

# ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

*Rivista di studi giuridici e politici*

2

2023 · ANNO XLIV  
aprile/giugno

---

---

LA DIGITALIZZAZIONE  
E L'ORGANIZZAZIONE  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

---

---



# ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

*Rivista di studi giuridici e politici*

2

2023 • ANNO XLIV  
aprile/giugno

---

---

LA DIGITALIZZAZIONE  
E L'ORGANIZZAZIONE  
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

---

---

**RUBETTINO**

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini  
COMITATO SCIENTIFICO  
Gianluca Gardini (Direttore)  
Marcos Almeida Cerreda  
Jean-Bernard Auby  
Brunetta Baldi  
Francesco Bilancia  
Enrico Carloni  
Tanja Cerruti  
Stefano Civitaresse Matteucci  
Chiara Cudia  
Marzia De Donno  
Michele Della Morte  
Elena D'Orlando  
Justin Orlando Frosini  
Alfredo Galán Galán  
Giancarlo Gasperoni  
Tommaso Francesco Giupponi  
Peter Leyland  
Marco Magri  
Andrea Morrone  
Alessandra Pioggia  
Giuseppe Piperata  
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Augusto  
Marina Caporale  
Edoardo Caruso  
Edoardo Nicola Fragale  
Giulia Massari  
Roberto Medda  
Gloria Pettinari  
Davide Tumminelli



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
Tel. 051 5275475 – 051 5277658  
E-mail: [istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it](mailto:istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it)  
Sito web: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/federalismo](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo)

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron  
Gabinetto Presidente della Giunta regionale  
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna  
[francesca.paron@regione.emilia-romagna.it](mailto:francesca.paron@regione.emilia-romagna.it)  
EDITORE

Rubbettino editore  
Viale Rosario Rubettino, 10  
88049 Soveria Mannelli (CZ)  
tel. 0968 6664209  
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209  
Sito web: [www.rubbettinoeditore.it](http://www.rubbettinoeditore.it)  
E-mail: [commerciale@rubbettino.it](mailto:commerciale@rubbettino.it)

STAMPA

Rubbettino print  
nel mese di novembre 2023  
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)  
[www.rubbettinoprint.it](http://www.rubbettinoprint.it)

*Condizioni di abbonamento*

*La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2023 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2023. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.*



# Indice

## EDITORIALE

---

- 279 La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione  
*Elena D'Orlando, Giorgio Orsoni*

## SAGGI E ARTICOLI

---

- 289 Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT  
*Diana-Urania Galetta*
- 299 La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica  
*Enrico Carloni*
- 317 Digitalizzazione, autocertificazione e diritto dell'Unione europea  
*Jacques Ziller*
- 335 La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione  
*Gherardo Carullo*
- 357 La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e *data analysis*  
*Gabriella M. Racca*
- 389 La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione della pubblica amministrazione  
*Jean-Bernard Auby*

## NOTE E COMMENTI

---

- 399 Il giudice, la faggeta e la tutela delle foreste vetuste  
*Edoardo Chiti, Gianluca Piovesan*

Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale: un recente orientamento del Consiglio di Stato

*Beatrice Baldini*

# Editoriale





## La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione

*Elena D'Orlando\**, *Giorgio Orsoni\*\**

1. Il tema del rapporto tra pubblica amministrazione e tecnologia digitale in Italia evoca l'idea di una «lunga marcia»<sup>1</sup>. Un percorso articolato e faticoso, innanzitutto per ragioni di carattere endogeno alla p.a., sintetizzabili nella resistenza culturale all'innovazione e nella mancanza di competenze adeguate; ma anche per motivi esogeni, riconducibili a opzioni di politica legislativa che hanno inizialmente e lungamente prediletto interventi di tipo settoriale i quali, in assenza di una disciplina generale, sono stati oggetto di una non sempre agevole e armonica attuazione.

Facendo un bilancio attuale di tale percorso, il dato che maggiormente colpisce è che la pervasività delle nuove tecnologie è giunta al punto che esse, da strumento operativo del potere pubblico, sono divenute caratteristica intrinseca del potere stesso, con una serie di conseguenze che si proiettano naturalmente a tuttotondo, investendo l'ambito dell'azione, dell'organizzazione, del controllo e del sindacato sul potere, facendo emergere la nuova connotazione dello Stato come Stato digitale<sup>2</sup>.

A fronte di questo scenario si rilevano, negli ultimi anni, due fenomeni in controtendenza rispetto al passato. Da un lato, è maturata la consapevolezza dell'importanza che la digitalizzazione riveste per l'innovazione della p.a. e, di conseguenza, si punta a investire sulla formazione e sull'acquisizione di competenze adeguate. In questa prospettiva, è opportuno ricordare che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) ha, tra i propri obiettivi, quello di accelerare i processi di digitalizzazione della pubblica amministrazione, focalizzando l'attenzione proprio sulla

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Udine

\*\* Già Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Ca' Foscari di Venezia

<sup>1</sup> Come si coglie nitidamente nella ricostruzione di M.G. LOSANO, *La lunga marcia dell'informatica nelle Istituzioni italiane*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, XXIII ss.

<sup>2</sup> L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2023.

necessità, tra l'altro, di potenziarne il capitale umano<sup>3</sup>: da qui la specifica attenzione accordata alle competenze necessarie per abilitare e rendere efficace a tutti i livelli la transizione digitale delle p.a., all'interno del progetto formativo da ultimo varato dal Ministero per la pubblica amministrazione<sup>4</sup>.

Dall'altro lato, la "materia" è – peraltro già da qualche tempo – oggetto di una disciplina più organica, che consente alla dottrina, con l'ausilio della giurisprudenza, di elaborare prime forme di sistematizzazione delle ricadute del fenomeno sui classici istituti del diritto amministrativo. Il dato è riscontrabile innanzitutto sul piano nazionale, ove la fonte che riveste centrale importanza, come noto, è il Codice dell'amministrazione digitale (CAD)<sup>5</sup>: testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese, è già stato oggetto di diversi interventi manutentivi, con l'obiettivo di valorizzare alcuni aspetti importanti, quali la natura di carta di cittadinanza digitale dei principi contenuti nella prima parte del CAD, l'integrazione e l'interoperabilità tra i servizi pubblici erogati dalle pubbliche amministrazioni, la certezza giuridica alla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, il rafforzamento dei diritti di cittadinanza digitale e l'innalzamento del livello di qualità dei servizi pubblici e fiduciari in digitale, la promozione del patrimonio informativo pubblico. Ma anche a livello europeo, di pari passo con lo sviluppo di una visione strategica della digitalizzazione, comincia a delinearci un sistema delle fonti più organico, che dovrebbe ulteriormente completarsi con l'entrata in vigore del regolamento europeo sull'intelligenza artificiale<sup>6</sup>. Trattasi di una disciplina frutto di un lungo processo di analisi e di con-

<sup>3</sup> Si rinvia all'analisi del Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, *Rapporto 2022*, ottobre 2022, reperibile in [https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Rapporto\\_Comitato\\_scientifico\\_valutazione\\_riforme.pdf](https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Rapporto_Comitato_scientifico_valutazione_riforme.pdf).

<sup>4</sup> Trattasi di *Syllabus*, la piattaforma di formazione dedicata al capitale umano delle p.a. per sviluppare le competenze e rafforzare le Amministrazioni: <https://www.syllabus.gov.it/syllabus/>.

<sup>5</sup> D. lgs. n. 82/2005 e s.m.i.

<sup>6</sup> L'*iter* di approvazione del regolamento destinato a disciplinare l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'Unione europea (c.d. *AI Act*), è iniziato il 21 aprile 2021 con la proposta della Commissione, è proseguito con la posizione generale espressa dal Consiglio il 6 dicembre 2022 e, da ultimo, con la posizione negoziale votata dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023.

sultazione da parte delle Istituzioni europee, preceduta dall'adozione di numerosi atti di *soft law*, volti a definire gli obiettivi principali del nuovo assetto regolatorio: introdurre un sistema di controllo che consenta di verificare la conformità dei sistemi di intelligenza artificiale ai valori e ai diritti fondamentali assicurati dall'Unione; garantire un certo grado di uniformità e certezza del diritto, senza ostacolare gli investimenti e l'innovazione nel settore; costruire un sistema di *governance* efficace della sicurezza dell'intelligenza artificiale, che superi le difficoltà che potrebbero derivare da legislazioni nazionali non coordinate. Tutto ciò produrrà ricadute evidenti sui sistemi nazionali delle fonti e, in particolare, sulle fonti che disciplinano le pubbliche amministrazioni. D'altro canto, il diritto amministrativo è ormai compenetrato nel diritto europeo e da esso trae continuamente linfa innovativa<sup>7</sup>.

2. La digitalizzazione, dunque, è una tematica inevitabilmente oggetto di una disciplina multilivello e che, come accennato, interseca, quanto ad ambiti di applicazione, tutti gli aspetti della pubblica amministrazione. Un campo che suscita particolare attenzione, anche per le implicazioni ramificate che presenta, è quello relativo al legame tra digitalizzazione e organizzazione della pubblica amministrazione.

In passato, come noto, il tema dell'organizzazione era oggetto di un approccio tendenzialmente formale da parte della dottrina, perlopiù concentrata sui settori dell'attività amministrativa e della giustizia, in un'ottica tesa essenzialmente a definire il rapporto tra libertà e autorità, ovvero tra l'ambito di tutela del cittadino nei confronti della p.a. e lo spazio entro il quale quest'ultima può agire con piena e insindacabile discrezionalità. Di pari passo con l'allineamento tra forma di Stato e forma di amministrazione, realizzatosi progressivamente nel corso della storia repubblicana, è maturata la consapevolezza dell'importanza dell'organiz-

Si è quindi aperta la fase del c.d. trilogio, ovvero delle negoziazioni interistituzionali volte a dirimere alcune questioni rimaste controverse e consentire l'entrata in vigore del regolamento.

<sup>7</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2022, 15. Sul tema, *amplius*: J.B. AUBY, *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, e M. BOBEK, *Europeanization of Public Law*, entrambi in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, S. CASSESE (ed.), *The Administrative State*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2017, rispettivamente, p. 609 ss. e p. 631 ss.

zazione come fase pregiudiziale e condizionante l'azione amministrativa: sia come strumento di prefigurazione e di indirizzo dell'amministrazione attiva, sia come modalità di articolazione delle strutture preordinate all'erogazione efficiente e imparziale delle prestazioni e dei servizi cui sono tenuti i pubblici poteri, spesso anche con effetti che hanno un'immediata rilevanza esterna, incidendo direttamente sulla sfera giuridica dei terzi<sup>8</sup>. Forse in ragione di questo retaggio, ora che la riflessione scientifica è sollecitata a ripensare le tradizionali categorie del diritto amministrativo (e pubblico, in generale) in ragione della pervasività delle nuove tecnologie, il profilo inerente al rapporto tra digitalizzazione e organizzazione della p.a. appare forse mero arato di altri (quali, per esempio, la teoria dell'atto amministrativo e dei relativi vizi). I contributi di seguito raccolti confermano, invece, l'intima connessione che sussiste tra profili organizzativi e funzionali e come, in realtà, sia a volte difficile separare gli uni dagli altri, correndosi altrimenti il rischio di cogliere il fenomeno amministrativo in modo frammentario e parziale.

In questa prospettiva, partendo dal presupposto che le p.a., nell'esercizio della potestà di autoorganizzazione, possono avvalersi degli strumenti di automatizzazione della propria attività messi oggi a disposizione dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), risulta imprescindibile che ciò avvenga nel rispetto di quei principi generali in materia di organizzazione che si sono progressivamente enucleati nel sistema delle fonti del diritto amministrativo. Innanzitutto, in riferimento a quelli che governano il procedimento e che fanno perno su imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., oltre che sul diritto a una buona amministrazione ai sensi dell'art. 41 della Carta UE<sup>9</sup>.

