutto incontrollata, facendo sorgere più di un dubbio di compatibilità con i già rammentati artt. 8 CEDU e 7 CDFUE<sup>81</sup>. È sufficiente considerare, a titolo esemplificativo, che almeno due dei tre sistemi attualmente in uso alle autorità di contrasto di cui si ha notizia si avvalgono di meccanismi di *machine learning*<sup>82</sup>.

Ebbene, se approvata nella versione attuale, la proposta finirebbe per legittimare i *software* in questione e stimolarne lo sviluppo di nuovi, pretendendosi soltanto l'osservanza di cautele che, per quanto idonee a realizzare certamente un *upgrade* in termini di garanzie, non possono, da sole, soddisfare il principio di proporzionalità, il quale abbisogna anche e ancor prima dell'individuazione di ben altri paletti normativi.

<sup>78</sup> Per quanto concerne invece le disposizioni generalmente applicabili a ogni tipologia di trattamento che assumono particolare rilevanza rispetto ai sistemi basati sull'IA, v. L. ALGERI, *op. cit.*, p.732 ss.

<sup>79</sup> In questo senso B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen. (web)*, 8 febbraio 2019, p. 20 ss. In proposito, v. anche S. SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 104 ss.

<sup>80</sup> Cfr. F. RESTA, sub *Art. 57 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, in R. D'ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 1193 ss.

<sup>81</sup> M. GIALUZ-S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, § 3.4.

<sup>82</sup> Ancora M. GIALUZ-S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, § 1.4.

Viceversa, una modifica che replicasse, con i necessari adeguamenti di contesto, quanto attualmente contemplato soltanto rispetto ai congegni di riconoscimento biometrico in tempo reale, consentirebbe finalmente di affrontare il mare aperto del cambiamento secondo le coordinate valoriali segnate dalla Corte costituzionale federale tedesca al fine di preservare i diritti fondamentali.



NICOLÒ DI PACO

CONTROLLI AUTOMATIZZATI  
E PROCESSI DECISIONALI ALGORITMICI.  
ALCUNE RIFLESSIONI SULLA DIGITALIZZAZIONE  
DELLA COMPLIANCE

SOMMARIO: 1. L'automazione della *compliance*: una breve introduzione. – 2. *Digital criminal compliance* e controlli difensivi in chiave tecnologica. – 3. Fondamenti e problematiche del trattamento dei dati personali mediante il sistema di prevenzione *high-tech*. – 4. Le decisioni algoritmiche e la profilazione nel contesto della *compliance* digitalizzata: prospettive e limiti. – 5. Scongiorare l'inquisizione "intelligente".

1. *L'automazione della compliance: una breve introduzione*

Sempre più numerosi sono i contributi<sup>1</sup> in tema di utilizzo da parte degli

---

<sup>1</sup> Per una bibliografia essenziale sul tema si veda: K.A. BAMBERGER, *Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age*, in *Texas Law Review*, 2010, Vol. 88, p. 669 ss.; E. BIRRITTERI, *Big Data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, f. 2, p. 289 ss.; C. BURCHARD, *Digital criminal compliance*, in M. ENGELHART-H. KUDLICH-B. VOGEL (a cura di), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Steber zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlino, 2021, p. 741 ss.; L. D'AGOSTINO, *Criminal compliance e nuove tecnologie*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2023, f. 1, p. 1 ss.; M. DI FLORIO, *Uno sguardo oltre la compliance 231: digital criminal compliance e rischio di infiltrazioni mafiose nelle imprese*, in *LP*, 7 giugno 2022; P. FIMIANI-N. SELVAGGI-A. MATONTI-A QUATTROCIOCCHI-G. MORGANTE, *Individuazione di standard di prevenzione del rischio e regole di compliance nel giudizio sul d.lgs. n. 231/2001*, in F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Verso una responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, il Mulino, Bologna, 2023, spec. p. 439 ss.; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI-P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume I. Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. p. 286 ss.; ID., *Compliance*, in *Arch. pen. (web)*, 2023, f. 1, spec. p. 12 ss.; G. MORGANTE-G. FIORINELLI, *Promesse e rischi della compliance penale*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, f. 2, p. 13 ss.; M. MOZZARELLI, *Digital Compliance: The Case for Algorithmic Transparency*, in S. MANACORDA-F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer, Cham, 2022, p. 259 ss.; A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2022; S. PREZIOSI, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *Resp. amm. soc. ed enti*,

enti di strumenti di intelligenza artificiale<sup>2</sup> (e di altre tecnologie, quali *blockchain* e *smart contracts*) per la predisposizione e l'implementazione di presidi di controllo e, più specificatamente, per la gestione del rischio di concretizzazione di reati al loro interno.

In effetti, la *digital criminal compliance* – questa l'espressione<sup>3</sup> che utilizzeremo per tratteggiare l'impiego di congegni "intelligenti" nell'adozione e nell'efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001<sup>4</sup> – sembra realmente in grado di innalzare l'efficacia prevenzionistica delle sovrastrutture societarie, assicurando nel mentre un significativo risparmio di risorse e tempo.

---

2020, f. 4, p. 173 ss.; R. SABIA, *Artificial intelligence and environmental criminal compliance*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, 2020, f. 1, p. 179 ss.; A. SALVATORE, *Blockchain e 231*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2020, f. 2, p. 249 ss.; N. SELVAGGI, *Dimensione tecnologica e compliance penale: un'introduzione*, in L. LUPARIÀ-L. MARAFIOTTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 217 ss.; P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. p. 537 ss.; A. VIANELLI-F. VALENTI, *RegTech e Modelli 231: uno sguardo al futuro per un'esigenza presente*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, f. 1-bis, p. 96 ss.; F. VITELLI, *Blockchain e modelli organizzativi: nuove opportunità di governance*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2021, f. 2, p. 339 ss.

<sup>2</sup> Da qui in avanti, anche "IA".

<sup>3</sup> N. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 217 ricorre altresì alle locuzioni «*e-compliance*» e «*GRC (governance, risk and compliance) system*». Più ampio è il termine *RegTech* (espressione sintetica di "*Regulatory Technology*") che delinea ogni modalità di utilizzo delle tecnologie a fini genericamente regolamentari, sia a opera delle autorità di vigilanza che da parte degli enti privati. Per una più approfondita disamina si rinvia a D.W. ARNER-J. BARBERIS-R.P. BUCKLEY, *FinTech, RegTech, and the Reconceptualization of Financial Regulation*, in *North-western Journal of International Law & Business*, Vol. 37, f. 3, p. 371 ss.; A. PERRONE, *La nuova vigilanza. Regtech e capitale umano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 516 ss.; J.H.H. JUNG, *Regtech and suptech: the future of compliance*, in J. MADIR (a cura di), *Fintech. Law and regulation*, 2<sup>a</sup> ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, p. 255 ss. In proposito si veda anche DELOITTE, *RegTech is the new FinTech. How agile regulatory technology is helping firms better understand and manage their risks*, rinvenibile al sito [www.deloitte.com](http://www.deloitte.com).

<sup>4</sup> Come noto, il *compliance program* assume rilevanza primaria per escludere la c.d. "colpa di organizzazione", ovvero sia l'oggetto dell'addebito mosso alla società (cfr. *infra*, nota n. 51). Sul punto vd., *ex multis*, R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 159, la quale evidenzia il «ruolo centrale» dei «modelli organizzativi, attorno ai quali ruota la complessa valutazione della colpa organizzativa dell'impresa». In proposito, si veda anche N. SELVAGGI, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, Padova, 2016, p. 40, il quale osserva che «attorno» al *compliance program* «ruota [...] la logica della disciplina sulla responsabilità dettata dal d.lgs. n. 231/2001». Similmente A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 241 definisce il modello di organizzazione e gestione «l'architave del sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001».

Rispetto alla *compliance* analogica, quella digitalizzata<sup>5</sup>, infatti, garantirebbe l'analisi e l'elaborazione di una grande quantità di *data*, più velocemente e con un grado di precisione impensabile per l'operato umano, evidenziando quelle lacune strutturali che potrebbero costituire occasione di reati. Senza considerare che, mediante l'esame in *real time* dei flussi informativi e delle operazioni eseguite dai soggetti interni, la compagine potrebbe intervenire al primo *alert* o segno di anomalia per intercettare possibili condotte illecite<sup>6</sup>.

Non potendo offrire una compiuta rappresentazione dei probabili ambiti di intervento della *digital criminal compliance*, in questa sede ci limiteremo a segnalarli in maniera randomica.

Così, nel contesto della predisposizione del modello, il *software* potrebbe individuare le aree maggiormente esposte al pericolo di commissione di reati e constatare l'adeguatezza dei sistemi di controllo già in funzione. Potrebbe, inoltre, verificare che i possibili componenti del costituendo organismo di vigilanza (di seguito, OdV) presentino i caratteri di professionalità e indipendenza richiesti.

Sul versante dell'implementazione, invece, all'applicativo potrebbe essere demandato l'aggiornamento e il miglioramento dei protocolli e delle procedure operative adottate, l'accertamento in merito a eventuali segnalazioni di condotte illecite trasmesse mediante i canali di *whistleblowing* di cui all'art. 6, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 231/2001<sup>7</sup>, nonché il monitoraggio continuo delle attività societarie, con fini di *crime detecting*<sup>8</sup>.

Nondimeno, è necessario aver ben presente che l'automazione della *compliance* comporta anche rilevanti contorni problematici<sup>9</sup>, il «*dark*

---

<sup>5</sup> In merito al termine "digitalizzazione" si rinvia a B. GALGANI, *Digitalizzazione e processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova "cartografia"*, in *www.discrimen.it*, 3 giugno 2021, p. 2, secondo la quale, mentre con l'espressione *digitization* «si qualifica la rappresentazione di oggetti analogici in formato digitale (si digitalizzano, insomma, le informazioni)», con il concetto di *digitalization* «si allude alle mutazioni, alle trasformazioni e alle ristrutturazioni dei "flussi" di volta in volta presi in esame grazie all'uso delle tecnologie digitali e dei dati digitalizzati».

<sup>6</sup> L. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 2.

<sup>7</sup> Da ultimo modificato dall'art. 24, comma 5, d.lgs. n. 24/2023.

<sup>8</sup> Per uno studio diffuso sulle opportunità di utilizzo dell'IA per la creazione e l'efficace attuazione di un *compliance program*, si veda, *ex multis*, E. BIRRI, *op. cit.*, p. 293 ss.; G. MORGANTE-G. FIORINELLI, *op. cit.*, spec. p. 9 ss.; P. SEVERINO, *op. cit.*, p. 538 s.; A. VIANELLI-F. VALENTI, *op. cit.*, spec. p. 99 ss.

<sup>9</sup> Quella della contrapposizione fra vantaggi e pericoli è, d'altronde, tematica ben ricorrente negli studi giuridici sulle prospettive di impiego dell'intelligenza artificiale. Difatti, come insegna autorevole dottrina, «nel linguaggio della intelligenza artificiale, le enormi suggestioni che essa propone – come agevolazioni, pratica, efficienza, correttezza nell'atti-

*side*»<sup>10</sup> dell'utilizzo dell'IA nella *criminal compliance*, come definito in dottrina.

Fra tutti, due sono i temi che il contributo intende indagare: la legittimità del controllo “algoritmico” dei lavoratori e la possibilità di delegare all'applicazione di *compliance* “computerizzata” anche processi decisionali.

## 2. Digital criminal compliance e controlli difensivi in chiave tecnologica

Analisi delle aree sensibili della società, esame dell'efficienza dei presidi interni già esistenti, valutazione di compatibilità professionale dei membri dell'OdV, monitoraggio continuo delle iniziative dei dipendenti e gestione delle segnalazioni di condotte illecite rappresentano – come appena visto – alcune delle modalità mediante le quali gli strumenti di intelligenza artificiale potrebbero contribuire a rendere più adeguato ed efficace l'impianto prevenzionistico del soggetto collettivo.

Di contro, alla promessa maggiore efficienza si accompagna il rischio che tali forme di impiego dell'IA pregiudichino i diritti di coloro che operano, a vario titolo, all'interno dell'azienda<sup>11</sup>.

Un simile “impatto” deve essere, allora, attentamente valutato e calibrato per scongiurare che l'interesse dell'ente a prevenire la realizzazione di reati al suo interno sia causa di ispezioni pervasive e smodate<sup>12</sup> oppure

---

vità, economia – fanno apparire tutto bellissimo e seducente. Tutto bellissimo, se però non si sta attenti e non si guarda ai rischi enormi e pari almeno alle suggestioni positive che ci vengono proposte»; così, G.M. FLICK, *Venticinque anni di privacy in Italia. Dalla distanza di cortesia all'algoritmo*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2472.

<sup>10</sup> Così R. SABIA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>11</sup> Per un'indagine più completa sulle interazioni fra intelligenza artificiale e “mondo del lavoro”, si veda il documento di riflessione pubblicato il 5 luglio 2019 dall'Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul lavoro e intitolato *L'SSL e il futuro del lavoro: vantaggi e rischi degli strumenti di intelligenza artificiale negli ambienti di lavoro*, reperibile al sito [osha.europa.eu](https://osha.europa.eu).

<sup>12</sup> Il tema della tutela dei lavoratori a fronte di controlli telematici eccessivamente ingerenti è stato, di recente, sollevato anche in ambito unionale; il richiamo corre alla *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, adottata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 23 gennaio 2023 (reperibile al sito: [eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu)). In particolare, nel Capitolo II dell'atto – dedicato alla «Solidarietà e inclusione» – le tre istituzioni si impegnano a «garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'ambiente digitale, compres[a] [...] la protezione dalla sorveglianza illecita e ingiustificata».

diventi occasione per permettere processi deliberativi algoritmici, liberi da qualsiasi supervisione.

È pertanto essenziale verificare se nel sistema legislativo attualmente vigente sussistano condizioni che possano, da un lato, legittimare e, dall'altro, limitare un così assiduo controllo sulle attività dei lavoratori e sui dati da questi prodotti<sup>13</sup>; ancora, sarà fondamentale saggiare, alla luce dei possibili ambiti di intervento della *digital criminal compliance* che abbiamo prospettato, se e come la normativa – *in primis* sovranazionale – ammetta decisioni automatizzate e procedimenti di profilazione<sup>14</sup>.

Nel prendere le mosse dalla prima direttrice di approfondimento, è indispensabile innanzitutto soffermarsi sul contenuto dell'art. 4 della Statuto dei lavoratori (in seguito, solo "Statuto")<sup>15</sup>. Esso si compone di tre commi, tre «blocchi normativi»<sup>16</sup>, atti a dettare i requisiti di ammissibilità della sorveglianza a distanza dell'attività dei lavoratori e le possibilità di utilizzo delle informazioni "intercettate". Il primo comma della disposizione precisa, infatti, che gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti in grado di permettere un controllo da remoto dei lavoratori possano trovare un impiego solo per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro oppure per la tutela del patrimonio aziendale. Prevede, inoltre, che simili apparecchiature possano essere installate esclusivamente a seguito di un accordo collettivo stipulato con le rappresentanze sindacali o, nel caso in cui questo non sia raggiunto, di una specifica autorizzazione dell'Ispettorato nazionale del lavoro.

Sfuggono a queste limitazioni – secondo quanto disposto dal primo capoverso – gli strumenti utilizzati dal lavoratore nell'esercizio della propria prestazione professionale e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> A tal proposito L. TEBANO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 347 introduce la nozione di «data-veglanza», intesa come «sorveglianza basata sulla ricostruzione di tracce lasciate nei vari ambienti virtuali».

<sup>14</sup> Sul concetto di "profilazione" si tornerà più avanti; cfr. *infra*, par. 4.

<sup>15</sup> Come si ricorderà, la previsione in esame è stata profondamente innovata dall'art. 23 d.lgs. n. 151/2015. Per un'analisi sull'evoluzione della disposizione e sulle problematiche rimaste irrisolte nonostante la riforma, si rinvia a M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, pp. 589-616.

<sup>16</sup> Così li definisce P. TULLINI, *Controllo tecnologico nell'impresa e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 378.

<sup>17</sup> Sul tema E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 993 evidenzia come, con la nuova formulazione del comma 2 dell'art. 4 Statuto, i controlli

che possono, di conseguenza, essere sempre adoperati per fini di vigilanza.

In ogni caso, precisa l'ultimo comma, il compendio conoscitivo raccolto mediante gli strumenti di supervisione a distanza può essere utilizzato «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», purché sia data adeguata informazione al lavoratore in merito alle modalità di utilizzo dei sistemi e di effettuazione dei controlli, fermo restando, comunque, il rispetto del codice in materia di protezione dei dati personali<sup>18</sup>.

La previsione statutaria pone, dunque, specifici vincoli alla possibilità di “piononare” a distanza i lavoratori; così facendo – si è sottolineato in dottrina<sup>19</sup> – il legislatore ha inteso non solo ribadire il divieto di controllo fine a sé stesso, ma anche fissare un vero e proprio nesso di strumentalità legalizzante fra la sorveglianza dei dipendenti e le occorrenze che la giustificano.

Ancora. Il fatto che l'art. 4 Statuto distingua l'utilizzo dei sistemi di supervisione a distanza dalla loro installazione – per la quale è richiesto l'accordo con le rappresentanze sindacali o l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro – deve far concludere che i controlli dovrebbero essere ritenuti illegittimi, quantunque attuati di concerto con le associazioni rappresentative o con il permesso dell'Agenzia di vigilanza, là dove non fossero giustificati da una delle finalità prescritte dalla legge<sup>20</sup>.

In questo *framework* normativo si è inserita prepotentemente la Corte di cassazione con un intervento ermeneutico di non poco momento. Segnatamente, il giudice di legittimità rifacendosi alla risalente categoria (sempre di derivazione giurisprudenziale) dei “controlli difensivi” – ossia quelli diretti ad appurare comportamenti delittuosi del lavoratore<sup>21</sup> e, come tali, sottratti alla vecchia formulazione dell'art. 4 Statuto<sup>22</sup> – ha distinto fra controlli

---

tramite gli strumenti di lavoro non debbano trovare giustificazione in alcuna finalità normativamente prescritta.

<sup>18</sup> Si tratta, come noto, del d.lgs. n. 196/2003. Per un'analisi sul rapporto fra la disciplina statutaria e il codice in materia di protezione dei dati personali, si rinvia a G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, f. 4, p. 547 ss.

<sup>19</sup> Il riferimento è a C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, in AA. VV., *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 72. Sul punto si veda anche A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo Art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 517.

<sup>20</sup> In proposito, v. C. COLOSIMO, *op. cit.*, p. 73.

<sup>21</sup> In questo senso, v. Cass. civ., Sez. lav., sent. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Dejure*, ripresa, poi, da Cass. civ., Sez. lav., sent. 23 febbraio 2012, n. 2712 e da Cass. civ., Sez. lav., sent. 4 aprile 2012, n. 5371 in *Dejure*.

<sup>22</sup> A tale proposito giova evidenziare come, secondo parte della dottrina, la nuova formulazione dell'art. 4, in forza del riferimento all'inedita esigenza di «tutela del patrimonio

difensivi “in senso lato” e “in senso stretto”<sup>23</sup>: gli uni sarebbero indirizzati alla tutela del patrimonio aziendale come delineato dalla norma statutaria, gli altri sarebbero volti ad «accertare specificamente condotte illecite ascrivibili – in base a concreti indizi – a singoli dipendenti»<sup>24</sup>.

La prima gamma di presidi rientrerebbe, secondo gli Ermellini, all’interno della congerie di prescrizioni previste dall’art. 4 e, quindi, richiederebbe per la sua messa in atto il benestare sindacale o l’autorizzazione amministrativa; per converso, i controlli difensivi “in senso stretto” si collocherebbero al di fuori dell’ambito applicativo della disposizione, dal momento che non si estrinsecerebbero in una supervisione diffusa o generalizzata, ma sarebbero condotti verso uno o più soggetti individuati e sarebbero giustificati dal fondato sospetto di un comportamento illecito a essi ascrivibile in ragione di elementi tangibili<sup>25</sup>.

Tanto premesso, si tratta ora di capire all’interno di quale tipologia di dispositivi di controllo possa essere sussunta l’applicazione di “conformità automatizzata”<sup>26</sup>.

Ebbene, quanto tratteggiato sui sistemi di *digital criminal compliance* dovrebbe far escludere che tali “congegni” possano essere considerati strumenti di controllo in senso stretto: l’applicativo sarebbe, infatti, volto a sorvegliare, quantomeno in un primo momento, non una specifica persona, ma la totalità dei lavoratori che svolgono la propria mansione all’inter-

---

aziendale», costituirebbe un valido argine al ricordato orientamento della Corte di legittimità in materia di controlli difensivi; così G. CASSANO, *Quando il giudizio di proporzionalità salva i controlli difensivi occulti: Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e Corte di cassazione a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 543 e A. MARESCA, *op. cit.*, p. 524. Di diverso avviso L. TEBANO, *op. cit.*, p. 353, secondo la quale la novella apre «il varco alla legittimazione per via legislativa dei cd. controlli difensivi [...] e comporta l’estensione della procedura autorizzativa agli strumenti preordinati alla tutela dei beni aziendali, siano essi materiali o immateriali».

<sup>23</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. 22 settembre 2021, n. 25732 e Cass. civ., Sez. lav., sent. 12 novembre 2021, n. 34092 in *Dejure*.

<sup>24</sup> Cass. civ., Sez. lav., sent. 12 novembre 2021, n. 34092, cit.

<sup>25</sup> In riguardo P. TULLINI, *Controllo tecnologico nell’impresa e protezione dei dati personali dei lavoratori*, cit., p. 389 evidenzia una certa difficoltà nel definire, con apprezzabile sicurezza, il confine fra controlli difensivi in senso lato e in senso stretto. Allo stesso modo, secondo l’Autrice risulta incerto il presupposto del “fondato sospetto” che permetterebbe al datore di lavoro di prescindere dai parametri di ammissibilità dei controlli delineati in ambito statutario.

<sup>26</sup> In tema di sorveglianza *high-tech* dei lavoratori v. *ivi*, p. 378. L’Autrice mette in luce come il legislatore della riforma, nonostante all’epoca dell’interpolazione normativa fosse già nota la possibile forza di impatto delle nuove tecnologie, non abbia inteso fare alcun cenno agli «innumerevoli apporti della digitalizzazione né [a]ll potenziale dirompente dell’intelligenza artificiale».

no della società; inoltre, non può non rilevarsi come l'IA opererebbe ben prima della commissione di eventuali condotte criminose, e anzi alla loro costante ricerca<sup>27</sup>.

Nell'attuale quadro normativo i sistemi di *compliance* digitale appaiono, allora, destinati a essere disciplinati dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori<sup>28</sup>, con tutto quanto ne deriva in punto di legittimazione e autorizzazione.

Sul primo versante, in particolare, il controllo dell'aiutante digitale dovrebbe trovare la propria condizione-presupposto nelle «esigenze produttive ed organizzative» e non certamente nella «tutela del patrimonio aziendale». Invero, se quest'ultimo requisito è orientato a giustificare la sorveglianza diretta a reprimere le condotte realizzate dal lavoratore contro gli interessi della società (si pensi, ad esempio, a eventuali ammanchi), la *digital criminal compliance* si inserisce nel “contesto 231” e sarebbe, pertanto, diretta a contrastare contegni delittuosi posti in essere nell'interesse o a vantaggio dello stesso soggetto collettivo: due logiche antitetiche all'apparenza insuscettibili di trovare conciliazione. D'altro canto, le ragioni di progettazione della sovrastruttura aziendale appaiono essere maggiormente confacenti al sistema di responsabilità introdotto nel 2001 e sarebbero, per tale motivo, in grado di giustificare anche una possibile forma di vigilanza algoritmica in contemporanea e a distanza.

Sul differente piano dell'autorizzazione, perché l'ente possa impiegare il sistema di *compliance* “automatizzata” sarà dunque necessario l'assenso delle rappresentative sindacali, oppure l'approvazione dell'autorità amministrativa.

Un ultimo appunto. All'indomani dell'emanazione della *Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*<sup>29</sup>, in dottrina<sup>30</sup> è stato avanzato qualche timore in merito alla possibilità che il prospettato *AI Act* possa determinare una sostanziale inattuazione del disposto statutario. Viene, infatti, messo in luce come dall'atto – nella versione trasmessa dalla Commissione europea – sembrerebbe emergere che il datore di lavoro, *ex art. 29*<sup>31</sup> del regolamento

<sup>27</sup> Si veda, *ex multis*, E. BIRRI, *Big Data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, cit., p. 294 s. e P. FIMIANI-N. SELVAGGI-A. MATONTI-A. QUATTROCIOCCI-G. MORGANTE, *op. cit.*, p. 449.

<sup>28</sup> In questo senso G. MORGANTE-G. FIORINELLI, *op. cit.*, pp. 30-31 e A. NISCO, *op. cit.*, p. 7.

<sup>29</sup> Cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, COM (2021) 206 final, in *eur-lex.europa.eu*.

<sup>30</sup> P. TULLINI, *I controlli aziendali per finalità difensive nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, p. 233.

<sup>31</sup> Rubricato «[o]bblighi degli utenti dei sistemi di IA ad alto rischio».

*in fieri*, possa impiegare gli apparecchi digitali semplicemente adeguandosi alle istruzioni di uso e agli obblighi posti in capo agli utenti dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio<sup>32</sup>, a prescindere, così, dalla sussistenza dei requisiti posti dalla disciplina interna anzi richiamati.

Una preoccupazione, questa, che tuttavia perde consistenza – quantomeno, in parte – alla luce del testo dell'*AI Act* approvato e licenziato dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023<sup>33</sup>: invero, l'emendato art. 29 prevederebbe al par. 5a che, prima di poter mettere in servizio o adottare sul luogo di lavoro un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, i *deployers* dovrebbero consultare le rappresentanze dei lavoratori, nella prospettiva di raggiungere un accordo in conformità con la direttiva 2002/14/CE<sup>34</sup>, e informare i dipendenti che saranno oggetto di attenzione da parte dello stesso sistema.

Ad ogni buon conto, appare condivisibile l'auspicio, proveniente da una parte della dottrina, che il legislatore si faccia carico di disciplinare compiutamente simili strumenti di *compliance*, contemperando le esigenze delle aziende di dotarsi di moderni ed efficienti presidi di prevenzione del rischio-reato con le legittime aspettative dei lavoratori di non vedere eccessivamente compressi – se non compromessi – i diritti fondamentali<sup>35</sup>.

### 3. *Fondamenti e problematiche del trattamento dei dati personali mediante il sistema di prevenzione high-tech*

Come anticipato, la seconda direttrice di indagine ha ad oggetto la compatibilità con l'attuale assetto prescrittivo unionale e nazionale di decisioni

---

<sup>32</sup> Fra i quali l'Allegato III alla proposta riconduce anche gli strumenti «per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro». In proposito A. NISCO, *op. cit.*, p. 11 ritiene – a giusta ragione – che i dispositivi di *digital criminal compliance* potrebbero essere considerati, alla stessa stregua, sistemi ad alto rischio.

<sup>33</sup> Cfr. *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))*, in *www.europarl.europa.eu*.

<sup>34</sup> Si tratta della *Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002 che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori*, in *eur-lex.europa.eu*.

<sup>35</sup> In questo senso E. BIRRITTERI, *Controllo a distanza del lavoratore e rischio penale*, in *Sist. pen.*, 16 febbraio 2021, par. 3.

algoritmiche e processi di profilazione affidati agli strumenti di *compliance* digitalizzata. A questo riguardo, il referente normativo principale non potrà che essere rinvenuto nel reg. 2016/679/UE (c.d. GDPR), in particolare nell'art. 22, dedicato al «[p]rocesso decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione».

Prima di addentrarci nella trattazione della tematica ora accennata, appare necessario – in quanto logicamente prodromico – tracciare qualche confine in merito all'applicazione delle norme del reg. 2016/679/UE anche all'attività di *processing* effettuata mediante i dispositivi di *digital criminal compliance*, agli eventuali profili problematici che l'impiego di tali sistemi nella struttura prevenzionistica potrebbe determinare in punto di protezione dei dati personali e, da ultimo, ai diritti che dovrebbero essere riconosciuti ai soggetti interessati dal trattamento.

A tal fine, l'attenzione deve essere rivolta in prima battuta agli artt. 2 e 4 del regolamento. Il paragrafo 1 dell'art. 2 statuisce che le disposizioni del GDPR riguardano il «trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e [il] trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi»; l'art. 4, dal canto suo, declina il “trattamento” come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»<sup>36</sup>.

Ai nostri scopi rilevano, ancora, i concetti di “titolare del trattamento” (o *data controller*) e di “interessato” (o *data subject*). Mentre il primo è la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, oppure il servizio o altro organismo che determina le finalità e i mezzi del trattamento<sup>37</sup>, il secondo è la persona fisica identificata o identificabile mediante l'attività di *processing*<sup>38</sup>.

Insomma, ogni qual volta la società gestisce, in qualunque modo, manuale o tecnologicamente assistito, i dati personali dei propri lavoratori, dei membri dell'OdV e di chiunque entri in contatto con la stessa, siamo al cospetto

---

<sup>36</sup> Cfr. art. 4, n. 2, GDPR.

<sup>37</sup> V. art. 4, n. 7, GDPR. In proposito, C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in G. FINOCCHIARIO (opera diretta da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 87 sottolineano come l'acquisizione della qualifica di titolare del trattamento non necessiti di alcuna formalizzazione o attribuzione legislativa che la certifichi, ma costituisca un “fatto”, un accadimento successivo all'avvio del trattamento.

<sup>38</sup> Il rinvio è all'art. 4, n. 1, GDPR.

di un trattamento dei dati nel senso fatto proprio dal regolamento<sup>39</sup>.

Così è anche quando il trattamento avviene mediante strumenti “avanzati”, quali i sistemi di *digital criminal compliance*: pure l’opera analitica di informazioni messa in essere dall’intelligenza artificiale ricade, infatti, nell’ambito applicativo della *data protection*, come, d’altronde, può ricavarsi dai numerosi richiami al “trattamento automatizzato” che possono rinvenirsi nel corpo del reg. 2016/679/UE. E ciò anche in presenza di eventuali discipline *ad hoc* dedicate alle applicazioni di IA. Naturalmente, là dove venisse definitivamente approvato il proposto regolamento unionale, alle norme poste in materia di protezione dei dati personali si verrebbero ad affiancare quelle del nuovo *AI Act*, riguardanti (non l’attività di *processing* “computerizzata” ma) in linea generale il funzionamento dei *software* di ultima generazione e le caratteristiche, tecniche e non solo, che questi devono presentare<sup>40</sup>.

Premesso, quindi, che la raccolta e la successiva elaborazione dei dati da parte del sistema di *compliance* digitalizzata ricadono nel prisma regolatorio del reg. 2016/679/UE, si tratta adesso di capire in virtù di quali presupposti e condizioni l’ente, che impiega il dispositivo, possa dar consistenza a un trattamento normativamente legittimo.

A tal proposito, occorre fare riferimento all’art. 6 GDPR che detta i requisiti di liceità della processazione. In particolare, in virtù della disposizione in esame, la lavorazione delle informazioni è ammessa quando vi è il consenso dell’interessato oppure quando è necessaria all’esecuzione di un contratto di cui lo stesso è parte o all’esecuzione di misure precontrattuali adottate su sua richiesta. È altresì consentita se è diretta a permettere al titolare di adempiere a un obbligo legale, a salvaguardare gli interessi vitali del *data subject* o di un’altra persona fisica, oppure a eseguire un compi-

---

<sup>39</sup> In questi termini C.J. HOOFNAGLE-B. VAN DER SLOOT-F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *The European Union general data protection regulation: what it is and what it means*, in *Information & Communications Technology Law*, 2019, vol. XXVIII, f. 1, pp. 72-73. Similmente si esprime S. BHAIMIA, *The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection*, in *Legal Information Management*, 2018, vol. XVIII, f. 1, p. 23, secondo la quale tutte le organizzazioni sono titolari del trattamento con riferimento ai dati personali dei loro dipendenti. In senso ancora più assoluto v. P. VOIGT-A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer, Cham, 2017, p. 9, i quali affermano che ogni trattamento di dati rientra sostanzialmente nell’ambito applicativo del GDPR.

<sup>40</sup> Analoghe sono le considerazioni di S. MARANELLA, *La protezione dei dati personali contro un uso distopico dell’AI*, in R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, cit., p. 61 e I. SPIECKER, *AI and Data Protection*, in L.A. DiMATTEO-C. PONCIBÒ-M. CANNARSA (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 133 s.

to di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il medesimo titolare del trattamento. Infine, è autorizzata per il perseguimento di un legittimo interesse del *data controller* o di terzi, a condizione, però, che non prevalgano gli interessi, i diritti o le libertà fondamentali del destinatario dell'attività di *processing*.

Ebbene, posto che l'adozione del modello non costituisce formalmente un obbligo per gli enti collettivi<sup>41</sup>, sembrerebbe più confacente rinvenire il presupposto autorizzativo del trattamento nel consenso del *data subject* oppure nella sussistenza dell'interesse legittimo del titolare. Quest'ultima opzione, invero, si lascia preferire in ragione dell'ampiezza di copertura che è in grado di fornire, anche nei confronti dei futuri interessati: richiedere il benessere a ogni possibile destinatario del trattamento potrebbe rivelarsi, difatti, eccessivamente gravoso per la società, soprattutto di fronte all'ampia capacità ispettiva dello strumento di *digital criminal compliance*, che potrebbe accedere a (e, quindi, processare) dati personali della cui esistenza l'azienda non è a conoscenza.

D'altra parte, la concreta aspettativa del soggetto meta-individuale di non

<sup>41</sup> Come riconosciuto da G. AMATO, *Il modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudenziale*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, f. 2, p. 57; A. BERNASCONI, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. BERNASCONI-A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 99; A. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., p. 247; M. H. SCHETTINO-F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al processo penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 64; P. RIVELLO, *Il MOG quale esimente*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2018, f. 2, p. 200 s. In proposito, si veda T. PADOVANI, *Introduzione*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. XXXVII, il quale mette in risalto come se l'adozione del modello di organizzazione e gestione costituisse un adempimento obbligatorio spetterebbe allo stesso ordinamento verificarne i requisiti di efficacia, efficienza e completezza e, soprattutto, circoscriverne le forme di adempimento. Ma, fa notare l'Autore, «è precisamente questo che si intende evitare, per la semplice ragione che nessuno è in grado di stabilire quali siano le norme di organizzazione appropriate, nei singoli casi, per evitare la commissione dei reati». Parzialmente differente è la visione di D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 961, che distingue a seconda dei destinatari delle regole contenute nel modello: nel caso di apicali, permarrrebbe la discrezionalità da parte della società; con riferimento, invece, ai sottoposti, sussisterebbe un obbligo «dei soggetti apicali e dell'ente che essi "impersonano"» di adottare il modello. Nel senso dell'obbligatorietà del modello di organizzazione e gestione si esprimono N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giur. eco.*, 2009, p. 193 ss.; S. BARTOLOMUCCI, *La metamorfosi normativa del modello penal-preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 T.U. sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, f. 3, p. 157 ss.; ID., *Ancora sulla (neo) obbligatorietà dei compliance programs: il precedente della legge Regione Calabria e la sua reale portata*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, f. 4, p. 7 ss.

incorrere in una responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001* indurrebbe a ritenere soddisfatta anche la clausola di bilanciamento prevista dall'atto normativo<sup>42</sup>.

La sussistenza di una base legittimante non è da sola sufficiente a validare l'attività di *processing*<sup>43</sup> che deve essere altresì informata ai principi espressamente sanciti dall'art. 5 GDPR<sup>44</sup>. Il trattamento dovrà, pertanto, essere lecito, corretto e trasparente<sup>45</sup>.

Non solo. In virtù dei principi di «limitazione delle finalità» e di «minimizzazione dei dati», i dati dovranno essere «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile» con dette finalità, nonché «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto» agli scopi per i «quali sono trattati»<sup>46</sup>. L'attività di accumulo ed elaborazione dei dati dovrà, poi, garantire l'esattezza e, se del caso, l'aggiornamento dei medesimi. Da ultimo, le informazioni digitali dovranno essere conservate in maniera tale da permettere l'identificazione degli interessati per un periodo di tempo non superiore a quello strettamente necessario per il conseguimento delle finalità del trattamento (c.d. principio di «limitazione della conservazione»<sup>47</sup>) e dovranno essere

---

<sup>42</sup> Questa «riserva» di ammissibilità è stata, invero, introdotta per cercare di ridurre l'ambito applicativo dell'interesse legittimo quale condizione di liceità, ambito applicativo che altrimenti sarebbe risultato troppo ampio; sul tema, si rimanda a P. VOIGT-A. VON DEM BUSSCHE, *op. cit.*, p. 103. In riguardo C.J. HOOFNAGLE-B. VAN DER SLOOT-F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *op. cit.*, p. 81 definiscono la previsione in esame una base «polivalente», volta a riconoscere le molteplici e sfaccettate ragioni per le quali i dati devono essere trattati. Si veda anche A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. e Dir. priv.*, 2018, p. 307, secondo il quale è concretamente esistente il problema di definire in maniera più puntuale cosa si intenda per legittimo interesse, e ciò al fine di evitare che mediante questo requisito si determini un sostanziale aggiramento della necessità di richiedere il consenso dell'interessato.