D'altro canto, trattasi di principi che, nello spazio giuridico europeo, sono apprezzabili anche con riferimento all'ordinamento e all'amministrazione dell'Unione europea, rappresentando la cornice con la quale deve misurarsi l'indagine sulle basi giuridiche di una disciplina europea

<sup>8</sup> R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 345 ss.

<sup>9</sup> D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT*, in questo numero della *Rivista*.

della digitalizzazione della p.a.<sup>10</sup>. La circostanza, come noto, deriva dal fatto che l'ordinamento sovranazionale attinge in vario modo al patrimonio rappresentato dai diritti degli Stati, li adatta alle proprie esigenze e imprime una trasformazione ai principi e agli istituti, condizionando in questo modo, al tempo stesso, i diritti nazionali, determinandone una progressiva convergenza<sup>11</sup>.

Analoga rilevanza rivestono altresì gli altri principi generali tradizionalmente enucleati in materia di organizzazione, quelli autonomistico e di leale collaborazione, che si calano oggi in un contesto ordinamentale multilivello composito e complesso, caratterizzato da dinamiche di tipo tendenzialmente centripeto che interessano anche l'ambito materiale considerato<sup>12</sup>. Spesso, infatti, si registra un effetto omologante ascrivibile sia alle fonti europee nel segno di una sempre maggiore europeizzazione del diritto all'amministrazione digitale, sia alla standardizzazione frutto di dinamiche tecnologiche e di mercato, sia a una persistente parzialmente ineffettiva attuazione del Titolo V Cost. Tutti fattori che contribuiscono al progressivo ridursi dei margini di differenziazione regionale, quantunque la trasformazione digitale, dal punto di vista tecnico, possa essere operata sia centralizzando e uniformando, sia decentralizzando e liberalizzando<sup>13</sup>. Un ambito nel quale si coglie in modo chiaro la contiguità tra profili organizzativi e funzionali, con immediate ricadute nei rapporti con i terzi, è quello dei servizi pubblici. Tema che tradizionalmente trovava la sua collocazione naturale nell'analisi dell'organizzazione amministrativa, ha acquisito, come noto, una sua autonomia a seguito dei processi di

<sup>10</sup> J. ZILLER, *Digitalizzazione, autocertificazione e diritto dell'Unione europea*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>11</sup> Sul tema, tra gli altri: D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITTI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 91 ss.; S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 247 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>12</sup> E. CARLONI, *La differenziazione promessa, praticata, negata, necessaria: spunti su autonomia regionali e digitalizzazione pubblica*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>13</sup> E. D'ORLANDO, P. COPPOLA, *Die digitale Dimension der Sonderautonomie zwischen Einheitlichkeit und Differenzierung*, in W. OBWEXER, E. HAPFACHER (hrsg.), *Südtirols Autonomie gestern, heute und morgen. 50 Jahre Zweites Autonomiestatut: Rück-, Ein-, und Ausblicke*, Baden-Baden, Nomos, 2023, p. 313 ss. e spec. p. 320 ss.

liberalizzazione e di privatizzazione. Essi hanno infatti determinato una metamorfosi dei compiti dello Stato, non più gestore (cioè erogatore diretto dei servizi) ma regolatore (ovvero garante, attraverso l'attività di regolazione, dell'adeguatezza dei livelli qualitativi e quantitativi dei servizi, prestati di regola da gestori privati)<sup>14</sup>. In questo settore l'innovazione tecnologica ha condotto alla crescente diffusione dei c.d. servizi digitali, cioè prestazioni di varia natura erogate tramite le TIC, che pongono gli strumenti digitali alla base dei procedimenti amministrativi e dell'azione amministrativa in generale. Se, da un lato, ciò determina una maggiore accessibilità, rapidità ed efficienza nei rapporti tra amministrazione e cittadini, dall'altro comporta una trasformazione delle modalità di erogazione e di interazione che si riflette necessariamente sull'organizzazione della p.a. e richiede consapevolezza e formazione in materia da parte degli operatori del settore<sup>15</sup>.

Profili organizzativi e funzionali, con una immediata proiezione esterna nei confronti degli operatori economici, si intrecciano altresì nella materia dei contratti pubblici, ambito nel quale le sfide della digitalizzazione si evidenziano in particolare nel nuovo Codice<sup>16</sup> per l'attuazione degli obiettivi dell'*e-procurement*, da tempo posti in ambito europeo e nazionale. In quest'ottica la trasformazione digitale, intesa come sviluppo di un sistema integrato e interoperabile di piattaforme che consenta lo svolgimento di procedure di gara effettivamente native digitali, se da un lato presuppone la capacità e l'adeguatezza di dotazioni delle Amministrazioni, dall'altro determina un forte impatto sull'organizzazione pubblica<sup>17</sup>. Di tali aspetti si deve tenere conto, tra l'altro, con particolare riferimento alle innovazioni da introdurre nella fase di qualificazione degli operatori economici e della relativa verifica, da realizzarsi mediante flussi di dati e informazioni che, nel rispetto dei principi di collaborazione e buona

<sup>14</sup> A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000.

<sup>15</sup> G. CARULLO, *La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>16</sup> D. lgs. n. 36/2023.

<sup>17</sup> G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, cit., p. 321 ss.

fede, consentano di costruire un rinnovato rapporto di “fiducia digitale” tra Amministrazioni e operatori nell’interesse pubblico<sup>18</sup>.

3. I contributi che seguono costituiscono dunque singole riflessioni su specifici aspetti di un fenomeno che è imponente, dal momento che, come già rilevato, la tecnologia digitale sta gradualmente influenzando tutti gli aspetti inerenti alla pubblica amministrazione, proprio perché da strumento del potere pubblico ne è divenuta elemento consustanziale. Di conseguenza, essi non hanno alcuna pretesa di esaustività nella descrizione del fenomeno.

Tuttavia, dalle analisi condotte è possibile trarre, in sintesi, qualche considerazione di carattere generale.

Nel complesso, la digitalizzazione costituisce (o può costituire) un fattore di evoluzione e di trasformazione dell’organizzazione pubblica. La direzione e l’ampiezza dei futuri cambiamenti non sono però allo stato definibili in modo netto, trattandosi di un processo *in fieri* e che sollecita un costante studio e monitoraggio delle dinamiche in essere<sup>19</sup>, soprattutto con riferimento alla necessità che esso si svolga nel rispetto di quei principi che caratterizzano ormai da tempo lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione nello spazio giuridico europeo<sup>20</sup>.

In quest’ottica la dimensione organizzativa, intesa sia in senso stretto che con riferimento al processo decisionale, potrebbe beneficiare degli strumenti tecnologici per conformare sempre di più la struttura e l’azione amministrativa a un modello incentrato sul servizio da erogare piuttosto che sull’esercizio del potere, procedendo così ulteriormente verso una forma di amministrazione il cui baricentro si sposta verso l’utente<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>19</sup> J.B. AUBY, *La digitalizzazione come motore dell’evoluzione dell’organizzazione della pubblica amministrazione*, in questo numero della *Rivista*.

<sup>20</sup> E. D’ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio del fenomeno di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, CEDAM, 2013, *passim*.

<sup>21</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Rise of Technological Administration and the Ragged Route Towards a Digital Administrative Law*, in D. SORACE, L. FERRARA, I. PIAZZA (ed.), *The Changing Administrative Law of an EU Member State. The Italian Case*, Cham-Torino, Springer-Giappichelli, 2021, p. 137.

Tuttavia, tale risultato non costituisce un effetto automatico scaturente dalla digitalizzazione, ma dipende pur sempre dalle scelte politiche operate a monte e dal modo in cui la pubblica amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, decide di dare loro attuazione.

Digitization and Organisation of Public Administration

*Elena D'Orlando, Giorgio Orsoni*

Parole chiave: digitalizzazione; organizzazione; buona amministrazione; decentramento; servizi pubblici

Keywords: Digitisation; Organisation; Good Administration; Decentralisation; Public Services



# Saggi e articoli



# Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT

*Diana-Urania Galetta\**

## 1. Note introduttive

In uno scritto di più di dieci anni orsono, preparato all'occasione di un convegno di diritto comparato dedicato al procedimento amministrativo<sup>1</sup>, avevo iniziato il mio intervento sul tema del procedimento nella scienza del diritto amministrativo in Italia ricordando un aspetto che, a tutt'oggi, mi pare essere di importanza cruciale. E cioè che – salve talune limitatissime eccezioni – sino alla pubblicazione, nel 1940, della ben nota monografia di Aldo Mazzini Sandulli sul procedimento amministrativo<sup>2</sup> tutta l'attenzione della scienza giuridica italiana si era concentrata quasi esclusivamente sullo studio dei caratteri e degli effetti del provvedimento amministrativo. Mentre la nozione e la *ratio* del procedimento amministrativo erano state quasi del tutto trascurate.

In questa sede<sup>3</sup> non posso, in effetti, che prendere di nuovo le mosse dalla stessa, identica osservazione. Giacché, anche nelle riflessioni dottrinarie sul rapporto fra digitalizzazione e pubblica amministrazione, il tema del procedimento amministrativo è stato inizialmente molto trascurato. Al pari di come è stata trascurata la tematica dell'organizzazione della p.a. di fronte a – o meglio a fronte – della digitalizzazione: tema

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

<sup>1</sup> D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia, dalle origini ad oggi: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm.* – TAR, 11, 2011, p. 3779 ss.

<sup>2</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

<sup>3</sup> Il presente contributo riprende, ampliandole, le riflessioni da me proposte in occasione del Convegno dal titolo “La digitalizzazione e l'organizzazione della Pubblica Amministrazione”, organizzato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia lo scorso 4 novembre 2022 dal gruppo di ricerca internazionale “Venice Network on Smart Cities and Digital Administration” <https://venicenetwork.net/>.

cui sarà invece sicuramente opportuno dedicare, in futuro, un adeguato approfondimento.

La dottrina che si è occupata del tema della digitalizzazione della p.a. e dei suoi effetti si è infatti inizialmente concentrata, in prevalenza, sull'analisi dei caratteri del provvedimento amministrativo digitalizzato. E successivamente sugli effetti sul provvedimento amministrativo della digitalizzazione.

Mentre si è occupata molto poco del resto.

Rispetto alle caratteristiche specifiche del provvedimento amministrativo digitalizzato, i primi contributi dottrinari rilevanti sono stati infatti (al di là della densa e interessantissima riflessione di Mario G. Losano<sup>4</sup>, come filosofo del diritto<sup>5</sup>) la relazione di Giovanni Duni<sup>6</sup>, sulla utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti da parte delle pubbliche amministrazioni, presentata al secondo congresso sull'informatica giuridica al servizio del Paese, tenutosi a Roma nel giugno 1978<sup>7</sup>. Ma, soprattutto, occorre menzionare l'assai interessante e primo studio monografico sul tema, del compianto Alfonso Masucci, che data 1993<sup>8</sup>. Dopo di che – come ben ci ricorda Roberto Cavallo Perin in suo recente saggio<sup>9</sup> – lo stesso legislatore ha riconosciuto l'atto amministrativo

<sup>4</sup> A tale proposito si rinvia a M.G. LOSANO, *Introduzione. La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. XXIII ss.

<sup>5</sup> Occorre a tale proposito precisare che, più in generale, l'informatica giuridica arriva in Italia e viene presa in considerazione quasi esclusivamente grazie al contributo di filosofi del diritto: le due prime opere di riferimento sono infatti entrambe di filosofi del diritto: V. FROSINI, *Umanesimo e tecnologia nella giurisprudenza*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 1966, p. 451 ss.; M.G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1969.

<sup>6</sup> G. DUNI, *L'informatica giuridica al servizio del Paese. L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm. Repubb. It.*, 1978, p. 407 ss.

<sup>7</sup> Roma, Corte di Cassazione, 1-3 giugno 1978.

<sup>8</sup> A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993. V. più di recente il contributo monografico di D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, Rimini, 2005.

<sup>9</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, p. 305 ss.

informatizzato», nella stagione delle grandi riforme della pubblica amministrazione degli anni '90, con l'art. 3 del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39<sup>10</sup>. A ciò si è aggiunta, ovviamente, tutta la discussione dottrinarie più recente sulla natura della decisione adottata dal c.d. algoritmo. È un provvedimento discrezionale fondato sulle risultanze di un'istruttoria algoritmica<sup>11</sup>? Oppure è attività amministrativa vincolata: se l'algoritmo rappresenta, di fatto, una sorta di atto di normazione secondaria che vincola l'attività decisionale della pubblica amministrazione?

Dall'altro lato, la discussione dottrinarie si è concentrata invece sulla questione degli effetti di decisioni adottate grazie all'applicazione di algoritmi, anche e soprattutto in relazione alle ipotesi di patologie/vizi del provvedimento finale.

## **2. Digitalizzazione e procedimento amministrativo**

È vero però che, già nel 2011, sempre Alfonso Masucci aveva pubblicato un breve contributo monografico sulla relazione fra procedimento amministrativo e nuove tecnologie<sup>12</sup>.

Tuttavia, è soprattutto grazie al contributo della giurisprudenza amministrativa più recente (le prime pronunzie rilevanti sono del 2018) che il focus della discussione sulla digitalizzazione della p.a. si è davvero spostato anche sul procedimento.

Con varie pronunzie il TAR Lazio (Roma, sez. III-*bis*), dapprima, e il Consiglio di Stato, poi, hanno infatti richiamato l'attenzione sulla circostanza che a determinare al "cosa provvedimentale" contribuisce essenzialmente

<sup>10</sup> Art. 3 che recitava: «1. Gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati. 2. Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile».

<sup>11</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, cit., p. 308.

<sup>12</sup> A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli, 2011.

il “come procedimentale”: anche – e, forse, *a fortiori* – in un contesto di pubblica amministrazione digitalizzata.

In particolare, la sezione VI del Consiglio di Stato ha sottolineato come l'utilizzo di procedure «robotizzate» non possa «essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa», quale quelli di «pubblicità e trasparenza (...) di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.»<sup>13</sup>.

Il che corrisponde perfettamente alla logica sposata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che identifica quello alla buona amministrazione come un diritto fondamentale della persona; che viene poi declinato concretamente – al paragrafo 2 ss. dell'art. 41 CDUE – in diritti che si esplicano e vivono all'interno ed in stretta connessione con il procedimento amministrativo: il diritto di essere ascoltati; il diritto d'accesso al proprio fascicolo; l'obbligo di motivazione delle decisioni (che si pone ovviamente in relazione alla dinamica procedimentale); il diritto all'utilizzo della propria lingua per comunicare con le amministrazioni UE. Occorre però, a questo punto, chiarire che cosa tutto questo abbia a che fare col tema dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

Per spiegarlo, per quanto rapidamente, è necessario fare un altro salto indietro: al momento in cui venne adottata, nel luglio del 1990, la nostra legge italiana sul procedimento amministrativo<sup>14</sup>.

In linea di estrema sintesi può dirsi che il procedimento amministrativo – così come disciplinato dalla legge italiana n. 241 nella sua versione originaria del 1990 – mirava ad intercettare quelle che in dottrina erano state da tempo identificate come le quattro funzioni principali da ricondurre al procedimento.

In primo luogo, la funzione di accertamento: accertare la corrispondenza fra il provvedimento da emanare e le previsioni normative in vigore, sulla base dell'accertamento dei fatti. In secondo luogo, la funzione di integrazione della legge, attraverso l'esercizio della c.d. discrezionalità amministrativa. La terza funzione – fondamentale nella architettura del

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, p. 8.2, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

<sup>14</sup> V. da ultimo G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, p. 571 ss.

1990 della l. n. 241/1990 – era quella di consentire l’acquisizione e la selezione degli interessi<sup>15</sup>.

Ma vi era anche una quarta funzione del procedimento, importantissima e particolarmente cara ad uno degli ideatori della l. n. 241/1990, il Prof. Mario Nigro: si tratta della funzione «di organizzazione».

Nella concezione di Mario Nigro, infatti, il procedimento esprime «forme o ipotesi di collegamento delle pubbliche amministrazioni»<sup>16</sup>; ed ha soprattutto un «valore organizzativo» degli interessi, sulla base dell’applicazione di principi generali, poiché il procedimento non si limita «a legare gli atti e i fatti in una serie progredente verso il risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (...) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»<sup>17</sup>.

In questa prospettiva, gli obiettivi di una più efficace protezione del privato e della diffusione del metodo della partecipazione erano gli aspetti a lui più cari<sup>18</sup>. Li aveva infatti posti al centro degli sforzi compiuti dalla Commissione Nigro, i cui due documenti (lo “schema” sul procedimento e quello sul diritto di accesso) furono poi (come è noto) la base concreta per l’adozione della legge 7 agosto 1990, n. 241. Questo in ossequio, appunto, alla sua visione che implicava la centralità dell’organizzazione<sup>19</sup>: in quanto sarebbe proprio quest’ultima, e non l’attività, elemento idoneo a creare i presupposti per dar vita allo stato di diritto<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. per tutti F. BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 222 ss., su «Natura e significato del procedimento» e sulla «Rilevanza del procedimento».

<sup>16</sup> Cfr. M. NIGRO, *Scritti giuridici*, a cura di J. BUCCISANO, A. NIGRO, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1607.

<sup>17</sup> Così M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1966, p. 1429 ss. (1446).

<sup>18</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1437 ss. V. anche Id., *Il nodo della partecipazione*, *ibidem*, vol. II, p. 1412 ss.

<sup>19</sup> Per tutti: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

<sup>20</sup> Sul punto cfr. le osservazioni di E. CARDI, *I maestri della seconda metà del XX secolo: Mario Nigro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2007, p. 537 ss. (542).

### 3. *Procedimento amministrativo, funzione di organizzazione e ICT*

Il procedimento amministrativo inteso come strumento di organizzazione (degli interessi) assume una valenza ancora più importante in un contesto di amministrazione che faccia uso delle tecnologie dell'informazione e comunicazione (ICT, se si utilizza l'acronimo della lingua inglese).

Occorre infatti sottolineare come, al di là delle belle promesse, nei fatti la digitalizzazione rischi di travolgere del tutto la partecipazione *al* e *nel* procedimento amministrativo, in nome di ragioni di efficienza e rapidità decisionale.

Il responsabile del procedimento – cui competerebbe la funzione di “raccolta” e organizzazione degli interessi coinvolti nella decisione da adottare – rischia infatti di venire totalmente esautorato dall’attività “automatica” di efficientissimi algoritmi di *Machine Learning*<sup>21</sup>. Questi ultimi danno infatti all’amministrazione la falsa illusione di potere prevedere il futuro, sulla base di dati statistici riferiti al passato. E scontano pesantemente il rischio di elaborare previsioni sulla base di dati incompleti, inaccurati e non adeguatamente aggiornati. Oppure, peggio ancora, viziati da pregiudizi e c.d. “*bias* di conferma”: data la naturale tendenza degli esseri umani a cercare e “validare” solo quelle informazioni che supportano le loro convinzioni e ad ignorare, invece, quelle che le contraddicono. Non è ovviamente questa la sede per approfondire queste importanti questioni, che sono da tempo oggetto di analisi da parte degli studiosi delle scienze cognitive<sup>22</sup>.

Mi limito perciò a osservare che, alla luce di questo complesso quadro di riferimento – che implica senz’altro la comprensione di fenomeni che vanno ben al di là del mero ambito della scienza giuridica – per il momento è soprattutto la nostra giurisprudenza amministrativa che ha tentato di fornire indicazioni all’amministrazione su come non perdere la retta via, quella disegnata dal “diritto ad una buona amministrazione”,

<sup>21</sup> In argomento v. l’interessante volume di R. MARMO, *Algoritmi per l’intelligenza artificiale*, Milano, Hoepli, 2020, che fornisce utili chiavi di comprensione del fenomeno anche per non “addetti ai lavori”.

<sup>22</sup> Si veda ad es. la interessante raccolta di saggi sul tema di J.P. CAVERNI, J.M. FABRE, M. GONZALES (a cura di), *Cognitive Biases*, Amsterdam, Elsevier, 1990.



per inseguire il sogno della c.d. amministrazione di risultato<sup>23</sup>. Un risultato che, potenzialmente, può conseguirsi assai più rapidamente grazie all'uso di "macchine" che facciano uso di algoritmi di Intelligenza Artificiale.

Si tratta, in effetti, di quel sogno di "efficienza" dell'azione amministrativa che, nel 2005, ha fatto "derubricare" i vizi procedurali a meri "vizi minori", grazie all'inserimento, nell'impianto originario della l. n. 241/1990, del famigerato art. 21-*octies* (sono ormai vent'anni che me ne lamento: da ancor prima che la modifica venisse approvata con la l. n. 15 dell'11 febbraio 2005!)<sup>24</sup>.

Da lì all'idea che l'efficiente trattazione della pratica amministrativa sia tutto quello sui cui la pubblica amministrazione deve concentrarsi, il passo è davvero breve. Soprattutto in uno scenario di pubblica amministrazione che faccia uso delle più moderne tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

Mi pare invece evidente che si debba salvaguardare in tutti i modi l'essenziale funzione di strumento di organizzazione (degli interessi) del procedimento, tanto cara a Nigro. Se è vero, infatti, che le ICT possono aiutare a superare anche quelle distanze fisiche che impediscono talora ai cittadini di partecipare alla fase decisionale, oltre che di accedere ai servizi erogati, affinché ciò avvenga realmente è necessario adottare delle misure organizzative concrete per fa sì che l'"ambiente amministrativo" dominato dall'utilizzo delle ICT sia conforme ad esigenze primarie di partecipazione e trasparenza.

In questa prospettiva, occorre a mio parere anzitutto potenziare la figura del responsabile del procedimento. È lui la vera figura chiave di un'amministrazione digitale che sia in linea con le più essenziali esigenze di civiltà giuridico-amministrativa: quelle codificate nel diritto ad una buona amministrazione.

È infatti al responsabile del procedimento che dovrebbe competere la scelta di adottare soluzioni organizzative concrete che permettano di

<sup>23</sup> Fra le tante, si veda, oltre a Cons. Stato n. 2270/2019, cit., in particolare: TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 10 settembre 2018 n. 9224; Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019 n. 8472, tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

<sup>24</sup> Mi permetto infatti di rinviare su questo a D.U. GALETTA, *Le norme di disciplina dei c.d. "vizi formali" del provvedimento contenute nel d.d.l. n. AS-1281, di modifica della legge 241/90: spunti critici*, in *Il Foro amm. - TAR*, 5, 2003, p. 1813 ss.

potenziare (anziché depotenziare) gli strumenti di partecipazione grazie alle ICT. Sicché, il suo compito in uno scenario digitale, assume senz'altro un'importanza che va ben al di là di quel che concerne il mero obbligo (statuito dall'art. 41 CAD) di predisporre il c.d. "fascicolo informatico"<sup>25</sup>.