<sup>43</sup> In proposito, seppure la lettera dell'art. 6 GDPR stabilisce che il trattamento sia lecito «solo se e nella misura» in cui ricorra una delle condizioni anzi esaminate, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di legittimità*, in G. FINOCCHIARIO (opera diretta da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 126 ritiene, in maniera assolutamente condivisibile, che la disposizione debba essere interpretata nel senso che le circostanze previste siano da ritenersi «*condicio sine qua non*» e non come «condizione necessaria e sufficiente».

<sup>44</sup> In merito S. MARANELLA, *op. cit.*, p. 62 rinviene nei dogmi fissati dall'art. 5 GDPR una «barriera contro gli algoritmi».

<sup>45</sup> Sul punto v. G. DE GREGORIO-R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 464, i quali evidenziano come la triade liceità-correttezza-trasparenza sia, in qualche modo, già espressiva della tensione che si può instaurare fra il piano tecnologico e quello giuridico.

<sup>46</sup> Cfr. art. 5, par. 1, lett. b) e c), GDPR.

<sup>47</sup> V. art. 5, par. 1, lett. e), GDPR.

maneggiate in modo da garantire la sicurezza dei dati personali<sup>48</sup>.

Tutti assiomi basilari, la cui effettività rischia, però, di essere compromessa dall'impiego di un collaboratore "intelligente": ciò che qui si intende mettere in luce sono, in particolare, i possibili effetti distorsivi che l'impiego degli strumenti di *digital criminal compliance* potrebbe determinare sui principi di limitazione delle finalità, di minimizzazione dei dati<sup>49</sup> e di limitazione della conservazione. Da un lato, infatti, tali applicazioni potrebbero accedere a un gran numero di dati ed essere impiegate in un ampio spettro di attività, per molteplici e differenti obiettivi; dall'altro, l'ente potrebbe avere l'esigenza di serbare, per un tempo considerevole, i dati attestanti lo svolgimento delle operazioni di strutturazione prevenzionistica, per finalità eminentemente probatorie. Del resto, come messo in rilievo dalla dottrina<sup>50</sup>, per poter dimostrare l'idoneità preventiva della costruzione organizzativa e l'effettiva attuazione dei presidi di controllo<sup>51</sup>, il soggetto collettivo non deve solo provare la formale adozione del modello di organizzazione e gestione, ma deve anche tenere traccia delle operazioni sottese alla sua creazione e di quelle dirette a far rispettare (o aggiornare) le regole cautelari e i protocolli.

<sup>48</sup> Il rinvio è all'art. 5, par. 1, lett. f), GDPR, che pone il principio di «integrità e riservatezza»

<sup>49</sup> Analoghe preoccupazioni sono espresse, con riferimento alla generalità dei dispositivi di intelligenza artificiale, da G. FINOCCHIARIO, *Riflessioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati*, cit., pp. 239 (nota n. 9) e 245.

<sup>50</sup> Sul punto v. G. RUSSO, *I modelli di organizzazione, gestione e controllo. Letterature, prassi e innovazioni tecnologiche*, Franco Angeli, Milano, 2022, p. 102.

<sup>51</sup> ... circostanze, queste, che porterebbero a escludere la colpa di organizzazione dell'ente. Tale ultima espressione, come noto, racchiude in sé il presupposto soggettivo di imputazione della responsabilità collettiva ex d.lgs. n. 231/2001, che si fonda sull'«inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo»; così, Cass. pen., Sez. IV, sent. 4 ottobre 2022, n. 570, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2023, con nota di L. PARODI, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*. In generale, sulla "colpa di organizzazione" si vedano, ex multis, M.A. MANNO, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 123 ss.; V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 704 ss.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 175 ss.; ID., voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. dir., I tematici. Reato colposo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 64 ss.; C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, f. 3, p. 167 ss.; A. SERENI, *La colpa di organizzazione nella responsabilità da reato. Profili generali*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, cit., p. 58 ss.

Per ovviare a siffatti profili di frizione con i canoni fondamentali della *data protection*, appare essenziale che l'ente, dapprima, definisca e renda conoscibili tutti gli scopi a cui è preordinata l'attività di *processing* realizzata mediante l'aiutante algoritmico. Inoltre, per scongiurare un mantenimento dei dati *sine die* (funzionale agli obiettivi di prova, ma altresì violativo del principio di limitazione della conservazione) si potrebbe ipotizzare l'individuazione di un termine massimo di custodia – magari equivalente al termine di prescrizione dell'illecito amministrativo, fissato dall'art. 22 d.lgs. n. 231/2001 in cinque anni – oltrepassabile solo nell'evenienza in cui, nelle more del periodo di archiviazione, abbia preso piede un procedimento nei confronti dell'ente: ciò, invero, potrebbe costituire una circostanza che, proprio per le necessità istruttorie sopra ricordate, sarebbe tale da giustificare una dilatazione del tempo di conservazione.

Detto, pertanto, delle ragioni applicative del reg. 2016/679/UE anche alla processazione di dati operata mediante le applicazioni di *digital criminal compliance* e dei possibili attriti che si possono generare, è il momento di passare al setaccio le garanzie che la normativa unionale riconosce in capo all'interessato, per cercare di comprendere se e come queste possano essere incise dall'impiego degli strumenti di IA in questa sede prospettato.

In linea generale, si può dire che il *data subject* è titolare del diritto alla protezione dei propri dati<sup>52</sup>, vale a dire della facoltà di esercitare un controllo diretto e attivo sulle informazioni di carattere personale<sup>53</sup> raccolte e processate.

Seppur discendente dal diritto alla *privacy*, l'attribuzione in oggetto deve essere ritenuta una prerogativa a sé stante, alla luce dei caratteri maggiormente complessi e variegati che la stessa presenta rispetto al *right to be let alone*, nucleo essenziale della riservatezza<sup>54</sup>. Il diritto alla protezione dei

---

<sup>52</sup> Merita sin da subito rilevare come lo stesso reg. 2016/679/UE precisi che nei confronti del diritto alla protezione dei dati personali sono ammesse deroghe o limitazioni. Inequivocabile è, infatti, quanto riconosciuto nel Considerando n. 4, in cui si afferma che «[i]l diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità».

<sup>53</sup> In questi termini v. G. FINOCCHIARIO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, cit., p. 5.

<sup>54</sup> La distinzione concettuale fra i due diritti è testimoniata anche dalla Carta dei diritti dell'Unione europea; l'atto, infatti, disciplina separatamente il diritto alla riservatezza o alla protezione della vita privata, a cui è dedicato l'art. 7, e il diritto alla protezione dei dati personali, che trova, invece, autonomo riconoscimento nell'art. 8. Il graduale distacco teorico viene messo in luce anche da E. CELESTE, *Digital constitutionalism. The role of internet bills of rights*, Routledge, Abingdon, 2023, p. 34. Rimarcano le differenze fra i due diritti G. FINOCCHIARIO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in G. FINOCCHIARIO (opera diretta da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione*

dati personali, difatti, non si estrinseca nella sola prerogativa di non vedere pubblicamente esposte le informazioni più “delicate”, ma si connota come un diritto dalle “molteplici sfaccettature”<sup>55</sup>, da cui discendono eterogenee facoltà inerenti al *data processing*.

Primo corollario della *data protection* è il diritto all’informazione<sup>56</sup>, previsto dall’art. 13 GDPR<sup>57</sup> e preordinato all’esercizio consapevole di tutte le prerogative sancite dal regolamento europeo. In particolare, per quanto rileva in questa sede, fra gli avvisi di cui deve essere necessariamente destinatario il *data subject* spiccano quelli inerenti alle finalità della processazione e allo specifico interesse legittimo che ne costituisce la base di liceità<sup>58</sup>, nonché quelli afferenti al periodo di conservazione – o ai criteri utilizzati per determinarlo – e all’eventuale esistenza di un processo decisionale automatizzato<sup>59</sup>.

All’interessato deve, inoltre, essere resa palese la possibilità di esercitare le altre attribuzioni riconosciute dagli artt. 15-22 GDPR: ossia il diritto all’accesso, il diritto di rettifica, il diritto alla limitazione del trattamento, quello alla portabilità dei dati, come pure il diritto alla cancellazione dei dati. In forza di tali prerogative, esso potrà, a titolo illustrativo, avere la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e, in caso affermativo, accedere ai dati stessi e a tutta una serie di informazioni espressamente considerate dall’articolato normativo. Alla stessa stregua, il *data subject* potrà ottenere la correzione o l’integrazione dei *data* a lui riferibili, nonché l’eliminazione di alcuni di questi (o, finan-

---

*dei dati personali*, cit., p. 5 e O. LINSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 94 ss. In particolare, quest’ultima descrive tre diverse modalità di definizione del rapporto fra la *data protection* e la *privacy*: il primo le vede come strumenti complementari; in forza del secondo, la protezione dei dati è una modalità di espressione del diritto alla riservatezza, mentre, stando al terzo modello, la *data protection* risponderebbe a plurime finalità, fra le quali può essere fatto rientrare anche il diritto alla *privacy*.

<sup>55</sup> Così E. CELESTE, *op. cit.*, p. 34, il quale pone in risalto il doppio ruolo del diritto in esame: prevenire abusi di potere da parte del titolare del trattamento, da un lato, e potenziare la capacità del singolo di controllare i suoi dati personali, dall’altro.

<sup>56</sup> E. PELINO, *I diritti dell’interessato*, in L. BOLOGNINI-E. PELINO-C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy Europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 172 descrive il più ampio diritto all’autodeterminazione informativa come il «perno concettuale della materia» della *data protection*.

<sup>57</sup> La disposizione in oggetto indica le informazioni che devono essere fornite all’interessato allorquando i dati siano raccolti presso il medesimo. In caso di acquisizione di *data* da altre persone, l’oggetto del diritto informativo è, invece, determinato dall’art. 14 GDPR.

<sup>58</sup> Cfr. art. 13, par. 1, lett. c) e d) GDPR.

<sup>59</sup> V. art. 13, par. 2, lett. a) e f) GDPR.

co, tutti), qualora, ad esempio, non siano più funzionali al perseguimento delle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti processati oppure siano stati raccolti in maniera illecita.

Considerazione a parte merita la facoltà di contestazione delineata dall'art. 21 GDPR, in forza della quale l'interessato può opporsi<sup>60</sup>, in qualsiasi momento e per motivi connessi alla sua particolare situazione, al trattamento dei dati personali (compresa la profilazione) che lo riguardano, nella specifica evenienza in cui la condizione di liceità sia rappresentata dall'interesse legittimo del titolare trattamento.

La contestazione non ha, però, un valore assoluto. Sempre in virtù della previsione richiamata, infatti, di fronte all'obiezione del *data subject*, la società, quale *data controller*, potrebbe comunque insistere nella propria attività di elaborazione automatizzata allorché dimostrasse la sussistenza di motivi legittimi e cogenti per procedervi<sup>61</sup>, «che [prevalessero] sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato», oppure la necessità di proseguirla «per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

Vi è dell'altro. L'art. 2-*undecies*, comma 3, del codice in materia di protezione dei dati personali prevede che l'esercizio di tutti di diritti sanciti dal reg. 2016/679/UE possa, in ogni caso, essere ritardato, limitato o escluso, previa comunicazione motivata e resa senza ritardo all'interessato, per permettere lo svolgimento delle investigazioni difensive – che, come puntualizzato da alcuni interpreti<sup>62</sup>, potrebbero ben presto costituire un'altra modalità di impiego dell'IA – o per assicurare l'esercizio di un diritto in ambito giudiziale.

Pertanto, alla luce del quadro normativo sin qui delineato, il trattamento dei dati personali mediante gli strumenti di *digital criminal compliance* sembrerebbe possedere tutti i crismi di liceità richiesti dalla legge. Anzi, le finalità per cui il collaboratore informatico potrebbe raccogliere ed elaborare i dati e, in determinati casi, decidere in base agli stessi sarebbero tali non solo da prevalere sugli interessi del *data subject*, ma anche da incidere legittimamente sulle possibilità di quest'ultimo di avvalersi delle prerogative previste in linea generale dalla disciplina sulla protezione dei dati personali.

---

<sup>60</sup> A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARIO (opera diretta da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 231 definisce la prerogativa in parola un vero e proprio «potere inibitorio».

<sup>61</sup> Quali potrebbero essere le finalità sottese all'applicazione dello strumento intelligente in ambito prevenzionistico.

<sup>62</sup> V. A. GULLO, *Compliance*, cit., p. 16 e A. NISCO, *op. cit.*, p. 8.

#### 4. *Le decisioni algoritmiche e la profilazione nel contesto della compliance digitalizzata: prospettive e limiti*

L'intelligenza artificiale deve l'attenzione che negli ultimi anni le è stata riservata, oltre che alle potenzialità di elaborazione dei dati e alla possibilità di intercettare e presumere *patterns* comportamentali<sup>63</sup> non percettibili dagli occhi umani, anche e soprattutto alla sua capacità decisionale<sup>64</sup>.

Posto che il sistema di *digital criminal compliance* potrebbe, in determinati settori, agire (e decidere) in via autonoma, senza alcun significativo intervento umano, è fondamentale domandarsi se e a quali condizioni possano essere ammessi, in seno alla sovrastruttura prevenzionistica aziendale, processi deliberativi completamente automatizzati.

Il referente normativo principale, come già anticipato, è rappresentato dall'art. 22 GDPR, il quale pone il «principio di non esclusività della decisione algoritmica»<sup>65</sup>, che si traduce nel diritto dell'interessato a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> A questo riguardo v. D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Il diritto industriale*, 2012, f. 6, p. 555; F. FAINI, *Big data, algoritmi e diritto*, in *DPCE Online*, 2019, f. 3, p. 1874; E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., p. 421.

<sup>64</sup> Basti a tal proposito ricordare la definizione di intelligenza artificiale fornita dal “Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale”, istituito dalla Commissione Europea nel giugno 2018, che, nel glossario del documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, riconduce alla tecnologia in parola i «sistemi *software* (ed eventualmente *hardware*) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e *decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato*» (corsivo nostro). Cfr. *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, p. 45 in *op.europa.eu*.

<sup>65</sup> Così lo definisce A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, f. 1, p. 79.

<sup>66</sup> G. FINOCCHIARIO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1674 ritiene «grandemente sopravvalutato [...] quanto disposto dal Regolamento con riguardo alle decisioni automatizzate». Al contrario, più entusiastici sono i toni di A. ALOISI-E. GRAMANO, *Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2019, vol. XLI, f. 1, p. 106, a parere dei quali «*this is probably the most forward-looking chapter of the Regulation*». In termini analoghi si esprime anche D. SANCHO, *Automated Decision-Making under Article 22 GDPR. Towards a More Substantial Regime*

Nonostante la formulazione prescelta dal legislatore europeo («diritto di non essere sottoposto...»), il Gruppo di Lavoro “Articolo 29”<sup>67</sup> ha precisato, nelle sue *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*<sup>68</sup>, che la prescrizione in oggetto dovrebbe essere letta alla stregua di un più cogente divieto: la proibizione opererebbe *sic e simpliciter*, automaticamente ed *ex ante*, a prescindere, cioè, da un comportamento proattivo dell’interessato<sup>69</sup>.

---

for *Solely Automated Decision-Making*, in M. EBERS-S. NAVAS (a cura di), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 136, che sottolinea l’attitudine pionieristica della regolazione del processo decisionale automatizzato da parte dell’Unione Europea. In proposito giova ricordare che l’art. 11, par. 1, dir. 2016/680/UE – «relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio» – riproduce essenzialmente il contenuto dell’art. 22 GDPR, stabilendo che «[g]li Stati membri dispongono che una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull’interessato sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell’interessato, almeno il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento». Per un’analisi della disposizione si rimanda B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, f. 1, spec. p. 20 ss. Per uno studio generale sulla direttiva si veda, invece, G. BORGIA, *Il trattamento di dati personali a fini di prevenzione, di indagine, di accertamento e di perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali: quali passi avanti alla luce dei recenti sviluppi?*, in A. MANTELERO-D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 495 ss.

<sup>67</sup> Il Gruppo di Lavoro “Articolo 29”, istituito – per l’appunto – dall’articolo 29 della dir. 95/46/CE, era l’organo consultivo indipendente dell’Unione europea in materia di protezione dei dati personali e della vita privata. Con l’entrata in vigore del reg. 679/2016/UE, datata 25 maggio 2018, è stato sostituito dal Comitato Europeo per la protezione dei dati (*European data protection board*), composto dai rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati.

<sup>68</sup> Adottate il 3 ottobre 2017 ed emendate il 6 febbraio 2018, le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679* sono rinvenibili al sito internet: *ec.europa.eu*. Per una critica al documento si veda M. VEALE-L. EDWARDS, *Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. XXXIV, f. 2, pp. 398-404, secondo i quali il Gruppo di lavoro “Articolo 29”, più che ad un’interpretazione istituzionale, avrebbe messo mano a un’opera creativa di legge non autorizzata.

<sup>69</sup> Cfr. *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 21 s., richiamate da G. DE GREGORIO-R. TORINO, *op. cit.*, p. 481 s. e da D. SANCHO, *op. cit.*, p. 149. Propendono per la fisionomia di divieto anche A. ALOISI-E. GRAMANO, *op. cit.*, p. 107 ed E. CARLONI, I

A ben vedere, la preclusione non opera però con riferimento a tutte le decisioni algoritmiche: secondo la lettera dell'art. 22 GDPR, infatti, ricadono nello spettro interdittivo solo le deliberazioni fondate «esclusivamente sul trattamento automatizzato» e che determinano particolari e incisivi risvolti per il *data subject*<sup>70</sup>.

L'analisi di entrambe le condizioni risulta essenziale per delimitare il perimetro di operatività della disposizione.

Sul primo versante, un'interpretazione letterale dell'art. 22 GDPR dovrebbe indurre a escludere dall'ambito di applicazione della norma tutti quei processi che vedono un qualunque (seppure minimo) coinvolgimento di un soggetto "in carne ed ossa"<sup>71</sup>. Tuttavia, un'impostazione esegetica strettamente fedele al dato testuale non permetterebbe di indagare l'effettività dell'intervento dell'operatore umano e la sua capacità di comprendere (facendola, quindi, propria) la risoluzione "computerizzata". D'altronde, come sottolineato dalla dottrina<sup>72</sup>, anche quando il sistema è programmato non per "decretare" ma per essere di ausilio al decisore fisico, spesso, per ragioni di affidamento nella correttezza logica della macchina, di fatto è come se la deliberazione fosse completamente demandata a quest'ultima<sup>73</sup>.

Ancora una volta, sono utili le suggestioni provenienti dal Gruppo di Lavoro "Articolo 29", il quale – avanzando una lettura, per così dire, relativa della locuzione «esclusivamente» – giunge a considerare ammessi, almeno in linea generale, solo quei processi risolutivi in cui la vigilanza antropica risulti, a seguito di una valutazione ancorata all'esperienza in atto, significativa e non, quindi, «un semplice gesto simbolico»<sup>74</sup>. In altre parole, sarebbero vietati *ex art. 22 GDPR* non solo tutti gli sviluppi deliberativi di esclusivo appannaggio del *software*, ma anche quelli in cui la chiamata in causa della persona appaia meramente "di facciata".

La ricorrenza di un processo decisionale automatizzato, secondo i contorni in precedenza delineati, non è in grado da sola di far azionare il divieto: è necessario, infatti, che la decisione determini altresì «effetti giuridici» che riguardano l'interessato oppure impatti «in modo analogo signi-

---

*principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 295.

<sup>70</sup> A. RICCI, *op. cit.*, p. 242.

<sup>71</sup> In questo senso v. D. SANCHO, *op. cit.*, p. 142.

<sup>72</sup> Il riferimento è a M. VEALE-L. EDWARDS, *op. cit.*, p. 400.

<sup>73</sup> Sul punto si veda M. BRKAN, *Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2019, vol. XXVII, f. 2, p. 101.

<sup>74</sup> Cfr. *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 23.

ficativamente sulla sua persona». Se nella prima espressione possono farsi rientrare, senza forzature interpretative, eventuali conseguenze sui diritti – siano essi stabiliti dalla legge oppure di origine contrattuale – o sullo *status* dell'interessato<sup>75</sup>, maggiori difficoltà di traduzione, invece, sono poste dall'altra ipotesi contemplata dalla norma europea, dal momento che una medesima deliberazione “informatica” potrebbe determinare contraccolpi di differente rilievo a seconda del *data subject* coinvolto<sup>76</sup>. Urge pertanto, anche in questa circostanza, un'analisi casistica volta ad accertare se l'interessato possa patire ripercussioni tali da rendere inderogabile lo scudo stabilito dall'art. 22 GDPR; così, sarà opportuno valutare se la decisione sia in grado di incidere in maniera considerevole, oppure per un periodo prolungato, sul comportamento e sulle scelte di colui al quale si riferiscono i dati processati, o, ancora, se possa determinare risvolti discriminatori o selettivi<sup>77</sup>: solo a fronte di una di queste evenienze, infatti, la prescrizione in oggetto potrà dispiegare i propri effetti.

La disposizione in parola prevede, però, specifiche eccezioni in presenza delle quali le risoluzioni “computerizzate” – pur in presenza delle circostanze testé analizzate – possono trovare spazio applicativo<sup>78</sup>.

In particolare, ai sensi del par. 2, al sistema intelligente potranno essere demandate innanzitutto quelle determinazioni che siano preventivamente autorizzate dal diritto dell'Unione Europea o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento. Un provvedimento algoritmico potrà, inoltre, essere ammesso nei casi in cui risulti necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il *data controller* oppure là dove si basi sul consenso esplicito del primo; e, ciò, purché il titolare del trattamento assicuri, se richiesto, un suo intervento e a condizione che all'interessato venga riconosciuta la possibilità di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Pertanto, in determinate ipotesi le decisioni algoritmiche sono ammes-

---

<sup>75</sup> Cfr. *ibidem*, in cui si riportano come esempi le decisioni che comportano la cancellazione di un contratto, la negazione del diritto a prestazioni sociali stabilite dalla legge, oppure il rifiuto dell'ammissione in uno Stato o il diniego della cittadinanza.

<sup>76</sup> Come riconosciuto da M. BRKAN, *op. cit.*, p. 102.

<sup>77</sup> Queste sono le condivisibili conclusioni a cui giunge il Gruppo di Lavoro “Articolo 29” nelle *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 24.

<sup>78</sup> Sul tema interessanti sono le osservazioni maturate da E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 177 s., secondo la quale, proprio a causa delle deroghe stabilite dal secondo comma dell'art. 22 GDPR, l'argine protettivo stabilito nel primo comma «non pare essere sufficiente a garantire una sorta di *habeas corpus*, inteso come difesa della personalità digitale del soggetto sottoposto al procedimento automatico di decisione».

se. È persino ovvio affermare come in simili contesti deliberativi grande valore sia assunto dalle garanzie, *in primis* di carattere informativo, che devono essere riconosciute al *data subject*. Esso, infatti, deve essere messo al corrente dell'esistenza di un processo decisionale automatizzato, nonché dell'importanza e delle conseguenze del trattamento<sup>79</sup>.

Per converso, in capo al titolare del trattamento dovrebbe vigere un dovere di trasparenza<sup>80</sup>, atto a permettere all'interessato di conoscere i motivi che hanno condotto l'algoritmo a quella determinata decisione, la rilevanza del trattamento e le ripercussioni che l'attività di *processing* può avere sulla sua persona<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> La dottrina – muovendo dal Considerando n. 71 al reg. 2016/679/UE, che riconduce fra le garanzie che dovrebbero essere riconosciute all'interessato quella ad «ottenere una spiegazione della decisione conseguita» – si è, invero, divisa in merito all'esistenza di un diritto alla spiegazione, inteso come vero e proprio accesso alla dinamica consequenziale utilizzata dall'algoritmo. Per un'analisi delle ragioni che dovrebbero condurre all'affermazione o alla negazione della garanzia in esame si rinvia a G. MALGIERI-G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol. VII, f. 4, p. 243 ss. e a S. WACHTER-B. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol. VII, f. 2, p. 76 ss. Sul punto si vedano anche G. FINOCCHIARIO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, cit., p. 1675, secondo la quale «non esiste un pieno diritto alla spiegazione nell'art. 15 del Regolamento», e G. DE GREGORIO-R. TORINO, *op. cit.*, p. 484 che, al contrario, ritengono auspicabile la stabilizzazione di questa prerogativa, anche nella contigua forma del «diritto alla leggibilità». M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2022, f. 1, p. 88 afferma che il *right to explanation* ha ad oggetto non solo gli algoritmi di intelligenza artificiale ma anche le strutture di *data* impiegate per dare forma all'intera impalcatura decisionale. Ancora, AA.VV., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 2019, f. 3, p. 210 rinviengono nella declinazione del diritto alla spiegazione i primi segni di un processo di «positivizzazione di nuovi interessi», reso improcrastinabile dalla «esigenza di coniare un nuovo statuto della persona a fronte dell'erompere di poteri privati». Sempre sul tema si veda F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 693 ss., il quale se, da un lato, riconosce la validità di obblighi di informazione in merito anche alla logica utilizzata nella decisione automatizzata, dall'altro vede nell'ostensione dei codici sorgente una misura eccessivamente incidente sul diritto alla proprietà intellettuale.

<sup>80</sup> Al riguardo, v. M. TRAPANI, *GDPR e Intelligenza Artificiale: i primi passi tra governance, privacy, trasparenza e accountability*, in A. MANTELERO-D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, cit., p. 328 a parere del quale l'estensione della disciplina del GDPR ai sistemi intelligenti pone al centro dell'attenzione l'esigenza di trasparenza dei processi e una, nuovamente attuale, richiesta di responsabilizzazione dei vari attori in gioco.

<sup>81</sup> Cfr. *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 28 s., secondo cui sarebbe altresì opportuno, al preciso scopo di rendere le informazioni richieste dalla normativa intellegibili, che il titolare del trattamento fornisca all'interessato esempi concreti e plausibili del tipo di effetti suscettibili di realizzazione.

A queste attribuzioni di stampo conoscitivo, si affiancano poi – invero, nei soli casi in cui il processo decisionale, affidato completamente al *software*, trovi la propria *ratio* giustificatrice nel consenso dell’interessato ovvero nell’esecuzione di un contratto – i diritti dell’interessato di ottenere l’intervento del *data controller*, di esprimere la propria opinione e di contestare la risoluzione algoritmica (ex art. 22, par. 3, GDPR).

Dalla nozione di «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato», di cui all’art. 22 GDPR, deve tenersi distinto il diverso fenomeno della profilazione che, seppur richiamato dalla disposizione *de qua*, gode di una autonoma cornice definitoria. Difatti, l’art. 4, n. 4, GDPR riconduce l’istituto a «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»<sup>82</sup>.

Tre, dunque, sono gli elementi costitutivi della profilazione: deve trattarsi di una processazione automatizzata, deve riferirsi a dati personali e, infine, deve avere come scopo quello di valutare determinati attributi di un individuo umano<sup>83</sup>.

Da queste brevi indicazioni dovrebbe emergere come profilazione e processo decisionale algoritmico siano concetti differenti, di talché la prima viene a essere interessata dal divieto di cui all’art. 22 GDPR solo quando costituisce uno dei vari passaggi intrapresi dal sistema automatizzato per giungere alla propria deliberazione.

Al contrario, se alla profilazione non segue alcuna risoluzione (c.d. “profilazione generale”) oppure si accompagna una decisione da parte dell’operatore umano, ecco che questo tipo di trattamento non interamente “computerizzato” risulta escluso dal divieto di cui all’art. 22 GDPR e può, quindi, trovare legittima attuazione.

Tanto premesso, vi è adesso da chiedersi se possa essere riconosciuta un’autonomia decisionale ai sistemi di *digital criminal compliance* e se questi possano procedere altresì a trattamenti profilativi.

---

<sup>82</sup> A questo proposito, si veda V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, 2018, p. 1111 che attribuisce un rilievo di primo ordine alla definizione di profilazione. In tema si rimanda anche a C. DEL FEDERICO-A.R. POPOLI, *op. cit.*, p. 95 s., i quali evidenziano come – sebbene una regolamentazione fosse già prevista all’interno della già ricordata dir. 95/46/CE e del codice in materia di protezione dei dati personali – la descrizione offerta dal GDPR sia del tutto nuova.

<sup>83</sup> Cfr. F. COSTANTINI, *Profilazione e “automated decision making” in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019, p. 989.

Muovendo anzitutto dal secondo interrogativo, viene in considerazione il caso in cui la persona giuridica impieghi l'applicazione di *legal-tech* per valutare il possesso dei requisiti di professionalità<sup>84</sup> e indipendenza<sup>85</sup> da parte dei possibili componenti del costituendo organismo di vigilanza<sup>86</sup>. Orbene, come si è appena avuto modo di considerare, là dove non si inserisca in un'attività risolutiva della "macchina" la profilazione è ammessa. Sarà pertanto possibile per il soggetto meta-individuale impiegare il *software* intelligente per categorizzare i "papabili" membri dell'OdV in ragione della ricorrenza dei caratteri individuali anzi richiamati, per poi scegliere sulla base di questa classificazione le persone che ritiene più idonee allo svolgimento della funzione.

Più complicata è la questione attinente ai processi deliberativi totalmente automatizzati. In merito, si potrebbe proporre una distinzione fra le situazioni in cui simili fenomeni risulterebbero in concreto realizzabili, quelle in cui ragioni di convenienza indurrebbero a escludere l'opportunità di risoluzioni algoritmiche e, ancora, quelle in cui le decisioni del collaboratore digitale dovrebbero essere – anche alla luce dei principi generali che devono guidare la *corporate compliance* – vietate.

Rientrano nella prima casistica tanto le ipotesi di inserimento del *tool* intelligente nei protocolli quale valutatore di conformità delle operazioni avviate dai soggetti interni alla società, quanto i casi di svolgimento informatizzato della "scrematura" delle segnalazioni di condotte illecite ex art. 6, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 231/2001. In simili evenienze, infatti, si potrebbe immaginare di demandare allo strumento di *compliance* informatizzata sia i procedimenti di raccolta ed elaborazione dei dati, che le decisioni in merito alla legittimità delle azioni intraprese dagli operatori umani, nel primo caso, e alla fondatezza degli avvisi inoltrati dai *whistleblower*, nel secondo.

In tali occasioni, a ben guardare, la condizione legittimante il trattamento automatizzato potrebbe rinvenirsi nel consenso dell'interessato. L'idea, infatti, potrebbe essere quella di un'accettazione del *processing* algoritmico mediante una casella *online* da selezionare al momento della

<sup>84</sup> Da intendersi come il possesso delle più opportune competenze tecniche di matrice giuridica (più specificatamente penalistiche), consulenziale e ispettiva, necessarie all'esplicitamento dei propri compiti. Al riguardo si rimanda a P. VALENSISE, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giur. eco.*, 2009, p. 364 e a M. ZANCHETTI, *L'organismo di vigilanza*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, cit., p. 498.

<sup>85</sup> In forza di questo attributo, i membri dell'OdV «non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società»; così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.Lg. n. 231/2001)*. (Parte I), in *Cass. pen.*, 2013, p. 391.

<sup>86</sup> Lo ipotizzano A. VIANELLI-F. VALENTI, *op. cit.*, p. 101.

conclusione dell'attività oppure dell'inoltro della "notitia criminis".

Va da sè che, di fronte a siffatta intrusione tecnologica, al lavoratore andranno riconosciute le facoltà previste dall'art. 22, par. 3, GDPR. Egli, perciò, potrà, *in primis*, contestare la decisione del sistema di *digital criminal compliance* di bloccare l'operazione o di ritenere infondata la segnalazione; poi, potrà esprimere il proprio punto di vista e ottenere che l'agente umano – organo dirigenziale od OdV, a seconda dei casi – intervenga, sottoponendo a revisione la determinazione dello strumento di *legal-tech*.

Sulla carta potrebbe essere ammissibile perfino la "cernita" automatizzata delle candidature per il ruolo di componente dell'organismo di vigilanza, anche successiva a un procedimento di categorizzazione in forza delle caratteristiche personali di indipendenza e professionalità; in questa ipotesi, difatti, il processo decisionale verrebbe a essere giustificato dalle finalità contrattuali, *ex art. 22, par. 2, lett. a)*<sup>87</sup>. Una simile selezione, però, risulterebbe in concreto poco auspicabile, se non del tutto sconveniente: come noto, infatti, l'effettiva capacità dell'OdV di svolgere i propri compiti viene spesso assunta dalla giurisprudenza come parametro dirimente in punto di valutazione dell'idoneità del modello di organizzazione e gestione<sup>88</sup>. È bene, pertanto, che tutte le decisioni in merito alla nomina dei membri di questo organo siano lasciate all'uomo per non prestare facilmente il fianco a censure in punto di adeguatezza del modello.

Infine, vengono in esame in casi in cui non vi sarebbe alcuna opportunità deliberativa per l'algoritmo; il pensiero, in particolare, corre all'ipotesi di un processo decisionale automatizzato all'interno del sistema disciplinare predisposto dall'ente ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 231/2001; sarebbero soprattutto i principi – di stampo sia procedimentale che sostanziale – a cui deve essere informato il *corpus* sanzionatorio aziendale a impedire un simile fenomeno.

---

<sup>87</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, cit., p. 26, in cui si riconduce all'eccezione al divieto di decisione automatizzate di cui all'art. 22, par. 2, lett. a), GDPR proprio il caso di impiego dell'IA per fare una cernita ai fini di assunzione per un posto di lavoro vacante.

<sup>88</sup> In proposito v. M. ZANCHETTI, *L'organismo di vigilanza*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 498. In particolare, per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, si possono richiamare senza alcuna pretesa di esaustività: G.i.p. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003; G.i.p. Trib. Milano, ord. 9 novembre 2004; G.i.p. Trib. Napoli, ord. 26 giugno 2007; Corte di Ass. di App. Torino, sent. 28 febbraio 2013, n. 6; Corte di App. Firenze, sent. 16 dicembre 2019, n. 3733 in *www.rivista231.it*. Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità basti porre mente a Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 aprile 2014, n. 38343 in *Cass. pen.*, 2015, p. 426 ss. e Cass. pen, Sez. VI, sent. 11 novembre 2021, n. 23401, in *www.cortedicassazione.it*.

Ed invero, dall'angolo prospettico procedurale emergono perplessità in merito alla rispondenza di un'ipotetica sanzione "computerizzata" ai capisaldi della contestazione e del contraddittorio con l'interessato<sup>89</sup>: vale la pena notare, infatti, come l'eventuale intervento umano – trovando luogo solo dopo che l'infrazione fosse accertata dal *software* e che la sanzione fosse applicata – sarebbe del tutto intempestivo, in spregio delle garanzie difensive che devono essere riconosciute al lavoratore.

Rilevanti criticità emergono altresì sul lato sostanziale: lo strumento intelligente non sembra in grado di garantire l'esatta proporzionalità fra l'illecito o l'irregolarità contestata all'apicale o al sottoposto e la sanzione eventualmente applicata, né di motivare dettagliatamente e in maniera intellegibile la decisione<sup>90</sup>.

A tirar le somme, può affermarsi che, seppure non così estesi, sussistono spazi di manovra deliberativa che possono essere imputati al sistema di *digital criminal compliance*, soprattutto allorquando, per l'oggetto della deliberazione o per gli interessi in gioco, l'intervento umano potrebbe essere relegato ad un momento successivo o, perfino, eventuale.

## 5. Scongiurare l'inquisizione "intelligente"

L'art. 4 Statuto e l'art. 22 GDPR appaiono, in definitiva, argini ben solidi per incanalare lo «tsunami digitale»<sup>91</sup> rappresentato dagli strumenti di *compliance* "computerizzata" nell'ambito dei sistemi di controllo aziendale<sup>92</sup>. Le specifiche evenienze fissate dalla legge – solo in

<sup>89</sup> La dottrina ha evidenziato come il *corpus* sanzionatorio interno, previsto dal modello di organizzazione, dovrebbe essere informato ai principi di contestazione per iscritto dell'illecito e di contraddittorio con l'interessato, entrambi funzionali alla predisposizione di un'adeguata tesi difensiva. In questo senso, v. D. PIVA, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo "sconosciuto"*, *Resp. amm. soc ed enti*, 2013, f. 2, p. 94.