#### 4. *Riflessioni conclusive*

In conclusione, è mia convinzione che non vi siano obiezioni "sostanziali" rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività messi oggi a disposizione dalle ICT, nel quadro della loro potestà auto-organizzatoria<sup>26</sup>.

Tuttavia, mi pare necessario anche sottolineare che questi strumenti debbono venire utilizzati dalle amministrazioni pubbliche in maniera tale da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche alla sua essenziale funzione di organizzazione degli interessi.

Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l'attività delle pubbliche amministrazioni. Ma anche allo scopo di garantire un'istruttoria più completa e quindi maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della nostra Costituzione, oltre che a quel diritto ad una buona amministrazione sancito espressamente dall'art. 41 della Carta dei diritti UE.

<sup>25</sup> Per approfondimenti D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 85 ss.

<sup>26</sup> A tale riguardo si segnala che, nel frattempo, è stato approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici, con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), in *GU*, n. 77 del 31 marzo 2023. All'art. 30 esso prevede espressamente che «Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

Administrative Procedure as an Organisational Tool and the Consequences Related to the Use of ICT

*Diana-Urania Galetta*

Abstract: Pur nella convinzione che non vi siano obiezioni “sostanziali” rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività messi oggi a disposizione dalle ICT, nel quadro della loro potestà auto-organizzatoria, occorre segnalare come questi strumenti debbono venire utilizzati in modo da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche a quella essenziale funzione di “organizzazione degli interessi” tanto cara a Mario Nigro. Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell’amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l’attività delle pubbliche amministrazioni, ma anche maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., oltre che al diritto ad una buona amministrazione ex art. 41 della Carta UE.

Abstract: Although convinced that there are no “substantial” objections to the choice of allowing public administrations to make use of the tools of automation of their activities made available today by ICT, in the framework of their power of “self-organisation”, it should nonetheless be pointed out that these instruments must be used in such a way as to enable the administrative procedure to continue to fulfil its essential function of “organising the interests” so dear to Mario Nigro. Only in this way will it be possible to ensure that the digitalisation of public administration serves not only the purpose of speeding up and making the work of public administrations more efficient (in hypothesis), but also more in line with the principles of impartiality and good performance referred to in art. 97 Cost., and in compliance with the right to a good administration ex art. 41 of the EU Charter.

Parole chiave: pubblica amministrazione; digitalizzazione; TIC; procedimento amministrativo; organizzazione amministrativa

Keywords: Public Administration; Digitalisation; ICT; Administrative Procedure; Administrative Organisation



# La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica

*Enrico Carloni\**

## 1. Premessa

Il fenomeno della digitalizzazione pubblica, colto nella sua evoluzione prima come informatizzazione amministrativa, poi come “e-government”<sup>1</sup>, “amministrazione digitale”<sup>2</sup> e quindi “agenda digitale”<sup>3</sup>, ed ora come tensione verso l’amministrazione algoritmica<sup>4</sup> o robotica<sup>5</sup> ed il “potere” digitale<sup>6</sup>, fornisce un interessante (ancorché peculiare) punto di osservazione per riflettere sulla differenziazione regionale, intendendo con quest’ultima in particolare la capacità di esercitare in termini effettivi (e

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Perugia

<sup>1</sup> Sulla nozione di *e-government* e sul rapporto con i processi di informatizzazione precedenti, cfr. F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all’eGovernment*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>2</sup> Qui il riferimento è anzitutto il d.lgs. n. 82/2005, recante Codice dell’amministrazione digitale.

<sup>3</sup> Sulle politiche, europee, nazionali e regionali, per la “agenda digitale”, cfr. *infra*.

<sup>4</sup> La letteratura sul punto inizia ad essere notevole, ai nostri fini si v. es. B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del diritto, Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, spec. pp. 77-79; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, e R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, entrambi in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 3 ss., p. 119 ss.; E. CARLONI, *Al, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 30, 2020, pp. 1-12; C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, p. 24 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, p. 273 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2020, pp. 305-328.

<sup>5</sup> Si v. es. L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022

<sup>6</sup> Il ricorso alla categoria interpretativa del “potere” è ricorrente: v. es. M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

quindi con la conseguente produzione di discipline tra loro differenziate) l'autonomia normativa riconosciuta a livello costituzionale.

Non è però un caso se negli studi sempre più frequenti sulla digitalizzazione pubblica<sup>7</sup>, il tema regionale/federale/autonomico è sempre più in ombra: certo incidono in questa “cecità regionale” della dottrina la tensione verso l'uropeizzazione del diritto dell'amministrazione digitale (di cui gli scritti più recenti non mancano di dare conto<sup>8</sup>) e la tendenza ad una standardizzazione frutto delle dinamiche tecnologiche e di mercato a fronte della quale la stessa dimensione europea (certo quella nazionale, figuriamoci quelle infrastatali) appare incapace di governare i processi in atto. La crescente disattenzione al tema del “federalismo informatico” è comunque una evidenza.

Sarebbe però semplicistico risolvere la questione nei termini di una acquisita irrilevanza del tema della trasformazione digitale in quanto regionale. Il rapporto che lega Regioni e digitalizzazione pubblica è in effetti<sup>9</sup> complesso: per quanto lo spazio per la differenziazione regionale della materia sia ormai da tempo avvertito come esiguo, e peraltro esercitato senza particolare capacità di innovare l'ordinamento, tutto può dirsi men che la digitalizzazione sia stata sin qui il regno dell'uniformità.

La questione in effetti va però colta non solo (e forse non tanto) guardando alla differenziazione come *proprium* dell'esercizio di autonomia legislativa (e in termini più generali normativa), prospettiva che presto disvela gli ambiti contenuti, davvero “ai margini”, della legislazione regionale, ma cogliendo la differenziazione come risultato o modo di essere sostanziale di un fenomeno. Da questa angolazione, non può essere riscontrarsi nell'esperienza della digitalizzazione pubblica in ambi-

<sup>7</sup> Si cfr. in questo senso, oltre ai volumi già citati, S. ROSSA, *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, Padova, Cedam, 2021; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze, FUP, 2016 (ed *ivi* spec. la *Parte prima – Studi sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione*); G. SGUEO, *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Milano, Egea, 2022. Si v. anche F. DI MASCO, A. NATALINI, *Pubbliche amministrazioni. Tradizioni, paradigmi e percorsi di ricerca*, Bologna, Il Mulino, 2022, spec. pp. 169-213.

<sup>8</sup> In modo esemplare es. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, Il Mulino, 2023. Si v. es. anche R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit.; A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>9</sup> Sulla differenziazione come concetto v. E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

to regionale un significativo grado di differenziazione tra Regioni, e tra sistemi amministrativi regionali.

Non una differenziazione, quella su base legislativa, ma più differenziazioni. La differenziazione promessa dalla Costituzione, quella effettivamente frutto della disciplina regionale differenziata del fenomeno, quella praticata nel contesto di una digitalizzazione pubblica che ha lasciato ai diversi attori grandi spazi di libertà (in “solitudine”, se non in “abbandono”), salvo poi ridimensionarne le traiettorie differenzianti alla ricerca di standard e linguaggi comuni. E ancora la differenziazione come ricerca di una maggiore capacità e qualità, quindi come risultato auspicato da un sistema pubblico in cerca di una maturità digitale che si spera ormai prossima.

Ripercorrere le forme e le manifestazioni della differenziazione digitale permette di riflettere, da un lato, sul fenomeno del regionalismo “legislativo” e sui suoi limiti, dall’altro, sulla digitalizzazione pubblica nel suo complesso e sulle sue stagioni. Le diverse visuali da cui osserviamo la digitalizzazione e le sue declinazioni su base regionale permettono di ritornare su un percorso che dall’*eGovernment* passa, come accennato in apertura, per l’amministrazione digitale, per l’agenda digitale e quindi per l’amministrazione algoritmica (mentre già si avverte l’emergere delle intelligenze artificiali “amministrative”).

In questo sviluppo, i “percorsi” della differenziazione regionale paiono spesso stretti, con segnali che indicano a grandi caratteri destinazioni che si rivelano irraggiungibili. E d’altra parte proprio mentre la via della standardizzazione (che è parte del potere del digitale) pare obbligata, ecco aprirsi improvvisi e forse inattesi bivi che permettono la costruzione di traiettorie originali.

Tra le “false piste” spicca certo il percorso “costituzionale”, cosicché la via della differenziazione per legge da parte delle Regioni si disvela facilmente come un percorso stretto e accidentato. La qual cosa, è noto, caratterizza tanti versanti dell’autonomia legislativa regionale, tanto indurci a interrogare in termini problematici l’idea stessa delle Regioni come enti di legislazione, e da spingerci a riconsiderare criticamente l’investimento operato dalla riforma del Titolo V sulle competenze legislative regionali.<sup>10</sup> Questo, a ben vedere, tanto più nel momento in cui coor-

<sup>10</sup> Un dibattito, questo, ormai maturo, su ci v. es. il numero monografico di *questa Rivista*, 1, 2021. Si cfr. da ultimo anche in F. CORTESE, J. WOELK (a cura di), *Autonomie speciali e regiona-*

dinate di ulteriore riforma sembrano voler rilanciare la differenziazione su base regionale secondo un approccio che ci propone un percorso che si muove su un crinale scosceso, orientato alla valorizzazione dei territori più forti ma potenzialmente produttivo di effetti radicalmente disgregativi della Repubblica.

## ***2. La differenziazione attesa: la differenziazione come esercizio di autonomia***

In una riflessione su Regioni, differenziazione e digitalizzazione, il punto naturale di partenza è, ineludibilmente, l'art. 117 della Costituzione e l'assetto, che possiamo ricavarne, dei rapporti tra Stato e Regioni nella disciplina del fenomeno dell'amministrazione digitale.

In questi termini, si tratta di una questione oramai nota, anche perché definita nelle sue coordinate costituzionali già più di vent'anni addietro. Lo sviluppo legislativo dell'assetto di competenze prefigurato dalla Costituzione ha però seguito un percorso diverso, e non sempre lineare, nel quale il disegno tracciato dalla Carta fondamentale si è confrontato con continue trasformazioni del fenomeno della digitalizzazione pubblica, secondo coordinate di accelerazione che hanno messo spesso alle corde le istituzioni pubbliche e non meno stressato la capacità di governo di questi fenomeni da parte dei diversi livelli di governo, certo di quelli regionali. È comunque anzitutto per il necessario tributo alla legalità costituzionale (di cui pure si avvertono sempre più, nei diversi versanti del regionalismo, i tratti di pura forma) che il discorso sulla differenziazione su base regionale della digitalizzazione pubblica non può che partire da qui, da quello che la Costituzione ci dice nel definire le competenze su questi temi dello Stato e delle Regioni.

Un disegno, quello costituzionale, nel quale la digitalizzazione pubblica si colloca essenzialmente a cavallo tra competenze relative all'organizzazione (e quindi proprie di ciascun livello di governo, e quindi sicuramente di competenza regionale nella dimensione territoriale) e competenza statale trasversale sul coordinamento informatico, informatico e statistico dei dati delle amministrazioni di ogni livello di governo.



In termini costituzionali l'assetto delle competenze legislative (e quello, non più parallelo ma comunque intrecciato), delle competenze amministrative, definisce un "federalismo informatico" nel quale lo spazio della differenziazione regionale in termini teorici è dunque evidente, seppure costretto entro le coordinate del coordinamento (informativo e informatico, per quanto qui rileva, oltre che statistico) poste dalla lettera r) del secondo comma dell'art. 117<sup>11</sup>, del quale è stata data una interpretazione certo non restrittiva e del quale è stato fatto un ampio uso da parte dello Stato<sup>12</sup>.