<sup>90</sup> Vale la pena sottolineare, infatti, come la sanzione applicata al "reo" per non essere ritenuta arbitraria e spropositata, e pertanto essere rispettata, debba essere dettagliatamente motivata e parametrata in base a specifici e conosciuti criteri, quali, a titolo esemplificativo, la gravità della condotta, l'unicità o meno della violazione, l'intensità del dolo o della colpa, il grado di prossimità alla perfezione del reato e la carica sociale rivestita dal trasgressore; in questo senso v. B. ASSUMMA-M. LEI, sub *Articolo 6*, in M. LEVIS-A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Torino, 2014, p. 172 e D. PIVA, *op. cit.*, p. 94.

<sup>91</sup> Le parole sono prese in prestito da B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sist. pen.*, 2020, f. 4, p. 82.

<sup>92</sup> In questo senso A. NISCO, *op. cit.*, p. 7 s.

presenza delle quali è possibile dar vita a ispezioni informatizzate e a processi decisionali automatizzati – e le garanzie che di fronte a queste ingerenze *high-tech* sono assicurate agli interessati, infatti, sono in grado di delineare in maniera puntuale e sistematica i confini entro i quali l'IA potrebbe muoversi.

Nondimeno, la legge da sola non è sufficiente. In simili contesti, la “variabile antropica” è elemento imprescindibile tanto – come visto – a valle del procedimento algoritmico, ossia all’atto di assicurare un intervento postumo dell’operatore umano, quanto a monte: al momento, cioè, di orientare il “faro indagatore” dell’applicazione di *compliance* digitalizzata.

Il rischio è, infatti, che strumenti di questo tipo si trasformino in veri e propri «algoritmi inquisitori»<sup>93</sup>, ovvero sistemi di predizione dell’illegalità non dell’impresa, ma del singolo, quasi alla stregua di strumenti di polizia predittiva del tipo *crime linking*<sup>94</sup>.

Detto altrimenti, i primi interpreti<sup>95</sup> hanno avanzato qualche timore in merito alla possibilità che l’intelligenza artificiale più che ricercare dove possa annidarsi l’illegalità e come questa possa farsi sostanza, si determini (o sia spinta) a scovare chi astrattamente potrebbe attuare condotte penalmente rilevanti: una prognosi di criminalità personale che poco si concilia con le finalità proprie della *compliance* e che, soprattutto, provocherebbe un insopportabile *vulnus* alla dignità umana, con possibili effetti discriminatori e risvolti inappropriati sul rapporto di lavoro<sup>96</sup>.

Spetterà, allora, all’operatore fisico – rifuggendo una «logica di (mero) sospetto» verso i lavoratori, che potrebbe «fondare l’impiego massivo di

<sup>93</sup> Così N. SELVAGGI, *Dimensione tecnologica e compliance penale: un’introduzione*, cit., p. 222.

<sup>94</sup> Con la locuzione *crime linking predictive policing* si intendono quei *software* che, fondandosi sulla ripetizione seriale di reati, focalizzano la propria attenzione su specifici soggetti – individuati o da identificare – per prevedere dove e quando questi commetteranno dei delitti. Questi sistemi si contrappongono a quelli di ricerca degli *hotspot*, il cui obiettivo è quello, invece, di rintracciare i luoghi in cui determinate condotte illecite possono essere compiute, a prescindere dalla loro riconduzione a particolari persone. Sulla distinzione fra le due tipologie di strumenti v. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2019, f. 10, pp. 10-14; M.R. MAGLIULO, *L’intelligenza artificiale nel processo penale: progresso o rischio per la tutela dei diritti costituzionali?*, in *Il Processo*, 2022, p. 570; D. POLIDORO, *Tecnologie informatiche e procedimento penale: la giustizia penale “messa alla prova” dall’intelligenza artificiale*, in *Arch. pen. (web)*, 2020, f. 3, spec. pp. 5-12; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, p. 39 s.

<sup>95</sup> Si veda C. BURCHARD, *op. cit.*, p. 748; G. MORGANTE-G. FIORINELLI, *op. cit.*, p. 31 s. e A. NISCO, *op. cit.*, p. 7.

<sup>96</sup> In proposito v. C. BURCHARD, *op. cit.*, p. 751.

strumenti anche drasticamente incidenti sui [loro] diritti»<sup>97</sup> – evitare questa “eterogenesi dei fini” e indirizzare, per il tramite degli *input* offerti, l’attenzione computazionale del sistema verso le cause, per così dire, obiettive del rischio-reato e non nei confronti di quelle subiettive.

---

<sup>97</sup> Per queste espressioni, seppur utilizzate in un contesto differente, si veda B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, cit., p. 15.

PASQUALINO ALBI<sup>1</sup>

## IL LAVORO AGILE DOPO IL PROTOCOLLO DEL 7 DICEMBRE 2021

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Oltre l'emergenza. – 3. La centralità della contrattazione collettiva. – 4. La circolarità virtuosa fra legge e contrattazione collettiva.

### 1. *Premessa*

Il 7 dicembre del 2021 il Ministro del Lavoro e 26 organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori hanno sottoscritto un Protocollo per disciplinare il lavoro agile nel settore privato.

Il Protocollo è stato il frutto di una lunga e paziente negoziazione che il Ministro del Lavoro ha portato avanti con tutte le parti sociali nonché del contributo della Commissione di studio che lo stesso Ministro ha istituito sul tema<sup>2</sup>.

Con il suddetto Protocollo sono state concordate alcune linee di indirizzo volte a definire un quadro di riferimento per la contrattazione collettiva, nazionale, aziendale e territoriale, ritenuta fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione in modalità agile.

Il Protocollo ha contribuito a disciplinare alcuni profili connessi alle speciali modalità di esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile ed ha al tempo stesso aperto una finestra verso la funzione regolativa dell'autonomia collettiva sul lavoro agile che negli ultimi tre anni ha registrato una significativa intensificazione.

L'individuazione delle regole che ispirano un progetto riformatore ha il

---

<sup>1</sup> L'autore è stato Presidente della Commissione di Studi sul lavoro agile istituita con decreto del Ministro del Lavoro, On. Andrea Orlando (D.M. n. 87/2021) ed è attualmente Coordinatore dell'Osservatorio Nazionale sul lavoro agile istituito presso lo stesso Ministero (D.M. n. 57/2022).

<sup>2</sup> La Relazione finale della Commissione di Studio sul lavoro agile può leggersi al link <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Relazione-finale-Gruppo-di-Studio-Lavoro-agile-e-Protocollo.pdf>.

suo epicentro nel confronto con i protagonisti e con i rappresentanti degli interessi – interessi che sono diversi e anche contrapposti – che quelle regole vivono nella quotidianità dei rapporti: senza questo presupposto la formazione di nuove regole è destinata a produrre difetti ed incoerenze, difficoltà applicative e contrasti.

Non a caso il dialogo sociale è uno dei pilastri del diritto sociale europeo e, anche da questo punto di vista, l'esercizio messo in campo con il lavoro agile va nella giusta direzione e si colloca in una visione aperta delle relazioni sindacali.

Il lavoro agile è fra i simboli delle trasformazioni in atto, è una delle espressioni più evidenti della dura lezione pandemica e degli interrogativi difficili della modernità rispetto ai quali, con molta umiltà, bisogna individuare alcune prime risposte, dettate dalla prudenza che occorre avere davanti ad un fenomeno che al momento conosciamo solo in parte.

Sappiamo che il lavoro agile del prossimo futuro non potrà essere quello domiciliare e segregante conosciuto durante la pandemia. Sappiamo ancora che molto difficilmente si tornerà alla situazione pre-pandemica e dunque la diffusione del lavoro agile sarà decisamente più intensa rispetto al passato.

Dobbiamo dunque attrezzarci a gestire la possibile transizione di una parte significativa del mondo del lavoro verso forme stabili di lavoro agile e dobbiamo essere consapevoli che questo può avere effetti benefici sulle condizioni di vita di milioni di persone e può anche comportare un netto miglioramento delle condizioni ambientali, con la riduzione delle emissioni inquinanti come effetto della riduzione del traffico delle auto.

Il lavoro agile può dunque essere un punto qualificante della transizione ecologica.

D'altra parte il lavoro agile è al centro delle grandi trasformazioni del mercato del lavoro<sup>3</sup>.

Non si possono ovviamente trascurare le insidie che questa modalità di lavorare porta con sé. In particolare il rischio dell'iper-connesione del lavoratore, che va contrastato efficacemente come già la legislazione italiana tenta di fare, trovando supporto nel Protocollo che può dare una dimensione di concretezza per fronteggiare gli abusi e le deviazioni dal modello<sup>4</sup>.

Un'altra insidia da non sottovalutare si annida nell'idea che il lavoro agile possa essere il terreno sul quale coltivare discriminazioni di genere, addossando sulla donna il carico del lavoro da casa: sarebbe una beffa se

---

<sup>3</sup> V. per una recente ed approfondita riflessione, M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

<sup>4</sup> I rischi che si annidano nel lavoro agile possono assumere varie connotazioni, come dimostra A.R. TINTI, *Travestimenti: potere e libertà nel lavoro agile*, in *Lav. dir.*, 2022, f. 1, p. 147 ss.

la modernità del lavoro agile si traducesse in un ritorno al passato, in una vera e propria regressione sociale.

## 2. Oltre l'emergenza

Abbiamo già sperimentato nella fase iniziale della pandemia l'importanza di uno strumento che ha salvaguardato la vita e la salute di milioni di lavoratori e, al tempo stesso, consentito la prosecuzione di molte attività economiche<sup>5</sup>.

Tuttavia abbiamo anche dovuto fare i conti con lo snaturamento del lavoro agile, snaturamento imposto dalle ragioni tragiche dell'emergenza.

Bisogna peraltro considerare che, al di là dell'emergenza, il lavoro agile può prestarsi a tendenze ben diverse fra loro.

Da un lato, il lavoro agile può esprimere un modello organizzativo che garantisce un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori e, al tempo stesso, una straordinaria flessibilità gestionale per il datore di lavoro.

Dall'altro, non si possono sottovalutare utilizzazioni distorte del lavoro agile, nelle quali si mette in pratica una sorta di isolamento domiciliare dei lavoratori, che rende molto difficile la distinzione tra vita e lavoro e finisce per deteriorare il tratto umano e relazionale del rapporto di lavoro.

Le due tendenze, tra loro contrapposte, non sono affatto da banalizzare: la prima esprime un dover essere che è in ragionevole misura auspicabile e la seconda è purtroppo il lato peggiore di una degenerazione sempre possibile.

In questo quadro non si può neppure trascurare la circostanza che il lavoro agile non riguarda affatto l'intero mercato del lavoro perché una parte, decisamente importante, di questo, composta prevalentemente (ma non solo) da lavoratori con bassi profili professionali, ne è esclusa.

Non va dunque trascurato il rischio che il mercato del lavoro possa subire un ulteriore effetto di segmentazione ed essere sottoposto ad un nuovo dualismo, con elementi di disegualianza e di disparità rispetto ai quali i giuristi del lavoro non possono rimanere insensibili.

Poste queste premesse occorre ricordare che l'unilateralità del lavoro agile ha rappresentato una deviazione importante dal modello legislativo ordinario, una deviazione possibile solo nel contesto emergenziale.

Peraltro l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile anche nella stagione pandemica.

---

<sup>5</sup> Mi permetto di rinviare a P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, f. 4, p. 14 ss.

### 3. *La centralità della contrattazione collettiva*

Nella regolazione del lavoro agile è da ritenersi fondamentale il ruolo della contrattazione collettiva.

La contrattazione collettiva è fonte di regolazione privilegiata di disciplina del lavoro agile.

Occorre rimarcare che nella legge vigente non vi è alcun rinvio esplicito alla contrattazione collettiva, fatto salvo il richiamo all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 contenuto nell'art. 20, comma 1, legge n. 81/2017, con riferimento al trattamento economico e normativo da garantire ai lavoratori che svolgono la prestazione in modalità agile.

La prospettiva di un ricorso al lavoro agile ben più intenso rispetto al passato impone di considerare la funzione regolativa svolta dalla contrattazione collettiva, anche alla luce della circostanza che i contratti mostrano una propensione a prevedere elementi di criticità non ancora rilevati dalla legge ed hanno dimostrato una buona capacità di bilanciare gli interessi in gioco<sup>6</sup>.

Pertanto è opportuno valorizzare con maggiore intensità la fonte regolativa contrattuale devolvendole la funzione normativa primaria proprio nelle materie su cui essa, a oggi, si è maggiormente esercitata.

Si tratta di prendere atto che l'attività della contrattazione collettiva si è incentrata sulla determinazione dei vincoli temporali della prestazione di lavoro, seppur con margini di flessibilità, oppure con riferimento ai profili della sicurezza collegati al luogo di lavoro estraneo all'azienda.

L'esperienza contrattuale collettiva andrebbe valorizzata assegnandole quelle funzioni normative che essa ha già esercitato (quindi confermando quanto ha già fatto) e incentivando il sistema di relazioni industriali a cimentarsi con maggiore ampiezza nella regolamentazione del lavoro agile.

Ovviamente, condizione necessaria è che il rinvio alla contrattazione collettiva sia qualificato attraverso la selezione degli agenti negoziali. Si tratta di una tecnica normativa ormai largamente utilizzata dal legislatore e che – in attesa di una legislazione sulla misurazione della rappresentatività delle parti sociali – si affida al modello descritto dal già citato art. 51 d.lgs. n. 81/2015.

---

<sup>6</sup> Per una analisi che guarda anche al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, v. L. ZOPPOLI, *Lavoro agile, persone ed amministrazioni: la sfida post-pandemia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, f. 1, p. 199 ss.

#### 4. *La circolarità virtuosa fra legge e contrattazione collettiva*

La legge apprende dall'autonomia collettiva, si nutre dell'esperienza che sul campo le parti sociali mettono in pratica per poi realizzare una sistematizzazione di quei risultati.

Mai come in questo caso l'impostazione sopra ricordata, che appartiene al patrimonio della riflessione giuslavoristica, si rivela utile, quasi una tappa obbligata.

Un intervento della legge che metta mano ad una riforma del lavoro agile presuppone che si possa apprezzare come l'autonomia collettiva si atteggerà nella regolazione di questo tema.

Per questa ragione è virtuoso attendere gli sviluppi che, anche alla luce del Protocollo, si concretizzeranno nella regolazione autonoma del lavoro agile, anche alla luce dei risultati che l'Osservatorio Nazionale sul lavoro agile sta monitorando.

Il Protocollo sul lavoro agile, a ben vedere, rappresenta solo il punto di inizio di un dialogo sociale che dovrà proseguire e di un monitoraggio che dovrà portare alla luce gli elementi di novità e le criticità che andranno emergendo nell'applicazione.

Può ben dirsi che la circolarità virtuosa innescata dal Protocollo sta certamente producendo i suoi primi frutti.

Anzitutto, nei rinnovi dei CCNL successivi al Protocollo, viene generalmente dedicato un grande spazio al lavoro agile che finisce per incidere su profili importanti della disciplina del rapporto individuale e dell'esercizio dei diritti sindacali nel luogo di lavoro e per connettersi con il tema delle innovazioni tecnologiche indotte dalla trasformazione digitale in atto.

Si pensi, per fare qualche esempio, al rinnovo del CCNL Chimico-Farmaceutici del 2022 (Parte V, *Linee Guida Trasformazione Digitale*) nel quale si afferma che si dovranno promuovere “marginii di autoorganizzazione”, “modalità flessibili di luoghi e orari di lavoro”, “prestazione orientata al risultato” e “profili professionali con competenze trasversali necessari per la digitalizzazione” nonché il “potenziamento dei profili sociali-interpersonali”.

Non a caso nel citato CCNL le direttrici di cambiamento sono: l'automazione industriale, la generazione di *big data*, il lavoro da remoto.

I soggetti stipulanti ritengono fondamentale il coinvolgimento e la partecipazione delle parti sociali sui processi di innovazione e sui loro aspetti organizzativi e gestionali perché hanno la chiara consapevolezza dell'impatto della trasformazione digitale sulle relazioni industriali.

In questo quadro diventa molto importante quella linea diretta a favorire l'utilizzo di strumenti digitali nelle relazioni industriali (riunioni, assemblee,

elezioni r.s.u.), tenendo ferma l'esigenza fondamentale dei rapporti in presenza che deve essere salvaguardata.

Non sfugge alle parti che il lavoro agile ha importanti implicazioni sulla sicurezza sul lavoro e dunque si soffermano su questo profilo prendendo in considerazione le modalità di svolgimento del lavoro da remoto e la qualità ed il benessere del lavoratore agile.

Importanti sono le innovazioni che si colgono sul tema del lavoro agile anche in molti altri CCNL come quello del Settore Elettrico, del Settore Gas-Acqua che procedono lungo una linea di profonda interazione con il Protocollo.

Grandi sono le innovazioni che emergono anche dagli accordi aziendali. Si prenda, ad esempio, l'accordo sindacale TIM del 22 novembre 2022 che dedica una disciplina particolare al tema della disconnessione e alla programmazione del lavoro agile.

L'accordo in questione introduce un modello avanzato che distingue fra lavoro agile giornaliero e lavoro agile settimanale.

Questo modello richiede di pianificare e prenotare contestualmente sulla piattaforma dedicata sia le giornate di lavoro previste in sede sia quelle in lavoro agile per ogni settimana di lavoro.

Ancora si consideri l'accordo aziendale Agos-Ducato del 30 giugno 2022 nel quale si prevede una flessibilità su base mensile che consente fino a un massimo del 50% dei giorni lavorativi del mese in remoto, una presenza fisica minima necessaria di 1 giorno a settimana e nessuna limitazione sulla scelta dei giorni settimanali di lavoro agile.

Le giornate in presenza fisica/remoto sono pianificate e concordate con il *manager* e vi è flessibilità del luogo di lavoro con possibilità di lavorare anche in luoghi diversi dal domicilio o dalla residenza purché vengano rispettati i vincoli di sicurezza aziendale, di *privacy* e i divieti di divulgazione di informazioni.

Un ultimo esempio riguarda l'accordo sindacale del Gruppo Generali del 2 novembre 2022 che prevede il ricorso al lavoro agile anche per fronteggiare i costi della crisi energetica, a riprova delle molteplici utilizzazioni cui si presta il lavoro agile nelle dinamiche della contrattazione collettiva.