Qui il discorso si muove su binari dunque consueti, ma anche con tutte le specificità del caso: anche circoscrivendo il tema alla transizione verso l'*eGovernment* (e quindi escludendo i temi più strettamente legati alla democrazia digitale, ma anche le questioni "di settore" più tipiche, come quelle che si tende a ricondurre alla digitalizzazione di specifici servizi pubblici a fruizione individuale, quali quelli legati ai diritti all'istruzione e alla salute), entrano in gioco secondo lo schema che ci propone il testo dell'art. 117, la presenza di una competenza generale-residuale "implicita" che si confronta con competenze statali (esclusive e concorrenti) necessariamente "esplicite".

Qui, dunque, la disciplina dell'*eGovernment*, che va inquadrato anzitutto (o quantomeno in prima battuta) come fenomeno organizzativo<sup>13</sup>, si lega naturalmente alla competenza regionale (per quanto la stessa collocazione ponga di converso anche la questione della riserva di competenza

<sup>11</sup> Rispetto a questa funzione, cfr. es. F. MERLONI, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, cit., p. 153 ss.; B. PONTI, *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 405 ss.; M. PIETRANGELO, *Brevi note sul coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*, in *Informatica e diritto*, 2004, p. 35 ss.; D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, p. 109 ss.

<sup>12</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. già F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 227 ss.; cfr. anche F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, Jovene, 2012, p. 47 ss.

<sup>13</sup> In questo senso già A. NATALINI, *LeGovernment nell'ordinamento italiano*, in G. VESPERINI (a cura di), *Le-Government*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'eGovernment*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*.

degli enti locali minori). Da qui l'attesa di un protagonismo regionale che però pare progressivamente essersi smarrito, tra affermazioni enfatiche di una centralità del tema della digitalizzazione in riforme amministrative orientate alla disciplina del procedimento<sup>14</sup>, semplificazione<sup>15</sup>, alla trasparenza<sup>16</sup>, all'anticorruzione<sup>17</sup>, o espressamente rivolte a definire le coordinate di sistemi digitali regionali, e legislazioni più operative ma spesso dall'orizzonte ben più circoscritto e più prosaicamente proiettate verso il riordino delle società pubbliche operanti nel settore digitale<sup>18</sup>. Ed in effetti spesso le regolazioni regionali si rivolgono essenzialmente all'organizzazione ed al funzionamento di uffici, strutture e articolazioni regionali, e possono quindi collocarsi a cavallo tra "digitalizzazione" e organizzazione degli uffici, se non espressamente di "riordino" delle società in controllo pubblico<sup>19</sup>.

In uno scenario in cui la digitalizzazione è spesso stata vista come riforma "a costo zero", a livello regionale affiora spesso l'idea di una digitalizzazione capace di produrre risparmi o comunque da cogliere essenzialmente in termini di contributo alla finanza pubblica, tanto che regole (anche ordinamentali) in materia sono a volte previste nelle leggi di bilancio<sup>20</sup>. Anche quando si prefigurano leggi formalmente di sistema, volte a porsi come cornice di riferimento per i processi di digitalizzazione, o persino dell'affermazione di diritti digitali dei cittadini<sup>21</sup> nella società dell'infor-

<sup>14</sup> Si tratta di regolazioni rivolte spesso a disciplinare, in particolare, a livello di principio l'uso della telematica nei rapporti con la p.a.; cfr. es. Lombardia, l.r. 1° febbraio 2012, n. 1; Piemonte, l.r. 14 ottobre 2014, n. 14.

<sup>15</sup> Marche, l.r. 16 febbraio 2015, n. 3; Friuli-Venezia Giulia, l.r. 15 marzo 2018, n. 9; l.r. 13 febbraio 2015, n. 1; Liguria, l.r. 8 giugno 2011, n. 13; Sardegna, l.r. 20 ottobre 2016, n. 24.

<sup>16</sup> Puglia, l.r. 20 giugno 2008, n. 15; Calabria, l.r. 4 novembre 2011, n. 39, «Tracciabilità informatica del procedimento amministrativo e misure per la trasparenza, il controllo e la legalità dell'attività amministrativa».

<sup>17</sup> Campania, l.r. 27 luglio 2012, n. 24.

<sup>18</sup> Per una rassegna della legislazione in materia, cfr., diffusamente, E. CARLONI, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.* 6, 2018, p. 698.

<sup>19</sup> Toscana, l.r. 21 maggio 2008 n. 28 (con modifiche successive e in particolare ad opera della l.r. 11 maggio 2018, n. 19); v. già Abruzzo, l.r. 14 marzo 2000, n. 25.

<sup>20</sup> Puglia, l.r. 28 dicembre 2012 n. 45; Toscana, l.r. 28 dicembre 2015, n. 82.

<sup>21</sup> Così ad esempio la Regione Campania, con la l.r. 28 luglio 2017, n. 23 (si v. in particolare l'art. 4 sulla "cittadinanza digitale").

mazione a livello regionale, normative quadro o regole per la “rete civica regionale”<sup>22</sup>, se ripulite da qualche eccesso di enfasi le legislazioni regionali si riconducono essenzialmente a profili operativi, alla disciplina di elementi organizzativi e al ridisegno di strutture regionali<sup>23</sup>. Non mancano approcci settoriali anche di un certo interesse, nei quali l’azione regionale appare però soprattutto di stimolo al tessuto produttivo o a sostegno dei processi di digitalizzazione di imprese operanti in specifici ambiti di interesse regionale<sup>24</sup>, mentre resta abbastanza limitata l’attenzione alla riduzione dei *divides* digitali dei cittadini.

### ***3. La differenziazione praticata: le “città-Stato digitali” e la diversificazione per abbandono***

La presenza di spazi ridotti per una disciplina differenziata solo in parte si è tradotta in tendenza all’uniformità: pur stante la funzione statale di coordinamento informativo informatico e statistico del secondo comma dell’art. 117 della Costituzione, l’esercizio di questa funzione è stata debole e ha faticato a contenere le tendenze centrifughe alla frammentazione ed allo sviluppo di sistemi informativi ed informatici, e di complessive strategie di digitalizzazione, “per silos”, da parte delle singole amministrazioni (in specie, regionali)<sup>25</sup>.

Se la differenziazione formale, per via normativa, del fenomeno digitale ha dunque trovato, nel ventennio che abbiamo alle spalle, uno sviluppo limitato, e a ben vedere decrescente, questo non significa dunque che la storia recente dell’*eGovernment*, e in termini più complessivi quella della digitalizzazione pubblica, non abbia conosciuto livelli importanti di differenziazione. Questo però sulla base di dinamiche materiali, in

<sup>22</sup> Es. Liguria, l.r. 18 dicembre 2006, n. 42.

<sup>23</sup> V. es. Umbria, l.r. 29 aprile 2014, n. 9.

<sup>24</sup> Così es. Marche, l.r. 17 marzo 2022, n. 4 (Promozione degli investimenti, dell’innovazione e della trasformazione digitale del sistema imprenditoriale marchigiano). Si v. anche, tra le Regioni a statuto speciale, Friuli-Venezia Giulia, l.r. 22 febbraio 2021, n. 3 (Disposizioni per la modernizzazione, la crescita e lo sviluppo sostenibile verso una nuova economia del Friuli-Venezia Giulia).

<sup>25</sup> Sull’esigenza di una più esplicita proiezione della funzione statale di coordinamento sulle infrastrutture e piattaforme delle amministrazioni territoriali, si v. l’emendamento (a prima firma Quintarelli), in sede di discussione alla Camera del testo della riforma costituzionale “Boschi – Renzi”. Cfr. E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e transizione digitale delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. pubbl.* 3, 2019, p. 372.

conseguenza di una pratica amministrativa che si è confrontata con un paradosso, a ben vedere non così atipico se osserviamo le vicende amministrative del Paese, vale a dire quello di una sorta di centralismo senza centro, nel quale la differenziazione è stata negata ma in concreto l'uniformità non è stata praticata, con l'effetto di una sorta di "differenziazione per abbandono" sviluppata nel diritto amministrativo vivente, frutto dell'azione di amministrazioni lasciate largamente a sé stesse nello sviluppo di soluzioni e risposte alla comune sfida digitale.

Si tratta di una questione, anche in questo caso già oggetto di riflessioni, rispetto alla quale sono importanti in particolare i dati raccolti e le analisi sviluppate in occasione dell'indagine parlamentare sul tema della digitalizzazione pubblica e dei suoi ritardi di alcuni anni addietro<sup>26</sup>.

Le amministrazioni pubbliche italiane si sono poste, nella cornice pure comune definita dalle strategie di *eGovernment* maturate a cavallo del passaggio di secolo e nel quadro di una regolazione comune ma spesso poco stringente posta anzitutto dal codice dell'amministrazione digitale<sup>27</sup>, secondo linee di sviluppo largamente autonome più per la debolezza della regia e della *governance* nazionale che per reale volontà di offrire una disciplina differenziata nella regolazione del fenomeno sul territorio regionale. Questo in un'era, quella digitale, in cui «il potere e l'efficacia dei processi dipendono anzitutto dalla standardizzazione»<sup>28</sup> (e dall'interoperabilità).

Lo scenario che precede la crisi pandemica (e la connessa straordinaria accelerazione nei processi di digitalizzazione pubblica) e quindi le prospettive legate al Piano nazionale di ripresa e resilienza è dunque

<sup>26</sup> Commissione Parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni, Relazione sull'attività svolta. La digitalizzazione della pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano, Roma, Camera dei deputati, approvata nella seduta del 26 ottobre 2017.

<sup>27</sup> Per un inquadramento generale del provvedimento, e per una lettura delle principali modifiche apportate dal d.lgs. n. 235/2010, cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, Maggioli, 2005; E. CARLONI, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 496 ss.; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 617 ss.

<sup>28</sup> F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Venezia, Marsilio, 2014, p. 31.

quello di un sistema differenziato per frammentazione, nel quale le amministrazioni e i sistemi territoriali si sono mossi ricercando soluzioni e seguendo criteri spesso indipendenti. Sistemi informativi e centri di elaborazione dati spesso non comunicanti al loro interno, non comunicanti e non interoperabili da altre amministrazioni, con tendenze più volte evidenziate dalla stessa Agid di «forte frammentazione delle risorse e frequenti situazioni di inadeguatezza tecnologica», a fronte delle quali lo stesso Commissario straordinario per l'Agenda digitale aveva proposto lo scenario di «dodicimila città-Stato digitali»<sup>29</sup>: «le pubbliche amministrazioni locali sono state abbandonate e oggi ci sono 12.000 città-Stato, monarchie digitali».

Una situazione cui non hanno potuto porre rimedio le iniziative regionali di coordinamento dei sistemi locali, di cui si trova a volte traccia nelle agende digitali regionali. Nelle strategie per le agende digitali regionali, che si inseriscono nella cornice europea e quindi nazionale dell'agenda digitale, rinveniamo infatti varie iniziative di coordinamento su base essenzialmente incentivante e promozionale, in particolare con la messa a disposizione (utilizzando per questo in particolare i fondi europei) di soluzioni infrastrutturali e di condivisione di basi di dati e interoperabilità, nonché mediante strutture regionali di coordinamento e promozione di azioni di sviluppo<sup>30</sup>. Questo mentre l'esigenza di un approccio diverso, più condiviso e con maggiore responsabilità regionale per il coordinamento di sistemi digitali locali, è emersa attraverso esplicite prese di posizione in seno alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Così L. ATTIAS (prima dell'assunzione della carica di Commissario all'attuazione dell'Agenda digitale), in occasione dell'audizione davanti alla Commissione parlamentare sulla semplificazione, il 20 marzo 2019: «non ci sono i dati, non possono esserci i big data: però abbiamo 11000 CED, ciascuno dei quali ha sviluppato in autonomia, differenziazione, incomunicabilità, innumerevoli applicazioni, che ci allontanano e non ci avvicinano alla soluzione del problema».