Il quadro descritto segna un percorso ancora tutto da costruire, che si connette alle grandi trasformazioni che sono in atto nel mercato del lavoro e rispetto alle quali è davvero importante che il confronto fra pubblici poteri e parti sociali possa proseguire.

ALESSANDRO LENCI, GIOVANNA MAROTTA, PAOLO FERRAGINA,  
LUCIA PASSARO, LEONARDO CALAMITA, PIERO COSSU, CHIARA DE NIGRIS,  
ERIKA PISTOLESI, MATTIA PROIETTI, GIACOMO VAIANI

## ANALISI LINGUISTICHE E COMPUTAZIONALI SU UN CORPUS DI SENTENZE DI AMBITO CIVILE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Metodi e tecniche di analisi linguistico-computazionale. – 3. Criticità relative all'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici. – 4. Strumenti per l'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici. – 5. L'indicizzazione di documenti: un nuovo motore di ricerca. – 6. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

L'utilizzo di tecniche linguistico-computazionali nel dominio legale ha un'importanza strategica poiché può supportare gli addetti ai lavori – giudici, personale degli uffici giudiziari, avvocati – nella gestione dell'enorme mole di dati testuali ormai disponibili in forma digitale. Grazie alle tecniche di analisi del linguaggio naturale (*Natural Language Processing*), è possibile estrarre informazioni importanti dai documenti giuridici e dalle sentenze, rendendo il lavoro di analisi e consultazione degli stessi più efficiente ed efficace.

L'uso delle tecnologie dell'informazione consente una maggiore automazione dei processi legali fornendo strumenti per la ricerca, la navigazione e l'interpretazione dei dati disponibili. Allo stesso tempo, queste tecniche possono aiutare a velocizzare l'*iter* burocratico, a ridurre i costi legali e a migliorare la comprensione di casi complessi. Infatti, gli algoritmi e le tecniche di Intelligenza Artificiale (IA) possono assistere gli avvocati, i giudici, i funzionari dei tribunali e/o della pubblica amministrazione nella ricerca di giurisprudenza precedente, nella valutazione dei rischi e, almeno in parte, nella previsione degli esiti delle cause legali. Obiettivo fondamentale è fornire un miglioramento sostanziale del funzionamento della giustizia in Italia, consentendo anche un più semplice accesso alla giustizia da parte dei cittadini.

In questo lavoro ci si propone di valutare l'uso di tecniche di analisi

linguistico-computazionali per l'estrazione automatica di informazioni da un *corpus* di testi giuridici, nello specifico una raccolta di sentenze di ambito civile, e loro indicizzazione tramite un motore di ricerca<sup>1</sup>. La ricerca è stata condotta nell'ambito del Progetto PRA "Servizi pubblici e piattaforme digitali. Categorie giuridiche, processi, garanzie" (PRA\_2020\_73, anno 2021-22) coordinato dal Dipartimento di Giurisprudenza in collaborazione con il Dipartimento di Filologia, Letteratura e Linguistica. L'obiettivo futuro, che fa parte delle ricerche in corso di svolgimento nel Progetto Giustizia Agile svolto in collaborazione con il Dipartimento di Informatica, consiste nel progettare e realizzare un "pre-totipo"<sup>2</sup> di motore di ricerca per sentenze nel quale l'indicizzazione viene condotta in modo automatico grazie a strumenti di *Natural Language Processing* e *Machine Learning*. Nel dettaglio, l'impiego di sofisticate tecniche di linguistica computazionale è orientato:

- alla compilazione semi-automatica di schede descrittive delle sentenze (la cui struttura è stata definita con il supporto degli UPP summenzionati);
- al raffinamento delle funzioni di ricerca e restituzione dei risultati da parte del motore di ricerca;
- al potenziamento della fruizione dei risultati della ricerca mediante lo sviluppo di un'interfaccia che supporti l'utente sia nella formulazione di interrogazioni più efficaci che nella visualizzazione ed esplorazione dei risultati così ottenuti.

Lo studio preliminare realizzato nell'ambito del Progetto PRA ha analizzato le risorse software disponibili per l'analisi linguistica e semantica di testi del dominio giuridico, con un *focus* su diversi strumenti di *Natural Language Processing*: *Term Extraction*, *Named Entity Recognition* (NER) ed *Entity Linking*<sup>3</sup>. La messa a punto di tecniche mirate all'analisi dei testi giuridici pone alcune criticità legate da un lato alla particolare natura del dominio linguistico di riferimento, e dall'altro alla carenza di risorse computazionali specifiche. Per questa ragione abbiamo ritenuto di primaria importanza realizzare preliminarmente uno studio sullo stato dell'arte

<sup>1</sup> L'indicizzazione è l'operazione di catalogazione di un documento all'interno di un motore di ricerca che determina la sua inserzione all'interno dell'indice del *database*.

<sup>2</sup> Un "pre-totipo" è lo stato iniziale dello sviluppo di un'applicazione o prodotto, equivalente a un "*proof-of-concept*" finalizzato a dimostrare, in scala ridotta, la fattibilità ed efficacia di una particolare soluzione tecnologica.

<sup>3</sup> D. JURAFSKY-J.H. MARTIN, *Speech and Language Processing: An introduction to speech recognition, computational linguistics and natural language processing*, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ, 2008.

delle risorse linguistiche disponibili per lo specifico dominio giuridico, risorse che risultassero funzionali all'implementazione di sistemi di *information extraction* calibrati sui testi delle sentenze. Nel corso del nostro lavoro si prevede di sperimentare strumenti e metodologie per l'analisi linguistico-computazionale dei testi, finalizzata all'estrazione di informazione di diverso livello. Tra le sfide principali evidenziamo, ad esempio, quella di addestrare un sistema di *Named Entity Recognition* (*infra*, par. 2) per l'identificazione di entità nominate all'interno dei testi a partire da *dataset* pre-esistenti o l'implementazione di un sistema di *Text Classification* (*infra*, par. 2) per identificare automaticamente l'argomento principale di una sentenza.

## 2. *Metodi e tecniche di analisi linguistico-computazionale*

L'analisi linguistica dei testi condotta con modalità computazionali si caratterizza come un'operazione complessa, portata a termine tramite l'impiego di una collezione di differenti tecniche e metodologie utilizzate in maniera sinergica. Tecniche di questo tipo sono proprie di campi di ricerca come la linguistica computazionale e di settori con vocazione più applicativa come il *Natural Language Processing* (NLP). Entrambe le discipline si basano sullo studio dell'interazione tra i computer e il linguaggio umano, e si pongono come obiettivo la progettazione e lo studio di sistemi *software* in grado di analizzare ed elaborare il linguaggio naturale.

In questi ambiti, è centrale la relazione tra lo studio teorico della lingua e la definizione di algoritmi che la rendano compatibile con i moderni strumenti digitali, e comprendendo tutti i livelli di analisi linguistica, dal riconoscimento formale delle unità del linguaggio (parole, sintagmi, ecc.), con parallela analisi semantica. Gli sviluppi recenti hanno portato all'implementazione di metodologie di analisi testuale sempre più sofisticate che prendono in considerazione il linguaggio nella sua totalità, raggiungendo livelli di analisi linguistica paragonabili, in certi casi almeno, a quella di esperti umani.

Da un punto di vista tecnico, le analisi linguistico-computazionali vengono condotte mettendo in piedi una serie di operazioni sequenziali, alle quali ci si riferisce, nell'insieme, come *pipeline*. In una *pipeline* di analisi linguistica (o di NLP), pertanto, ogni passo è tipicamente funzionale e propedeutico al successivo. In altre parole, l'*output* di un passo viene utilizzato come *input* a quello seguente. Benché tali sequenze vengano adattate e modificate appositamente in base agli specifici scopi dei singoli casi d'uso, si possono rintracciare un insieme di passi essenziali per effettuare l'analisi

linguistica di un testo. Tipicamente, una *pipeline* inizia con la specifica di un file di testo in *input*, che viene elaborato per essere annotato linguisticamente a vari livelli. Le fasi principali dell'analisi linguistica di più alto livello sono le seguenti:

- *tokenizzazione*: questa fase è essenziale per qualsivoglia progetto di analisi computazionale del linguaggio, e consiste nella suddivisione del testo, considerato preliminarmente dalla macchina come una sequenza continua di *byte*, in unità minime analizzabili, definite *token*. L'operazione di *tokenizzazione* viene effettuata tenendo conto di considerazioni linguistiche teoriche, ma anche tecniche: se da un lato si tende ad individuare elementi analizzabili che corrispondano alla nozione di parola, dall'altro si sono sviluppate tecniche alternative che possono prevedere la suddivisione in unità corrispondenti a porzioni di parola, sequenze di caratteri o gruppi di parole, a seconda degli obiettivi specifici. Oltre alla *tokenizzazione* eseguita a livello lessicale e/o sublessicale, spesso se ne effettua anche una a un livello più ampio, per individuare unità corrispondenti alle frasi (*sentence splitting*).
- analisi delle parti del discorso, vale a dire *Part Of Speech Tagging* (POS): consiste nell'assegnare a ciascun *token*, precedentemente individuato, una classe che ne definisca la categoria morfosintattica, quale ad esempio: "nome", "aggettivo", "verbo" o parola funzionale.
- analisi sintattica: questa fase, che beneficia delle operazioni precedenti, consiste nell'individuare le componenti sintattiche di una porzione testuale, generalmente coincidente con la frase e le relazioni che tra esse intercorrono; dipendente in larga misura dalla *tokenizzazione* a livello di frase e al POS, corrisponde all'analisi sintattica tradizionale che permette di individuare elementi quali ad esempio soggetto, oggetto e altri complementi.

A queste fasi possono seguirne altre che utilizzano i metadati precedenti per arrivare ad estrarre informazioni di livello più raffinato. In questo caso, si parlerà di analisi semantica vera e propria, finalizzata ad identificare aspetti del significato di alcune porzioni di testo.

I sistemi per l'estrazione di informazione tramite NLP possono essere implementati in diversi modi, con diversi livelli di complessità e specificità. Sono comprese quindi sia l'implementazione di sistemi basati su regole, ad esempio attraverso l'impiego di espressioni regolari<sup>4</sup>, che l'implementazione di modelli più potenti che fanno uso di tecniche di *Machine Learning* (ML)<sup>5</sup>, che permettono al computer di estrarre informazioni rilevanti dai

<sup>4</sup> Un'espressione regolare è una sequenza di simboli per la manipolazione di stringhe secondo un criterio logico.

<sup>5</sup> Le tecniche di *machine learning* (ML) trovano ampio spazio di applicazione nel NLP,

dati, identificando automaticamente *pattern* ricorrenti presenti nel linguaggio naturale.

Tra i *task* di più alto livello, particolarmente rilevanti ai fini del presente lavoro troviamo:

*Named Entity Recognition*, eseguito a livello intratestuale, che consiste nell'individuazione automatica delle c.d. "entità nominate";

*Text Classification*, svolto a livello intertestuale e consistente nell'associare un documento a una classe prestabilita.

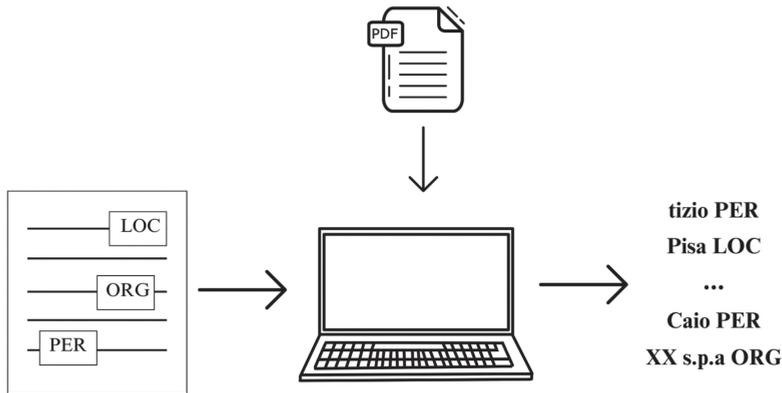


Figura 1. Esempio del processo di addestramento di un sistema *Named Entity Recognition*.

Il compito di *Named Entity Recognition* (NER), consiste nell'individuare automaticamente entità nominate all'interno del testo quali, ad esempio, nomi propri di persona, unità geopolitiche od organizzazioni. Per individuare le *named entity*, vengono tipicamente usate tecniche di *machine learning* supervisionato, condotte tramite l'addestramento di un modello su un insieme di dati già etichettati, contenenti specificatamente frasi con entità nominate, in modo che il sistema/modello sia in grado di riconoscere automaticamente le entità presenti in nuovi testi passati in *input* ad esso. Pertanto, per poter "addestrare" un tale modello è necessario disporre di un *corpus* di dati annotati manualmente dal quale esso possa imparare la struttura delle entità nominate, per poi operare generalizzazioni su nuovi dati. Solitamente, le entità nominate sono quelle che indicano persone

---

in particolare nella sua variante di ML supervisionato. In questo *framework* la macchina impara a riconoscere dei *pattern* significativi a partire da un insieme di dati preventivamente etichettati da annotatori umani. In questo modo è possibile somministrare ad un algoritmo una serie di esempi prodotti dalla conoscenza umana a partire dai quali le tecniche di ML possono operare inferenze su nuovi testi mai visti prima e non etichettati. D. JURAFSKY-J.H. MARTIN, *op. cit.*

(PER), luoghi (LOC), organizzazioni (ORG) e/o entità geopolitiche (GPE), alle quali si aggiunge spesso una classe mista residuale (MISC). Questa categorizzazione, pur essendo valida nell'analisi di testi di carattere generale, risulta limitata e inadeguata quando si affrontano analisi su testi di domini specifici che richiedono l'identificazione di categorie *ad hoc*. Per questi motivi, in questi casi vengono tipicamente aggiunte classi di interesse, costruendo preliminarmente *corpora* specifici e adattando i modelli all'addestramento su questi ultimi (*infra*, par. 5). La figura sottostante rappresenta il processo di addestramento di un sistema di *Named Entity Recognition*. Per l'addestramento, il sistema ha bisogno di testi all'interno dei quali le parole corrispondenti alle entità rilevanti sono marcate esplicitamente. Per esempio, la parola "Pisa" è marcata come LOC e le parole "Comune di Pisa" sono marcate come GPE.

Particolarmente rilevante è anche il *task* di classificazione di testi (*Text classification*), la cui finalità è quella di associare a un testo una o più etichette predefinite, e descrittive del suo contenuto. Così come per i sistemi di NER, i classificatori testuali vengono tipicamente addestrati in maniera supervisionata su testi precedentemente etichettati da annotatori umani. Gli algoritmi apprendono i *pattern* lessicali e strutturali presenti in essi e associati alle varie classi, per poi utilizzarli per classificare automaticamente nuovi testi. La figura sottostante rappresenta il processo di addestramento di un sistema di classificazione per testi. In questo caso, per l'addestramento occorrono dei documenti associati esplicitamente a delle classi. Per esempio, un documento potrebbe essere associato alle classi "Famiglia" o "Tutela del credito".

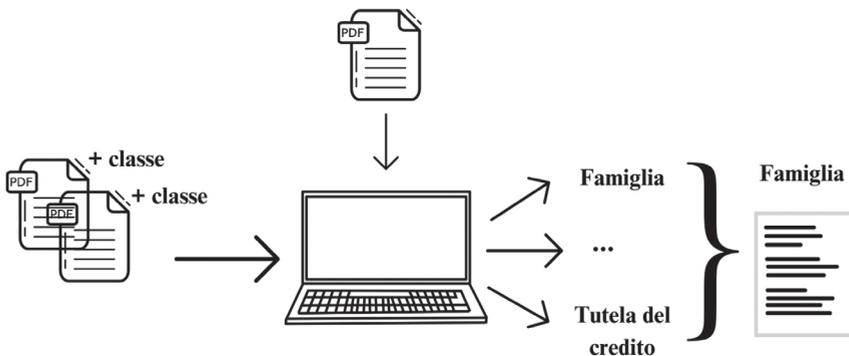


Figura 2. Esempio del processo di addestramento per un sistema di classificazione.

Tra le risorse di NLP attualmente esistenti, i modelli neurali basati sull'architettura *transformer* rappresentano lo stato dell'arte per la realizzazione di strumenti orientati al trattamento automatico dei testi. I diversi tipi di proposte che sviluppano i cosiddetti *Large Language Models* (LLM)

(es. modelli *GPT*<sup>6</sup>, *BERT*<sup>7</sup>, *T5*<sup>8</sup>, ecc.) si basano su uno stesso principio basilare che riguarda fundamentalmente le modalità con cui questi modelli acquisiscono la necessaria “conoscenza linguistica” da utilizzare nella loro applicazione. Questi modelli condividono infatti un paradigma di base nella modalità di addestramento che, seppur svolta con tecniche e obiettivi differenti tra i vari *framework*, viene sempre effettuata su una grandissima quantità di dati testuali in maniera non supervisionata, quindi non etichettata o annotata da esseri umani, in una fase che si definisce di *pre-training*. In questo modo i LLM acquisiscono una sorta di rappresentazione generale della struttura del linguaggio a partire dai testi che hanno ricevuto in *input* durante la fase di addestramento. Questa “conoscenza linguistica” di base viene poi solitamente specializzata in compiti precisi (es. NER) in una fase definita di *fine-tuning* del modello, che avviene attraverso tecniche di apprendimento supervisionato, con il ricorso a *corpora* annotati da esseri umani secondo le specifiche necessità.

I dati testuali su cui questi modelli vengono addestrati sono tendenzialmente rappresentativi di un tipo di linguaggio di dominio generale, spesso estratti direttamente da *corpora* linguistici creati a partire dal *web*. Di conseguenza, la rappresentazione linguistica che tali modelli riescono ad apprendere è il riflesso diretto di una tipologia di dati testuali non specifici di particolari domini. Ciò comporta generalmente una forte riduzione delle *performance* che si ottengono applicando questi modelli ad un dominio linguistico tecnico, quale è quello giuridico, connotato da una forte componente specialistica tanto a livello terminologico quanto strutturale.

Ciò detto, sviluppi recenti nel mondo dei LLM hanno in realtà portato a notevoli capacità adattive di modelli come *ChatGPT*<sup>9</sup> anche per *task* molto specifici, non osservati dal modello durante la fase di *training* (*zero-shot learning*). Per arrivare a questi risultati però, i modelli in questione hanno bisogno ancora di quantità di dati e potenza di calcolo estremamente elevate e di difficile disponibilità.