<sup>30</sup> Si v. es. l'agenda digitale della Regione Veneto ([agendadigitaleveneto.it](http://agendadigitaleveneto.it)) o quella della Regione Emilia-Romagna ([digitale.regione.emilia-romagna.it](http://digitale.regione.emilia-romagna.it)).

<sup>31</sup> In questo senso, da ultimo, la Commissione Innovazione Tecnologica e Digitalizzazione (ITD) della Conferenza ha approvato un posizionamento strategico sulle agende digitali regionali nella programmazione 2021-2027 ed un insieme di proposte al nuovo Governo per accelerare come «Sistema Paese». Tra queste le proposte di «Istituire una commissione di coordinamento tecnico, unica e stabile in materia di innovazione e trasformazione digitale, tra Stato, Regioni e

Una differenziazione per abbandono, per carenza di coordinamento, pur in presenza di una funzione forte di coordinamento: modelli forti ad attuazione debole, come aveva osservato in altri contesti Cammelli.<sup>32</sup> Non è questa la sede per ripercorrere le possibili ragioni di questa debolezza nell'esercizio della funzione di coordinamento (intesa nei termini di un'efficace *governance* del sistema), ma le ragioni di questa debolezza vanno ricercate soprattutto al centro<sup>33</sup>.

Una condizione critica, se pure attraversata da incessanti sollecitazioni normative (spesso, ma non solo, attraverso modifiche al codice dell'amministrazione digitale) e da continui "rilanci" politici attraverso documenti di taglio strategico. Ma anche una condizione progressivamente aggredita da più versanti, sia pure con evidenti difficoltà, sia nazionali che europei. La stagione della differenziazione per frantumazione continua a conformare alcuni caratteri dei sistemi informativi territoriali, ma viene progressivamente messa in discussione sia dall'emergere di più chiare tendenze al recupero di standardizzazione e interoperabilità su base nazionale, ma anche per via del maturare di una più solida strategia (con l'Agenda digitale) e cornice normativa europea.

Già nei piani frutto della strategia e dell'Agenda europea (si pensi ad esempio al piano di «Crescita digitale»), il tentativo di "rottura" (e messa in comunicazione) dei «silos»<sup>34</sup> (c.d. «*single agency approach*») passano per una più forte unificazione degli standard di informatizzazione delle p.a., guidando la transizione digitale che nel suo approssimarsi porta con

Province autonome, Autonomie locali» e di «Valorizzare le Autonomie regionali e locali, definendo il ruolo delle Regioni e Province autonome nei processi di innovazione e digitalizzazione».

<sup>32</sup> Il riferimento è a M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2014.

<sup>33</sup> Sull'evoluzione della *governance* della digitalizzazione pubblica (e quindi sui mutevoli caratteri dell'Aipa e dei suoi "eredi"), ampie riflessioni nella Relazione della Commissione sulla digitalizzazione, cit., spec. pp. 23-27; in materia cfr., rispetto alle diverse fasi, E. CARLONI, *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giorn. dir. amm.* 11, 2012, p. 1041 ss.; C. NOTARMUZI, *DigitPA: la terza riorganizzazione dell'informatica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 10, p. 1014 ss. Una rappresentazione plastica delle difficoltà legate alla complessità dei ruoli in commedia nello schema allegato al Piano triennale per l'informatica nelle pubbliche amministrazioni 2019-2021. Spunti interessanti in F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, cit.

<sup>34</sup> Sulla persistenza di una logica per "silos" e sulle azioni rivolte ad un suo superamento, cfr. da ultimo il «Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2017-2019» dell'Agenzia per l'Italia digitale.

sé standardizzazione<sup>35</sup> che in termini formali contribuisce a leggere in termini restrittivi lo spazio delle competenze normative regionali, mentre in termini sostanziali porta ad una riduzione della differenziazione “per abbandono”.

In questo scenario lo spazio per le Regioni è sempre più quello di un contributo alla definizione di alcune opzioni di *policy* attraverso i meccanismi di leale collaborazione, che non nell’individuazione di proprie strategie differenziate di digitalizzazione affidate a leggi regionali “innovative”<sup>36</sup>.

#### ***4. La differenziazione negata: i tre livelli di standardizzazione nell’accelerazione della transizione***

Il progressivo ridursi dei margini di differenziazione regionale può essere osservato da diverse angolazioni, e trova manifestazioni sia sul versante strettamente normativo, che di *governance*, che di evoluzione sostanziale dei fenomeni.

È avvertito da quasi un decennio l’emergere di un principio di standardizzazione<sup>37</sup>, che discende in termini ineludibili dall’esigenza di interoperabilità e quindi di comunicazione, che si cela dietro al disegno (anche più tradizionale) dei servizi di *eGovernment* e che a ben vedere è oggi tanto più necessario perché presupposto per la realizzazione di un sistema conoscitivo pubblico in grado di cogliere le potenzialità dei big data e dell’uso di intelligenze artificiali. Questo principio trova, nel corso degli anni più recenti, occasioni di consolidamento di cui si colgono manifestazioni sia dal punto di vista sostanziale che normativo. La tensione al rafforzamento delle istanze di uniformità si lega alla recente, e sempre più evidente, accelerazione della piena digitalizzazione delle amministrazioni: i progressi sul fronte di una piena digitalizzazione richiedono coordina-

<sup>35</sup> Cfr. in questo senso E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 2, p. 148 ss.

<sup>36</sup> In questo processo, la stessa funzione statale di coordinamento «va progressivamente assumendo anche una dimensione di unificazione degli standard di informatizzazione delle p.a., orientando in modo unitario gli investimenti pubblici in tecnologie dell’informazione e della comunicazione» come si evince in particolare dalla stratega «Crescita digitale». Un documento, questo, che (p. 5) prevede «il coordinamento di tutti gli interventi di trasformazione digitale e l’avvio di un percorso di centralizzazione della programmazione e della spesa pubblica in materia».

<sup>37</sup> Cfr. E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, cit., spec. pp. 152-155.

mento, comunicazione ed interoperabilità, condivisione di standard. Ne discende che è proprio l'esigenza di completare la transizione digitale a pretendere la ricerca di soluzioni e standard uniformi, "forzando" così le singole amministrazioni anche ad ordinamento autonomo.

Per quanto, come avverte ad esempio Costantino<sup>38</sup>, possa essere fuorviante interpretare la digitalizzazione pubblica ponendoci dal punto di vista della sua disciplina legislativa, già solo la lettura del codice dell'amministrazione digitale permette di apprezzare la crescente spinta verso l'uniformità/standardizzazione. Ed in effetti, seguendo le modifiche intervenute nel corso del tempo nel testo del d.lgs. n. 82/2005 è chiara la tensione verso una sempre maggiore vincolatività ed applicabilità all'intero sistema pubblico di una parte importante, e crescente, delle sue previsioni<sup>39</sup>. L'uniformità passa, in questo contesto, anzitutto per la definizione di piattaforme comuni all'intero sistema pubblico: sul lato dei servizi digitali, sul lato dell'accesso e della identificazione, sul lato delle forme di pagamento, e così via.

La transizione digitale si sviluppa tra irrobustimento dei vincoli normativi e sviluppo di soluzioni operative comuni, in una cornice che non è solo nazionale. Proprio dal contesto europeo discendono chiare indicazioni per la definizione di moduli standard, di azione e di organizzazione.

Nel definire i caratteri propri della digitalizzazione pubblica nello scenario europeo, si prefigurano le coordinate di un modello nel quale l'approccio *single agency* è radicalmente posto in discussione: lo dimostrano bene il combinarsi dei principi di *digital by default*, di costruzione dei servizi intorno all'esigenza dell'utente (che è anche un'esigenza di *one stop shop*) e soprattutto di *once only* (secondo cui un ente pubblico dovrebbe evitare di richiedere al cittadino informazioni già possedute da altre amministrazioni)<sup>40</sup>. Proprio l'idea di servizi digitali che presuppongono interoperabilità avanzata e semplificazione dell'esperienza del rapporto dell'utente con l'intero sistema pubblico,

<sup>38</sup> F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, cit., spec. pp. 22-36.

<sup>39</sup> Sull'evoluzione in questo senso del Cad già alla luce della riforma del 2010, cfr. E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, cit., p. 469 ss.

<sup>40</sup> Si v. ora es. anche l'art. 19 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), dove questi principi sono esplicitati e legati nell'art. 19.



mette in crisi l'approccio per silos e, con questo, i percorsi di differenziazione "anarchica".

Nella stagione più recente questa spinta alla standardizzazione/uniformità si alimenta ulteriormente nei processi legati alle "crisi" ed alle risposte alla crisi (pandemica, *in primis*, e quindi economica e di ripresa e resilienza). Le numerose misure di digitalizzazione previste dal piano di ripresa e resilienza, le connesse riforme (come quella, recente, della piena digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici<sup>41</sup>), le principali linee di investimento del Piano nazionale di ripresa (le infrastrutture digitali, la migrazione in *cloud*, i dati e l'interoperabilità, i servizi digitali e la cittadinanza digitale, la stessa *cybersecurity*, richiedono e prefigurano il completamento di una transizione digitale verso un sistema pubblico inteso come realtà composita ed integrata, pienamente comunicante, residente in via preferenziale in poli strategici nazionali (PSN) *cloud*.

L'investimento su dati e interoperabilità mira a garantire una migliore condivisione delle informazioni tra pubbliche amministrazioni centrali e locali, in ossequio al principio *once only*.

Il diritto dei contratti pubblici, che si propone dopo la recentissima riforma come diritto "sonda" nel campo della digitalizzazione<sup>42</sup>, è esemplare nel mostrare la tensione verso la standardizzazione, l'evoluzione verso sistemi digitali pubblici integrati ed interoperabili, la connessa riduzione degli spazi di autonomia (anche) regionale.

Se ci poniamo di fronte alla parte II del Libro I, relativa appunto al ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, cogliamo bene queste tendenze: le piattaforme devono rispettare standard comuni, definiti da regole tecniche di Agid, ed è in queste e attraverso queste che si realizzano, in un ambiente nativo digitale ed esclusivamente digitale, i rapporti legati alle diverse fasi del *procurement* pubblico, in condizioni di interoperabilità e

<sup>41</sup> V. il citato d.lgs. n. 36/2023, artt. 19-36 (Libro I, Parte II).

<sup>42</sup> Cfr., in materia, oltre al contributo in questa rivista, es. D.U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, p. 4 ss.; G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 19, 2023, p. 110 ss.; A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici e le procedure "automatizzate": le sfide del prossimo futuro*, *ivi*, p. 128 ss.; P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, pp. 302 ss.

nel rispetto dei principi di *digital by default* e *once only*. Ed è in questo scenario che la funzione statale di coordinamento informatico ed informativo è richiamata a reggere la costruzione unitaria del sistema, nella sostanziale assenza di spazi di differenziazione regionale. Piuttosto, per le Regioni è immaginato un diverso ruolo: di soggetti destinati a recepire questo impianto, ma anche a farsi carico di un'esigenza di supporto agli enti territoriali ed alle pubbliche amministrazioni locali.