---

<sup>6</sup> A. RADFORD-K. NARASIMHAN-T. SALIMANS-I.SUTSKEVER, *Improving Language Understanding by Generative Pre-training*, in *arXiv*, 2018.

<sup>7</sup> J. DEVLIN-M.W. CHANG-K. LEE-K. TOUTANOVA, *BERT: Pre-training of Deep Bidirectional Transformers for Language Understanding*, in *Proceedings of the 2019 Conference of the North American Chapter of the Association for Computational Linguistics: Human Language Technologies*, vol. I (Long and Short Papers), Association for Computational Linguistics, Minneapolis, 2018, pp. 4171-4186.

<sup>8</sup> C. RAFFEL-N. SHAZEER-A. ROBERTS-K. LEE-S. NARANG-M. MATENA-Y. ZHOU-W. LI-PJ. LIU, *Exploring the Limits of Transfer Learning with a Unified Text-to-Text Transformer*, in *Journal of Machine Learning Research*, 2020, f. 21(140), pp. 1-67.

<sup>9</sup> *ChatGPT* (<https://openai.com/blog/chatgpt#OpenAI>) è un modello basato sul LLM *GPT*, con il quale è possibile interagire in linguaggio naturale.

Diventa pertanto necessario rendere tali modelli capaci di creare una rappresentazione linguistica specifica del particolare tipo di linguaggio che è oggetto di studio. Ciò si realizza principalmente in fase di *pre-training*, esponendo il modello in questione a un *corpus* quanto più ampio possibile di documenti settoriali (ad esempio, nel caso del dominio giuridico si può trattare di codici, sentenze, testi di legge, ecc.) e successivamente, per la fase di *fine-tuning*, specializzando il modello a risolvere *task* specifici attraverso l'ausilio di *corpora* annotati con informazioni rilevanti per la tipologia di linguaggio di riferimento. Nel caso specifico del *task* legato all'estrazione di informazione da documenti giuridici, si possono definire entità rilevanti come leggi, riferimenti di giurisprudenza, ecc.

### 3. *Criticità relative all'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici*

L'analisi linguistica dei testi effettuata mediante metodologie computazionali è un'operazione complessa che solo negli ultimi anni ha raggiunto gradi di accuratezza soddisfacenti. Nonostante gli sviluppi recenti abbiano permesso di migliorare sensibilmente le capacità dei sistemi informatici di trattare in modo automatico il linguaggio naturale e di poter quindi estrarre informazioni rilevanti da dati di tipo non strutturato, come sono quelli testuali, molte sfide rimangono aperte quando si applicano queste metodologie per analizzare testi afferenti a domini specialistici e tecnici, che pongono problematiche peculiari relative al particolare registro che li caratterizza, poiché si distanziano dal linguaggio comune nelle strutture formali e nel lessico.

Gli strumenti computazionali di analisi linguistica sono tendenzialmente addestrati sulla base della varietà di lingua più comune e generalista, e pertanto risultano inadeguati nel trattamento di domini che richiedano una conoscenza linguistica specialistica. In particolare, il dominio giuridico si presenta come differente rispetto alla varietà *standard* per alcuni tratti particolarmente distintivi che si manifestano tanto nelle strutture sintattiche quanto nell'impiego di una terminologia specifica e altamente specializzata. Da un lato, infatti, i testi di natura giuridica sono caratterizzati da periodi che tendono ad essere più ampi, articolati e formali rispetto alla varietà *standard*, mentre dall'altro, il lessico prevede l'impiego di tecnicismi, formule predefinite, arcaismi, abbreviazioni e sigle (*infra*, par. 3).

Per queste ragioni, l'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici risulta un compito non banale. A queste problematiche di ordine generale,

intrinseche alla natura stessa del linguaggio giuridico, si aggiunge una scarsità di materiale attualmente disponibile sia in termini di risorse linguistiche sia in termini di strumenti computazionali specializzati a disposizione dello studioso che si accinga a lavorare su un *corpus* di documenti provenienti dall'ambito giuridico.

In questo lavoro si è cercato di ovviare, in parte, a queste limitazioni, costruendo un sistema automatico di estrazione dell'informazione messa a punto per il trattamento di documenti di carattere giuridico. Tale sistema si basa principalmente sull'adattamento di strumenti di *Natural Language Processing* e *Machine Learning* esistenti per l'analisi in lingua italiana di testi generalisti, e sullo sfruttamento di risorse linguistiche costruite per domini affini a quello giuridico (*infra*, par. 3).

Le analisi svolte secondo tali metodologie sono state finalizzate – nel progetto PRA prima, e poi più ampiamente nel progetto “Giustizia Agile” – per popolare in maniera automatica una banca dati indicizzata con un motore di ricerca specializzato al recupero efficiente ed efficace dei documenti di carattere giuridico, segnatamente sentenze civili (*infra*, par. 5), in essa contenuti.

#### 4. *Strumenti per l'analisi linguistico-computazionale dei testi giuridici*

Come già accennato, quest'area di ricerca soffre di una notevole penuria in termini di risorse e strumenti disponibili per condurre analisi computazionali sul materiale testuale prodotto dal dominio di riferimento. Pertanto, uno stadio preliminare del presente lavoro è consistito nell'identificare risorse linguistiche attinenti al dominio giuridico o a domini affini, e strumenti per l'estrazione di informazione per l'analisi linguistica e semantica dai testi delle sentenze (civili) in lingua italiana. Le risorse linguistiche di dominio costituiscono un punto di fondamentale importanza per addestrare algoritmi di *Machine Learning* (ML) al riconoscimento di specifici metadati rilevanti all'interno di un testo, quali, riferendosi al dominio giuridico, ad esempio, il riconoscimento dei soggetti coinvolti nella sentenza (persone, aziende), di leggi o di argomenti trattati nella stessa, ecc.

In primo luogo è stato condotto uno studio esplorativo sull'esistenza di *corpora* annotati inerenti alla sfera legale. La ricerca ha evidenziato una scarsa disponibilità di tali testi in lingua italiana, determinando l'esigenza di spostare il *focus* della ricerca su *corpora* relativi a domini affini a quello di interesse. Tra questi, l'italiano del settore amministrativo è stato individuato come varietà che condivide molti aspetti stilistici con il linguaggio giuridico da cui

discende<sup>10</sup>. I due domini, infatti, hanno in comune diversi aspetti dell'italiano cosiddetto burocratico, quali l'uso di un lessico specifico, di strutture sintattiche complesse, e di una struttura dei documenti ben codificata.

Da un punto di vista linguistico, i testi della pubblica amministrazione – e in generale quelli burocratici – sono caratterizzati da fenomeni ricorrenti e affini a quelli di ambito legale:

- pseudotecnicismi o tecnicismi collaterali (es. “balneazione”, “fattispecie”);
- nomi astratti con suffissi *-zione/-mento* (es. “stipulazione”, “espletamento”), sostantivi deverbali, generalmente con suffisso zero (es. “subentro”, “scorporo”, “utilizzo”) e verbi denominali (es. “relazionare”, “disdettare”);
- termini arcaici (es. “allorché”, “suddetto”) e latinismi (es. “*una tantum*”, “*pro capite*”);
- forestierismi (es. “*governance*”, “*front office*”);
- termini non comuni e formali (es. “diniego” per “rifiuto”);
- frasi stereotipate (es. *entro e non oltre*, in riferimento all'oggetto);
- abbreviazioni e acronimi.

Tra le diverse risorse esistenti per l'ambito amministrativo, particolarmente interessante è il *corpus InformedPA*<sup>11</sup>, un *corpus* annotato per realizzare l'attività di *Named Entity Recognition and Classification* che include documenti appartenenti al dominio della Pubblica Amministrazione (PA). Formato da documenti dell'Albo Pretorio Nazionale, il *corpus* contiene esempi di documenti in lingua italiana scritti con un linguaggio burocratico; nel dettaglio, comprende 460 documenti, per un totale di 724.623 *token*, in cui sono state marcate diverse entità nominate (*named entity*), quali atti, leggi, luoghi, organizzazioni della pubblica amministrazione, altre organizzazioni e persone. Le entità sono state annotate seguendo lo schema IOB2 (*internal, other, begin*), che tiene conto del *token* iniziale di una data entità, marcato con il *tag* B, e suoi eventuali aggiunti, indicati con il *tag* I. Tutti gli elementi che non rappresentano un'entità nominata sono marcati con il *tag* O, e le varie frasi sono fornite nel formato *CoNLL*, in cui si ha una distribuzione di un *token* per riga, affiancati dal *tag* di riferimento.

<sup>10</sup> Cfr. M.A. CORTELAZZO, *Il Linguaggio Amministrativo. Principi e Pratiche di Modernizzazione*, Carocci, Roma, 2021, *passim*; S. LUBELLO, *La Lingua del Diritto e dell'Amministrazione*, Carocci, Roma, 2016, *passim*; S. LUBELLO, *L'Italiano del Diritto*, Carocci, Roma, 2021, *passim*.

<sup>11</sup> L.C. PASSARO-A. LENCI-A. GABBOLINI, *Informed PA: A NER for the Italian public administration domain*, in *Fourth Italian Conference on Computational Linguistics CLiC-it*, 2017, pp. 246-251.

Parte integrante del presente studio è stata anche l'analisi di strumenti disponibili per la lingua italiana finalizzati all'analisi linguistica automatizzata del testo, propedeutica all'estrazione di informazione saliente dai documenti. Tra le risorse rientrano librerie particolarmente avanzate di *Natural Language Processing* sviluppate in *Python* quali, ad esempio, *spaCy*<sup>12</sup>, *Stanza*<sup>13</sup> e *CoreNLP*<sup>14</sup>. Ognuno di questi tre *framework* dispone di una *pipeline* per l'italiano con caratteristiche differenti ma composta da circa gli stessi passi. Considerando la necessità di estrarre nuclei informativi dai testi giuridici, quali riferimenti a leggi o nomi di persone, lo studio dei *framework* di NLP esistenti è stato condotto con un particolare *focus* sugli strumenti che dispongono di componenti volti alla soluzione del *task* di *Named Entity Recognition* e *Text Classification* (*supra*, par. 2). È importante altresì tenere conto del fatto che la maggior parte degli strumenti di NLP raggiungono *performance* più elevate su lingue per le quali esistono *corpora* più estesi (prima fra tutte, l'inglese), mettendo a disposizione sia sistemi più sofisticati che un insieme di strumenti più ampio di quello preso in considerazione per l'italiano. Durante questo stadio del lavoro, in collaborazione con i docenti del Dipartimento di Informatica nell'ambito del progetto "Giustizia Agile", sono stati sperimentati sul dominio di interesse anche strumenti sviluppati internamente all'Università di Pisa, con particolare riferimento a strumenti di analisi linguistica e semantica del *CoLing Lab*<sup>15</sup> e dell'*A3Lab* e strumenti per espandere le informazioni inerenti al dominio di riferimento, come l'*Entity Linker TagMe*<sup>16</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'applicazione dei LLMs al dominio giuridico in lingua italiana, ad oggi non sono molti i risultati prodotti dalla ricerca scientifica. Tuttavia, fra i pochi contributi in tal senso, si individuano due lavori particolarmente rilevanti e di recente pubblicazione, *LamBERTa*<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> <https://spacy.io/>.

<sup>13</sup> P. QI-Y. ZHANG-Y. ZHANG-J. BOLTON-C.D. MANNING, *Stanza: A Python Natural Language Processing Toolkit for Many Human Languages*, in *Proceedings of the 58th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*, Association for Computational Linguistics, 2020, pp. 101-108.

<sup>14</sup> C.D. MANNING-M. SURDEANU-J. BAUER-J.R. FINKEL-S. BETHARD-D. MCCLOSKEY, *The Stanford CoreNLP Natural Language Processing Toolkit*, in *Proceedings of 52nd Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics: System Demonstrations*, Association for Computational Linguistics, Baltimore, 2014, pp. 55-60.

<sup>15</sup> <https://colinglab.fileli.unipi.it/>; L.C. PASSARO-A. LENCI-A. GABBOLINI, *op. cit.*

<sup>16</sup> P. FERRAGINA-U. SCAIELLA, *Fast and accurate annotation of short texts with Wikipedia pages*, in *IEEE Software*, 2012, f. 29(1), pp. 70-75.

<sup>17</sup> A. TAGARELLI-A. SIMERI, *LamBERTa: Law Article Mining Based on Bert Architecture for the Italian Civil Code*, in *IRCDL 2022: 18th Italian Research Conference on Digital Libraries, February 24-25, 2022*, CEUR-WS, Padova, 2022.

e *Italian Legal BERT*<sup>18</sup>. Entrambi i modelli si basano sull'architettura di dominio generale per la lingua italiana *bert-base-italian-xxl*<sup>19</sup> e, per quanto interessanti, si presentano comunque come "limitati" nel contesto d'uso e complementari.

*LamBERTa* è un modello finalizzato ai *task* di *law mining* e *article retrieval*, sviluppato presso l'Università della Calabria<sup>20</sup>. In generale, il *task* di *law article retrieval* consiste nel trovare articoli di interesse da un *corpus* legale che possano essere definiti rilevanti per una interrogazione in linguaggio naturale sullo stesso dominio. Il *task* viene affrontato seguendo il paradigma del ML supervisionato in una situazione di scarsità di esempi ("*few-shot learning*"), procedimento eseguito operando un *fine-tuning* del modello di base sul codice civile (CC) italiano.

*Italian Legal BERT* è un modello realizzato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa<sup>21</sup>, ottenuto partendo da un modello *general-purpose* e aggiungendo un'ulteriore fase di *pre-training* per esporre il modello a dati linguistici specifici del dominio di riferimento.

## 5. L'indicizzazione di documenti: un nuovo motore di ricerca

Le attività di ricerca condotte nell'ambito del PRA "Servizi pubblici e piattaforme digitali. Categorie giuridiche, processi, garanzie" sono il passo preliminare di un più ampio e ambizioso programma di ricerca in corso di sviluppo nel Progetto "Giustizia Agile - Per una giustizia giusta: Innovazione ed efficienza negli uffici giudiziari" (PON-GOV 2014-20), che vede coinvolta l'Università di Pisa sotto il coordinamento della prof.ssa Benedetta Galgani. La figura sottostante riassume il flusso di lavoro del progetto, che prevede che dal testo di una sentenza in formato PDF vengano estratte informazioni che verranno poi indicizzate dal motore di ricerca, al fine di rispondere alle interrogazioni degli utenti in modo auspicabilmente più funzionale rispetto a quanto viene offerto dalle banche dati attualmente in uso.

<sup>18</sup> D. LICARI-G. COMANDÈ, *Italian Legal-BERT: A Pre-trained Transformer Language Model for Italian Law*, in D. SYMEONIDOU-R. YU-D. CEOLIN-M. POVEDA-VILLALÓN-D. AUDRITO-L. DI CARO-F. GRASSO-R. NAI-E. SULIS-F.J. EKAPUTRA-O. KUTZ-N. TROQUARD (a cura di), *EKA'W'22: Companion Proceedings of the 23rd International Conference on Knowledge Engineering and Knowledge Management, September 26–29, 2022*, vol. 3256, CEUR-WS, Bolzano, 2022.

<sup>19</sup> <https://huggingface.co/dbmdz/bert-base-italian-xxl-cased>.

<sup>20</sup> <https://www.unical.it/>.

<sup>21</sup> <https://www.santannapisa.it/it>; D. LICARI-G. COMANDÈ, op. cit.



Figura 3. Schema del pre-totipo di motore di ricerca per la banca dati di sentenze civili.

Gli strumenti in corso di sviluppo sono finalizzati all'estrazione dell'informazione da inserire all'interno del motore di ricerca che, mediante l'uso di tecnologie all'avanguardia, si propone di affinare gli attuali sistemi di interrogazione di banche dati già utilizzati in ambito giuridico.

Per raggiungere efficacemente questo obiettivo, sono attualmente in fase di realizzazione tre risorse particolarmente importanti per l'adattamento/addestramento di modelli computazionali al dominio legale: (i) un *corpus* costituito da testi giuridici annotati nelle loro entità nominate; (ii) un *corpus* di sentenze di ambito civile categorizzate per area tematica; (iii) un *thesaurus* contenente termini appartenenti al dominio legale. Per quanto riguarda il primo *corpus*, viene utilizzato un metodo semi-automatico. In una prima fase, un sistema di NER addestrato su documenti di tipo amministrativo (*infra*, par. 3) è utilizzato per annotare delle sentenze. L'*output* è poi corretto e integrato da annotatori umani. Questo processo ha l'obiettivo di produrre un *corpus* specialistico per il dominio di riferimento. Il secondo *corpus* contiene invece delle sentenze associate a classi appartenenti a una tassonomia elaborata da esperti giuristi dell'UPP del Tribunale di Pisa, coadiuvati dagli autori di questo articolo. La terza risorsa contiene una raccolta di termini, formati da una o più parole, rilevanti per il dominio legale (e.g. "prova in giudizio", "illegittimità"). In questo caso, vengono collezionati e uniformati i termini presenti in risorse disponibili *online*. Alla luce delle osservazioni precedenti, queste risorse sono di particolare valore in un dominio con limitata disponibilità di risorse linguistiche come quello giuridico.

Nell'ambito del progetto "Giustizia Agile", il gruppo linguistico-informatico dell'Università di Pisa condurrà inoltre esperimenti di analisi linguistico computazionale su un *corpus* di sentenze, con l'obiettivo di progettare, valutare e sperimentare l'uso di tecnologie all'avanguardia di ML e NLP in un dominio di ricerca ancora poco esplorato e problematico, approfondendo e ampliando lo studio preliminare descritto nelle sezioni precedenti. Tali sperimentazioni saranno condotte in maniera incrementale con l'obiettivo ultimo di progettare e implementare un "pre-totipo" di motore di ricerca che opererà su una banca dati di sentenze della sezione Civile del Tribunale di Pisa, consistente in una *pipeline* di strumenti *software* per l'elaborazione automatica delle sentenze in lingua italiana. In quest'ot-

tica le sentenze vengono inserite con i relativi metadati nella banca dati e, attraverso il motore di ricerca *open-source Elasticsearch*, indicizzate con le informazioni ottenute mediante l'analisi testuale computazionale descritta nelle sezioni precedenti. Sarà preliminarmente condotta un'indagine esplorativa sui limiti e i punti di forza dei motori di ricerca attualmente in uso all'interno dei tribunali al fine di delineare le caratteristiche principali del "pre-totipo". Per la realizzazione di questo "pre-totipo" si renderà necessaria una stretta collaborazione con l'UPP del Tribunale di Pisa, finalizzata alla condivisione di risorse fondamentali per la creazione di un *corpus* per l'addestramento degli algoritmi di *Machine Learning*.