##### **5. Conclusioni: la differenziazione necessaria, come ricerca di capacità**

Proprio questa "pista" è quella che forse ci aiuta a ritrovare un posto per le Regioni, non meramente di recezione delle decisioni assunte al centro e delle soluzioni definite da livelli di governo "superiori".

E di nuovo nel codice dei contratti pubblici riformato, che, come detto, propone le prospettive più innovative della digitalizzazione pubblica, sia intendendola come piena transizione in un ambiente esclusivamente (e nativamente) digitale, sia proiettandoci in uno scenario di automatizzazione e decisione algoritmica (e, addirittura ed espressamente anche mediante intelligenze artificiali), che questo percorso di supporto di sistema territoriale acquista una evidente centralità.

Nell'art. 30 del d.lgs. 36/2023, le condizioni di legittimità della decisione automatizzata, presentata come soluzione da percorrere "ove possibile", passano per una qualificazione sostanziale dei committenti pubblici che non può che essere di pochi. Percorrendo i principi della legalità dell'amministrazione automatizzata vediamo bene come questi rimandino inevitabilmente ad un'amministrazione capace: capace di comprendere essa stessa per prima la "logica" delle decisioni robotiche, capace di garantire che il potere digitale sia esercitato in condizioni tecniche che ne assicurino la verificabilità e permettano la correzione degli errori, capace in quanto dotata di competenze che le permettono di garantire una supervisione umana anche a fronte dell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, capace di organizzarsi per garantire l'assenza di discriminazioni algoritmiche. Il ruolo regionale, di una differenziazione regionale che va intesa anzitutto come migliore capacitazione del sistema territoriale<sup>43</sup>, segue un

<sup>43</sup> Cfr. d.lgs. n. 36/2023, art. 19, c. 8: «le Regioni e le Province autonome assicurano (...) il supporto alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti».

crinale che pare ormai evidente perché già prospettato sia nella fase dell'emergenza pandemica che in quella della ripresa e resilienza. In questo senso, proprio il codice dei contratti sembra prefigurare un futuro della digitalizzazione pubblica che non passa solo per la costruzione delle condizioni giuridiche per la piena transizione verso l'amministrazione algoritmica, ma anche per una diversa prospettiva interpretativa del rapporto tra le amministrazioni repubblicane nel nuovo scenario. Si tratta, d'altra parte, di una prospettiva di cui possono cogliersi le tracce già nello stesso codice dell'amministrazione digitale, che nel definire i ruoli di Stato, Regioni e autonomie nella digitalizzazione pubblica affida alle Regioni il compito di promuovere «sul territorio azioni tese a realizzare un processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa coordinato e condiviso tra le autonomie locali»<sup>44</sup>.

Il ruolo regionale, di supporto e di *relais* di sistema, va colto sia nella fase discendente che in quella ascendente: se è vero che le Regioni, insieme alle autonomie e allo stesso Stato adottano, in Conferenza unificata, gli indirizzi «per realizzare un processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa coordinato e condiviso», il ruolo di regia e supporto territoriale va proiettato anche nei termini di una capacità di indirizzo di sistema. Ed in questa prospettiva, il tema della differenziazione va riproposto anche in altri termini nel nuovo scenario dell'utilizzo di intelligenze artificiali in ambito pubblico: in un contesto nel quale è evidente il rischio dell'applicazione di algoritmi "privati", sia perché proprietari sia perché pensati e costruiti dentro i paradigmi dei mercati digitali, la funzione del pubblico diventa anche quella di governo dell'algoritmo e di capacità di determinare soluzioni differenziate per i servizi e le funzioni pubbliche. Se l'algoritmo è criterio del potere, è necessario disporre di capacità pubbliche in grado di sovrintendere al suo utilizzo, ma anche in grado di produrre algoritmi pubblici in quanto costruiti per far propri i principi dell'amministrazione democratica.

La capacità regionale deve divenire, in sostanza, capacità complessiva dei sistemi amministrativi regionali, e quindi capacità di contributo alla stessa funzione di indirizzo e coordinamento. Proprio la così profonda

<sup>44</sup> Cr. art. 14, c. 2-*bis*, d.lgs. n. 82/2005 «CAD».

capacità di penetrazione della funzione statale di coordinamento nelle maglie organizzative delle Regioni e delle autonomie ne impone, in ultima istanza, un esercizio coerente con il principio di leale collaborazione. Colto dal punto di vista della digitalizzazione, il fenomeno del regionalismo si mostra, ancora una volta ad oltre vent'anni dalla riforma del Titolo V che aveva inteso esaltare l'idea di Regioni di legislazione, incanalato su un binario ben diverso da quello immaginato e, forse, da riprogettare<sup>45</sup>. E in questo ripensare il ruolo delle Regioni, la prospettiva di un ruolo pivotale di sistema, di costruzione di capacità e supporto alle autonomie, di sostegno e regia di sistemi territoriali<sup>46</sup>, appare un orizzonte da non sottovalutare. Si tratta però anche di un percorso stretto, preso come è tra la persistente aspirazione ad una Regione legislatrice e la evidente tendenza verso una Regione di amministrazione<sup>47</sup>, tra teoria e pratica del regionalismo italiano.

The Expected Differentiation, the Practiced Differentiation: Ideas on Regional Autonomy and Public Digitalization

*Enrico Carloni*

Abstract: Lo scritto analizza, in chiave critica, l'evoluzione della digitalizzazione pubblica italiana vista dal punto di osservazione regionale. Quello tra Regioni e digitalizzazione è in effetti un rapporto complesso: per quanto lo spazio per la differenziazione regionale della materia sia ormai da tempo avvertito come esiguo, l'evoluzione dei sistemi locali non si è sicuramente orientata, per lungo tempo e in parte tuttora, nel segno dell'uniformità e del coordinamento "forte". Nel lavoro sono indagati, in particolare, il "modello" prefigurato dal testo costituzionale e la concreta pratica della digitalizzazione pubblica sul territorio, presa

<sup>45</sup> Su questa esigenza, cfr. F. CORTESI, *Riprogettare il regionalismo*, in *Le Regioni*, 3, 2022, pp. 381 ss.

<sup>46</sup> Per la prospettiva di un ruolo "pivotale" delle Regioni, cfr. anche E. D'ORLANDO, *La Regione come baricentro della comunità territoriale e la nuova «alleanza» con il sistema degli enti locali*, in *Le Regioni*, 6, 2021, p. 1401 ss.

<sup>47</sup> Su quest'ultimo versante, diffusamente si cfr. G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2021; v. anche E. CARLONI, *Le Regioni come enti di amministrazione*, in F. CORTESI, J. WOELK (a cura di), *Autonomie speciali e regionalismo italiano*, cit.

tra un possibile ruolo delle Regioni, le forme del coordinamento e della governance statale, le tendenze ad una differenziazione per abbandono delle realtà locali e le formidabili esigenze di standardizzazione che caratterizzano la materia.

**Abstract:** The paper critically analyzes the evolution of Italian public digitalization from a regional point of view. The relationship between regions and digitalization is indeed a complex one: although the space for regional differentiation of the subject has long been perceived as small, the evolution of local systems has certainly not oriented, for a long time and partly still, in the name of uniformity and “strong” coordination. In the work are investigated, in particular, the “model” prefigured by the constitutional text and the concrete practice of public digitization on the territory, taken between a possible role of the regions, the forms of coordination and state governance, trends towards a differentiation by abandonment of local realities and the formidable standardization requirements that characterize the matter.

**Parole chiave:** autonomia regionale; amministrazione digitale; coordinamento informativo; e-Government; agenda digitale; digitalizzazione; sistemi amministrativi territoriali

**Keywords:** Regional Autonomy; Digital Administration; Information Coordination; e-Government; Digital Agenda; Digitisation; Territorial Administrative Systems



# Digitalizzazione, autocertificazione e diritto dell'Unione europea

Jacques Ziller\*

## 1. Principio di attribuzione e digitalizzazione della pubblica amministrazione nello spazio amministrativo europeo

Un campo nel quale la digitalizzazione della pubblica amministrazione ha un potenziale molto importante di sviluppo sia per il cittadino, le imprese e le associazioni, sia per le pubbliche amministrazioni stesse è senza dubbio quello dell'autocertificazione. L'interconnessione di banche dati permette un controllo quasi immediato e quindi deve spingere le pubbliche amministrazioni ad estendere l'ambito dell'autocertificazione, se del caso oltre i confini di Stato, purché siano aumentate le cautele destinate ad evitare furti di dati nonché conseguenze di guasti ai sistemi informatici. Questo contributo<sup>1</sup> esplora qualche aspetto della problematica della digitalizzazione e dell'autocertificazione nello spazio amministrativo europeo<sup>2</sup> dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. La riflessione si focalizza sulla tematica essenziale e spesso trascurata delle basi giuridiche per una disciplina europea della digitalizzazione della pubblica amministrazione.

L'UE non possiede un potere generale di agire; a differenza di uno Stato sovrano – le cui competenze sono limitate solo dagli obblighi assunti con accordi internazionali – le competenze dell'Unione sono circoscritte a quelle conferite dai suoi Stati membri, secondo il principio di attribuzione che si applica alle organizzazioni intergovernative e viene richiamato ne-

\* Già Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pavia

<sup>1</sup> Il contributo è la versione scritta dell'intervento dell'A. al convegno svoltosi a Venezia il 4 novembre 2022 sul tema *La digitalizzazione e l'organizzazione della Pubblica Amministrazione*, integrato da riferimenti.

<sup>2</sup> V. per tutti M. P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012.

gli articoli 4 e 5 TUE<sup>3</sup> nonché 7 TFUE<sup>4</sup>. Quando si prospetta un'iniziativa per un'azione dell'UE, il primo compito dei giuristi della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo è quindi verificare se esiste una base giuridica per tale azione nei trattati. In ipotesi negativa, c'è il forte rischio che gli atti adottati vengano impugnati e, prima o poi, annullati dalla Corte di giustizia. Una base giuridica consiste in una o più disposizioni dei trattati che combinano i seguenti elementi. In primo luogo, l'azione prevista deve rientrare in un settore per il quale è stata conferita competenza all'Unione. Ciò avviene di solito attraverso una menzione specifica – ad esempio, il mercato interno (artt. 26, 27 TFUE nonché 114 e 115), la politica monetaria (artt. 127 ss. TFUE), la politica ambientale (artt. 191 ss. TFUE), ecc. In alcuni casi, la competenza è conferita in modo implicito e può essere dedotta combinando diversi elementi del «sistema dei trattati»<sup>5</sup>. In secondo luogo, l'azione può essere intrapresa solo per raggiungere gli obiettivi dell'Unione. Questi sono talvolta menzionati in modo specifico insieme alla disposizione che si riferisce al settore d'azione (ad es. art. 191 TFUE per la politica monetaria); in caso contrario, essi derivano dagli obiettivi più generali di cui all'art. 3 TUE. Di solito gli obiettivi sono enunciati con una stesura accuratamente scelta che pone dei limiti alle scelte politiche che possono essere fatte nell'esercizio delle competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione. Nel controllare la legittimità degli atti di diritto derivato, la Corte di giustizia dell'Unione verifica se le loro disposizioni sono coerenti con gli obiettivi fissati nei trattati e, in caso contrario, annulla l'atto in questione. In terzo luogo, l'azione può essere intrapresa solo utilizzando il tipo di atto specificato nella disposizione pertinente. Gli articoli dei trattati specificano spesso se si tratta dell'uso di direttive, o di regolamenti o di decisioni o lasciano la scelta tra diversi atti in alternativa; in molti casi

<sup>3</sup> Art. 5 par. 2: «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