Volendo descrivere in maggior dettaglio quanto è in corso di progettazione e realizzazione per il progetto "Giustizia Agile", i testi delle sentenze saranno "pre-elaborati" con gli strumenti di analisi linguistica e semantica, precedentemente descritti, con il fine di estrarre da essi dei metadati rilevanti per diversi aspetti inerenti al funzionamento del "pre-totipo". Con metadati ci riferiamo ad informazioni necessarie ad automatizzare il completamento dei campi di una scheda descrittiva, associata al testo di ogni sentenza, i cui campi sono stati definiti mediante interviste con i *Magrif*, i magistrati e i funzionari dell'UPP. Tra i metadati individuati finora si possono distinguere due gruppi, uno di basso e l'altro di alto livello. Il primo si riferisce ad informazioni recuperabili attraverso semplici strumenti di *pattern matching*, ad esempio espressioni regolari (*supra*, par. 2), ed è costituito da informazioni quali il numero della sentenza o il "Ruolo Generale" di riferimento. Il secondo gruppo, di più "alto livello", è caratterizzato da informazioni appartenenti a categorie predefinite per la cui estrazione è necessario l'utilizzo di sistemi di classificazione più sofisticati basati sul *Machine Learning*, quali, ad esempio, la categoria di una sentenza o le *entità nominate* presenti al suo interno.

Come anticipato nelle sezioni precedenti, è stato addestrato un sistema di *Named Entity Recognition* (NER) per la lingua italiana in riferimento al dominio giuridico. L'approccio seguito per la creazione del NER di dominio è stato quello di combinare due elementi esistenti e complementari: da un lato, la libreria *spaCy* (*supra*, par. 3), scelta per le sue *performance* e per la sua facilità di adattamento e personalizzazione; dall'altro il *dataset* annotato con le entità nominate usato nel progetto SemplicePA, ovvero *InformedPA*<sup>22</sup> (*supra*, par. 3), che contiene, tra gli altri metadati utili, i riferimenti normativi. Nel dettaglio, il NER adattato al dominio giuridico è in grado di identificare le seguenti entità nominate:

- ACT: atti e le relative sottocomponenti (tipo, numero e data);

---

<sup>22</sup> L.C. PASSARO-A. LENCI-A. GABBOLINI, *Informed PA*, cit.

- LAW: riferimenti legislativi;
- LOC: entità geografiche e geopolitiche;
- ORG: organizzazioni;
- PER: nomi propri di persona.

Tramite questo strumento, è in corso di realizzazione un *corpus* di sentenze annotate, utilizzate per produrre in seguito una versione rivista manualmente (il cosiddetto *gold standard*) che costituirà il *training corpus* di un NER specializzato sul dominio giuridico.

Per quello che concerne la categorizzazione dei documenti, le classi sono derivate da una tassonomia gerarchica definita dai funzionari UPP del Tribunale di Pisa. Ad ognuna delle sentenze verrà associata una classe univoca, corrispondente al suo tema principale, con il fine di utilizzare il *corpus* composto dalle coppie sentenza-classe per testare l'addestramento di diversi classificatori ed identificare così il più performante. Dato un nuovo testo, il modello sarà poi in grado di predirne la classe sulla base degli esempi sottoposti, secondo il paradigma dell'apprendimento supervisionato del *Machine Learning* (*supra*, par. 3).

Ulteriori sperimentazioni sono condotte sull'estrazione di *keyword* dalle sentenze, ovvero parole chiave contenute nel testo e composte da una a cinque unità linguistiche descrittive della sentenza di riferimento. Per identificare le *keyword* vengono esplorati diversi metodi di estrazione più o meno sofisticati, partendo da semplici metodi statistici basati su dizionari di termini esterni e *PoS tagging*, per arrivare all'utilizzo di LLMs. L'estrazione di parole chiave, oltre a migliorare la leggibilità delle sentenze mediante la loro proiezione sul testo, si configura come un ulteriore livello di informazione estratta da associare ai testi e da utilizzare durante la fase di interrogazione per perfezionare i meccanismi di *ranking* e/o di *query expansion* o *auto-completion* propri dei moderni motori di ricerca per il *web*.

Per la realizzazione del “pre-totipo” si è scelto di specializzare il motore di ricerca *open-source Elasticsearch*<sup>23</sup>, il quale offre la possibilità di acquisire varie tipologie di dati testuali non strutturati e analizzarli, normalizzarli e arricchirli per le successive fasi di indicizzazione e interrogazione.

Le funzionalità di NLP inserite all'interno del “pre-totipo”, di cui viene mostrata l'*homepage* provvisoria in Figura 4, e le informazioni sintattiche e semantiche estratte da questi strumenti linguistico-computazionali, sono pensate nella duplice ottica di:

- essere un ausilio efficiente ed efficace al recupero delle sentenze più rilevanti da parte del motore di ricerca *Elasticsearch* a fronte delle interrogazioni poste dall'utente;

---

<sup>23</sup> <https://www.elastic.co/elasticsearch/>.



Figura 4. Homepage del motore di ricerca delle sentenze civili basato su ElasticSearch.

- rendere agile l’esperienza di post-navigazione dei risultati restituiti da *Elasticsearch*, in modo potenzialmente più fruibile rispetto alla semplice lista “piatta”.

Per quanto riguarda la fase di indicizzazione del motore di ricerca, ogni testo in *input* subisce una serie di operazioni di manipolazione, analisi ed estrazione che portano al caricamento e indicizzazione sia del testo della sentenza che dei relativi metadati. Nel dettaglio, come esemplificato nella Figura 4, i testi vengono convertiti dal formato PDF a quello di testo *ASCII*, necessario per ogni tipo di analisi linguistico-computazionale. Questa operazione porta all’introduzione di una discreta quantità di rumore che va adeguatamente ripulito, prima di iniziare le varie fasi di analisi di NLP. Quindi, a valle di una prima fase di *de-noising*, consistente nella rimozione di firme digitali e timbri sovrainpressi, normalizzazione del testo ed eliminazione di spazi in eccesso, si ottengono file di testo opportunamente “ripuliti” da cui vengono estratti i seguenti metadati:

- numero della sentenza;
- ruolo generale;
- repertorio;
- entità nominate (estratte con l’ausilio del NER);
- classe tematica;
- *keyword* (estratte con sistemi di *keyword extraction*).

Queste informazioni vengono archiviate nell’indice di *Elasticsearch* insieme al testo della sentenza e sfruttate, tra le altre cose, per realizzare successivamente le funzioni di recupero e ordinamento (*ranking*) dei risultati ottenuti in risposta ad un’interrogazione.

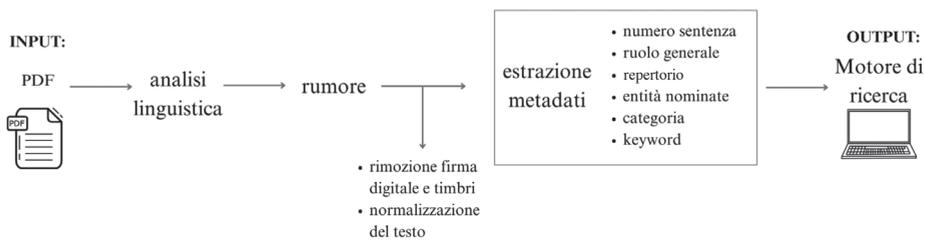


Figura 5. Schema del flusso di lavoro del sistema di estrazione di informazioni.

Per quel che concerne la restituzione delle sentenze in fase di ricerca, i metadati di cui sopra verranno visualizzati insieme al testo e possono essere usati per migliorarne la post-navigazione da parte dell'utente. Infatti, essi verranno visualizzati sia direttamente sulla *SERP*<sup>24</sup>, per velocizzare la scelta del risultato che meglio risponde all'interrogazione posta, sia all'apertura di uno specifico testo, in modo che l'utente possa fruirne con un colpo d'occhio, senza la necessità di doverli trovare manualmente nel testo. Un esempio preliminare di tale procedura è mostrato nella Figura 6 sottostante: i risultati di ricerca includono tutte le sentenze che contengono le parole specificate nell'interrogazione, dando maggior peso a quelle in cui queste occorrono come parola chiave e/o più frequentemente. Nella Figura 6 è possibile osservare dallo *snippet* di ricerca come "azione revocatoria" ricorra più volte all'interno del testo della sentenza; inoltre, lo *snippet* presenta le parole chiave (*keyword*) della sentenza, di cui fa parte anche "azione revocatoria".

Figura 6. Risultati della ricerca dei termini «azione revocatoria» nel motore di ricerca.

<sup>24</sup> *Search Engine Result Pages*: pagina dei risultati di un motore di ricerca.

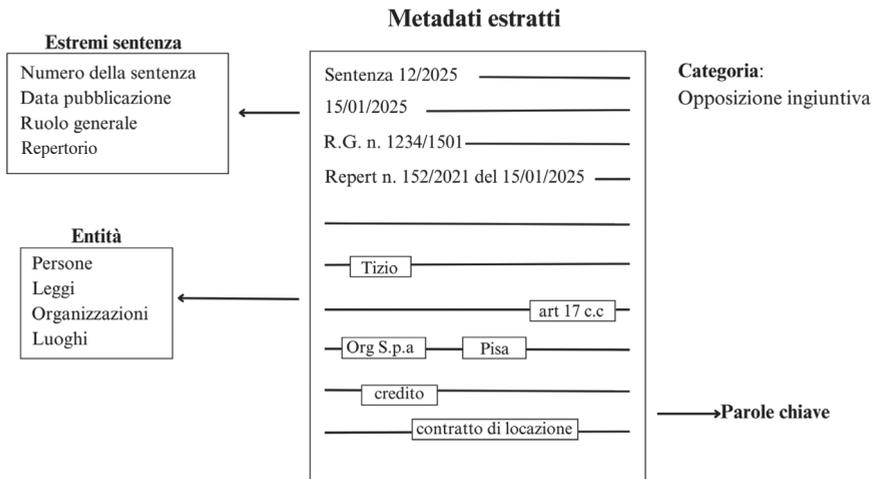


Figura 7. Schema riassuntivo ed esemplificativo dei metadati estraibili da un documento.

## 6. Conclusioni

Uno dei vantaggi dell'utilizzo di tecniche di NLP nel campo giuridico è la possibilità di estrarre informazioni più dettagliate dai documenti legali, consentendo un'analisi più accurata dei dati, e quindi un potenziamento delle successive operazioni di ricerca. Ad esempio, attraverso l'identificazione di nomi di persone, organizzazioni, leggi e luoghi all'interno dei documenti giuridici, sarà possibile creare un indice completo delle informazioni contenute in tali documenti e offrire all'utente una migliore esperienza di navigazione dei risultati ottenuti da un motore di ricerca. Inoltre, l'indicizzazione per parole chiave multi-parola consente di effettuare ricerche per nuclei informativi più ampi e meno ambigui rispetto alle parole singole, così come di ottenere suggerimenti o espansioni-guidate delle interrogazioni. Tutte queste informazioni possono anche essere impiegate come ausilio per la compilazione di schede descrittive dei documenti volti a costituire l'indice di una banca dati, che potrà essere interrogata tramite il motore di ricerca. Alla luce della nostra proposta emerge un quadro complesso che conferma la particolare difficoltà di trattare computazionalmente testi di carattere giuridico. Tuttavia, l'ausilio di tecniche di *Transfer Learning* permetterà un adattamento più veloce al dominio giuridico, partendo dalle risorse disponibili per domini affini come quello amministrativo e, in parallelo, l'adattamento di strumenti pensati per il dominio generalista.

In conclusione, l'utilizzo delle tecniche di NLP e di *machine learning* nel campo giuridico offre numerose possibilità per migliorare l'efficienza

e l'efficacia degli strumenti di ricerca e analisi dei dati legali. Il progetto PRA "Servizi pubblici e piattaforme digitali. Categorie giuridiche, processi, garanzie" ha offerto un'opportunità importante per iniziare un percorso di ricerca altamente multidisciplinare in questo ambito, che trova il suo naturale sviluppo nel progetto "Giustizia Agile". Con la continua evoluzione delle tecnologie di elaborazione del linguaggio naturale, è possibile immaginare un miglioramento costante nell'analisi dei dati giuridici. Questi miglioramenti messi al servizio delle capacità sempre più evolute dei motori di ricerca potranno offrire una visione più completa e approfondita delle informazioni contenute nei documenti giuridici e quindi consentiranno di supportare efficacemente le attività di quanti operano nel settore della giustizia, vale a dire magistrati, avvocati e personale degli uffici UPP dei Tribunali.



***Volumi pubblicati***

1. V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, 2013, pp. XXII-546.
2. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, 2013, pp. XVI-320.
3. AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, 2013, pp. XXVIII-452.
4. AA.VV., *Internet e Costituzione*, 2014, pp. X-374.
5. F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, 2014, pp. XVIII-446.
6. C. MURGO, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, 2014, pp. XII-292.
7. E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Pisa, 17-18 ottobre 2013, 2015, pp. XVI-224.
8. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, 2015, pp. XIV-326.
9. AA.VV., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, a cura di G. MORGANTE, 2015, pp. XII-276.
10. M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, 2015, pp. XVIII-398.
11. C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, 2015, pp. XVI-528.
12. L. PASQUALI, *Multilinguismo negli atti normativi internazionali e necessità di soluzioni interpretative differenziate*, 2016, pp. X-198.
13. M. DEL CHICCA, *La pirateria marittima. Evoluzione di un crimine antico*, 2016, pp. X-294.
14. G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Atti dell'Incontro di studi svoltosi a Pisa il 26 febbraio 2016, 2016, pp. X-222.
15. A. LANDI-A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. I, *La prospettiva storica*, 2016, pp. X-242.
16. I. BELLONI-T. GRECO-L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II, *La prospettiva filosofica: teorie dei diritti e questioni di fine vita*, 2016, pp. XII-164.

17. A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, 2016, pp. XIV-490.
18. A. LANDI, *Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità, I, Il mutuo ad interesse dal tardo Diritto comune alla codificazione civile italiana del 1865*, 2017, pp. VIII-160.
19. A.M. CALAMIA (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, 2017, pp. XII-276.
20. C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, 2017, pp. X-218.
21. C.J. PIERNAS-L. PASQUALI-F.P. VIVES (edited by), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law. Addressing new challenges of the Union*, 2017, pp. XVIII-326.

## ***Nuova Serie***

### ***Monografie***

22. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, 2017, pp. X-214.
23. A. CASSARINO, *Il vocare in tributum nelle fonti classiche e bizantine*, 2018, pp. X-214.
24. E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, 2019, pp. VIII-256.
25. A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, con prefazione di Luigi Capogrossi Colognesi, 2019, pp. XVIII-246.
26. M. PEDONE, *Per argentarium solvere. Ricerche sul receptum argentarii*, 2020, pp. X-198.
27. F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica. I. Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda Repubblica ed Alto impero*, 2020, pp. XXIV-248.
28. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, 2020, pp. XII-252.
29. G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, 2020, pp. X-206.
30. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, 2021, pp. X-294.
31. S. CAMPANELLA, *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*, 2021, pp. X-390.

32. A. PETRUCCI, *Organizzazione ed esercizio delle attività economiche nell'esperienza giuridica romana. I dati delle fonti e le più recenti vedute dei moderni*, 2021, pp. VIII-312.
33. M. MONTI, *Federalismo disintegrativo? Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*, 2021, pp. VIII-456.
34. D. PERRONE, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla "giustizia digitale integrata" in sede di accertamento della colpa*, 2021, pp. X-142.
35. A. MONTESANO, *Le assicurazioni marittime obbligatorie. Blue cards e attività di certificazione*, 2023, pp. XII-260.

### **Saggi e ricerche**

1. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, 2017, pp. XVI-228.
2. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, 2017, pp. VI-298.
3. M. PASSALACQUA-B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei Brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, 2019, pp. XXXII-744.
4. A. PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, 2020, pp. XVIII-382.
5. A. MONTESANO (a cura di), *Sicurezza della navigazione e tutela dell'ambiente marino nelle Bocche di Bonifacio*, 2021, pp. XIV-322.
- B. GALGANI (a cura di), *Piattaforme digitali, servizi pubblici e diritti*, 2023, pp. XVI-312.

### **Atti di Convegno**

1. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del convegno di Pisa, 24-25 febbraio 2017*, 2017, pp. X-254.
2. A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, 2019*, pp. XIV-266.
3. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-D. NOTARO-A. VALLINI (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno di Pisa, 12 ottobre 2018, 2019, pp. XXII-282.
4. G. DE FRANCESCO-A. GARGANI-E. MARZADURI-D. NOTARO (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Atti dell'incontro di studi di Pisa, 22 marzo 2019, 2020, pp. X-246.
5. V. PINTO (a cura di), *Crisi di impresa e continuità aziendale: problemi e*

- prospettive*, Atti dell'incontro di studi, Pisa, 7 febbraio 2020, 2020, pp. X-190.
6. E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Atti del Convegno, Pisa, 29, 30 novembre e 1° dicembre 2018, 2021, pp. XII-428.
  7. M. BEVILACQUA-L. NOTARO-G. PROFETA-L. RICCI-A. SAVARINO (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, Atti del Convegno di Pisa, 16-17 ottobre 2020, 2021, pp. XXVIII-324.
  - 8/I. E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di blockchain*, vol. I, *Blockchain, democrazia e tutela dei diritti fondamentali*, Atti del ciclo di seminari, Pisa, 18 dicembre 2020-30 aprile 2021, 2021, pp. XIV-226.
  - 8/II. E. NAVARRETTA-L. RICCI-A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di blockchain*, vol. II, *Blockchain, mercato e circolazione della ricchezza*, Atti del ciclo di seminari, Pisa, 18 dicembre 2020-30 aprile 2021, 2021, pp. X-262.
  9. F. DAL CANTO-A. SPERTI (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche*, Atti della giornata di studio svoltasi a Pisa l'11 giugno 2021, 2022, pp. XII-164.
  10. A. BARTALENA-L. DELLA TOMMASINA-G. IERMANO-L. SPATARO (a cura di), *Enhancing Sustainable Transport. Interdisciplinary Issues*, 2022, pp. X-294.
  11. P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, 2023, pp. XXVI-374.



Finito di stampare  
nel mese di dicembre 2023  
da Stampatre s.r.l., Torino