<sup>4</sup> «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

<sup>5</sup> Giurisprudenza AETR (Accordo europeo trasporti su strada): Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio*, Causa 22-70, ECLI:EU:C:1971:32, punto 12.



lasciano un margine di scelta più ampio con l'uso della parola «misure» (v. ad es. artt. 114 – misure – e 115 TFUE – direttive). In ogni caso, anche quando si usa la parola «misure», queste possono assumere solo la forma degli atti stabiliti dai trattati, come risulta dall'art. 288 TFUE<sup>6</sup>. In quarto luogo, per costituire una base giuridica, le disposizioni pertinenti devono specificare la procedura che le istituzioni devono seguire. Per l'adozione di atti legislativi, si fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria, i cui dettagli sono specificati nell'art. 294 del TFUE, oppure si indica esplicitamente una procedura legislativa speciale (v. ad es. artt. 114 e 115 TFUE). Per gli atti non legislativi, la procedura da seguire è specificata in ogni caso dalla disposizione pertinente del trattato (v. ad es. artt. 108 e 109 TFUE per il controllo degli aiuti di Stato). Se le basi giuridiche pertinenti all'azione prevista non prevedono un tipo di atto che le istituzioni vorrebbero utilizzare – ad esempio un regolamento anziché una direttiva – l'art. 352 TFUE permette di adottare tale atto con una procedura specifica che richiede una decisione all'unanimità del Consiglio e il consenso del Parlamento europeo (PE); invece, l'art. 352 non può essere utilizzato per intraprendere un'azione in un campo non attribuito all'UE. Inoltre, il diritto derivato stabilisce le basi giuridiche per ulteriori atti di applicazione da adottare dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione e, se del caso, dalle autorità degli Stati membri. Tali atti di applicazione devono essere conformi alle disposizioni del diritto derivato pertinente, in primo luogo agli obiettivi indicati nel corpo dell'atto dell'Unione o nei suoi considerando introduttivi.

È indispensabile tener conto di quanto appena esposto per intendere la disciplina di diritto UE applicabile alla digitalizzazione e, in modo più ampio, all'intelligenza artificiale. Infatti, visto l'importante numero di proposte di atti e di comunicazioni della Commissione riguardo all'IA

<sup>6</sup> «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. – La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. – La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. – Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti».

pubblicate negli ultimi anni, si rischia di dimenticare i limiti che il principio di attribuzione impone alle istituzioni dell'UE.

Un esempio tipico è quello degli «Orientamenti etici per gli educatori sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) e dei dati nell'insegnamento e nell'apprendimento» pubblicati dalla Commissione il 25 ottobre 2022<sup>7</sup>. Leggendo questo documento, nonché la descrizione del cd. «Spazio europeo dell'istruzione»<sup>8</sup>, sembra che la Commissione europea agisca in qualche modo come un Ministero europeo dell'istruzione e delle università. Viene tra l'altro spiegato che «L'idea di creare uno spazio europeo dell'istruzione è stata per la prima volta avallata dai *leader* europei in occasione del vertice sociale tenutosi nel 2017 a Göteborg, in Svezia. I primi pacchetti di misure sono stati adottati nel 2018 e nel 2019 (...) Nel settembre 2020 la Commissione ha illustrato in una comunicazione la sua nuova visione per lo spazio europeo dell'istruzione e le azioni concrete per conseguirlo. Vi ha fatto seguito nel febbraio 2021 la risoluzione del Consiglio dell'UE su un quadro strategico per la collaborazione a livello europeo nel settore dell'istruzione e della formazione nel periodo 2021-2030». Chi non conosce il diritto UE potrebbe aspettarsi una legislazione europea riguardo, per l'appunto, l'istruzione.

Orbene, l'art. 165 TFUE, l'unica possibile base giuridica per una tale azione, specifica che si utilizza la procedura legislativa ordinaria per l'adozione di «azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», si tratta di competenze di mero sostegno, coordinamento e completamento, il che riduce in modo drastico le competenze dell'Unione in materia. È vero che gli Stati membri rimangono liberi di dare in qualche modo una portata giuridica ai documenti di cd. *soft law* adottati dalle istituzioni, come già ha fatto la legge 30 dicembre 2010, n. 240 (legge Gelmini) con l'art. 18 par. 1 secondo cui «Le università, con proprio regolamento adot-

<sup>7</sup> Commissione europea, Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, Orientamenti etici per gli educatori sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) e dei dati nell'insegnamento e nell'apprendimento, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2766/438>.

<sup>8</sup> Commissione europea, Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, Cos'è lo spazio europeo dell'istruzione, <https://education.ec.europa.eu/it/about-eea/the-eea-explained>, consultato ad aprile 2023.

tato ai sensi della legge 9 maggio 1989, n. 168, disciplinano, nel rispetto del codice etico, la chiamata dei professori di prima e di seconda fascia nel rispetto dei principi enunciati dalla Carta europea dei ricercatori, di cui alla raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell'11 marzo 2005 (...). Un tale rinvio non significa tuttavia che la chiamata dei professori universitari venga disciplinata dal diritto UE. Se esiste una base giuridica per il tema che ci interessa con questo saggio, occorre quindi verificare in maniera più precisa qual è questa base e quali vincoli pone. È particolarmente importante per evitare di cadere nella trappola delle critiche facili ma infondate, come molti dei commenti pubblicati riguardo il cd. *AI Act* dell'Unione sin dalla pubblicazione del progetto avvenuta il 21 aprile 2021<sup>9</sup>, le quali lamentano spesso il carattere complesso e non abbastanza ambizioso della disciplina proposta. Occorre invece tener conto del fatto che, come viene sottolineato nella proposta stessa, «La base giuridica della proposta è costituita innanzitutto dall'art. 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno» e che «inoltre, considerando che la presente proposta contiene talune regole specifiche sulla protezione delle persone fisiche per quanto concerne il trattamento di dati personali, in particolare restrizioni sull'utilizzo di sistemi di IA per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, è opportuno basare il presente regolamento, per quanto concerne tali regole specifiche, sull'art. 16 TFUE».

Succede, per l'appunto, che un atto sia collegato a più basi giuridiche diverse. La Corte accetta un riferimento a due o più basi giuridiche, solo se utilizzano la stessa procedura e gli stessi tipi di atti; nel caso di specie gli artt. 114 – sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno – e 16

<sup>9</sup> 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TEXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

TFUE – sul diritto alla protezione dei dati – si riferiscono entrambi alla procedura legislativa ordinaria.

Ciò detto, malgrado l'effetto di attrazione del mercato interno su molte materie collegate – come rammentato dall'art. 3 par. 3 primo comma TFUE<sup>10</sup> – occorre sempre trovare un collegamento tra un'azione proposta e la definizione dell'art. 26 par. 2 TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

Un esempio recente dell'effetto di attrazione del mercato interno è la proposta di una cd. Legge europea per la libertà dei media, pubblicata il 16 settembre 2023 con sottotitolo «La Commissione propone norme per proteggere il pluralismo e l'indipendenza dei media nell'UE». Sul sito *web* della Commissione si legge: «La proposta di regolamento prevede, tra l'altro, garanzie contro le ingerenze politiche nelle decisioni editoriali e contro la sorveglianza», e viene citato Thierry Breton, Commissario per il Mercato interno, che ha dichiarato: «L'UE è il più grande mercato unico democratico del mondo. Le imprese del settore dei media svolgono un ruolo fondamentale ma devono far fronte a un calo delle entrate, a minacce alla libertà e al pluralismo dei media, all'emergere di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e a un mosaico di norme nazionali diverse. La legge europea per la libertà dei media prevede garanzie comuni a livello dell'UE per garantire l'espressione di una pluralità di voci e la possibilità per i nostri media di operare senza ingerenze, private o pubbliche. Un nuovo garante europeo promuoverà un'applicazione efficace di queste nuove norme sulla libertà dei media e controllerà le concentrazioni dei media per garantire che non ostacolino il pluralismo»<sup>11</sup>. A prima vista un lettore esigente si chiede quale potrebbe essere la base giuridica di un tale regolamento, tenendo conto che disposizioni

<sup>10</sup> «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

<sup>11</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/news/european-media-freedom-act-commission-proposes-rules-protect-media-pluralism-and-independence-eu>.

come l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sulla Libertà di espressione e d'informazione non hanno i requisiti per costituire una base giuridica. E, infatti, leggendo la proposta di Regolamento, si vede che la sua base giuridica è l'art. 114 del TFUE e che «La proposta ha lo scopo di affrontare la frammentarietà degli approcci normativi nazionali relativi alla libertà e al pluralismo dei media e all'indipendenza editoriale. Ciò favorirà l'adozione di un approccio comune e il coordinamento a livello dell'UE, garantirà il funzionamento ottimale del mercato interno dei servizi di media e impedirà che in futuro emergano ostacoli alle attività dei fornitori di servizi di media in tutta l'UE»<sup>12</sup>.

## **2. Digitalizzazione e libertà di circolazione: l'esempio del cosiddetto Greenpass (certificato Covid digitale dell'UE)**

La libera circolazione dei cittadini degli Stati membri delle Comunità e poi dell'Unione è sempre stata garantita dai trattati, prima con il trattato CECA di Parigi del 1951 per i lavoratori dell'industria del carbone e dell'acciaio, poi con il trattato CEE di Roma del 1957 per i lavoratori dipendenti e autonomi nonché per i fornitori e destinatari di servizi, poi con le integrazioni al trattato CE dovute al trattato di Maastricht del 1992 per tutti i cittadini dell'Unione (art. 21 TFUE, ex art. 18 TCE)<sup>13</sup>.

Durante l'epidemia di Covid-19, il legislatore dell'Unione, su proposta della Commissione, ha adottato il 14 giugno 2021 la disciplina riguardo il certificato digitale Covid, conosciuto in Italia come *Greenpass*, e in Francia come *Pass sanitaire*. Il titolo stesso del Regolamento pone l'accento sulla verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione, per agevolare la libera circolazione delle persone<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> «1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi.

2. Quando un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1».

<sup>14</sup> Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione al Covid-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per

Nonostante le critiche mosse alla Commissione europea sui *social network* dagli oppositori che la accusano di aver imposto illegalmente la vaccinazione obbligatoria, il Regolamento non imponeva la vaccinazione ma solo il mutuo riconoscimento dei certificati, lasciando per l'appunto ad ogni Stato membro la scelta di imporre o meno vaccinazioni a talune categorie di persone. È vero che l'art. 168 par. 1, secondo comma indica «la lotta contro i grandi flagelli» come uno degli obiettivi dell'Unione in materia di sanità pubblica, ma la stesura della disposizione non permetterebbe all'UE di imporre un obbligo di vaccinazione. Ciò è già implicito nella stesura di questo comma: «L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero». Per di più il par. 4 specifica che si utilizza la procedura legislativa ordinaria per l'adozione di misure «che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati», «misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica» e «misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico»; un obbligo di vaccinazione per gli esseri umani – a differenza di un obbligo di vaccinazione per gli animali – non potrebbe quindi risultare da un atto dell'Unione.

Il passaporto digitale è stato un successo, perché ha permesso in grande parte di contrastare le misure individuali degli Stati membri le quali, senza una disciplina europea, erano giustificabili su base degli artt. 36 e 45 par. 3 TFUE. Il diritto alla libera circolazione delle merci e delle persone è effettivamente garantito dai trattati «fatte salve le restrizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica», come recita, ad esempio, l'art. 45 par. 3 per la libera circolazione

dei lavoratori. È da sottolineare che questo successo è stato possibile solo perché la Commissione aveva già lavorato da circa dieci anni per costruire un sistema di certificati di vaccinazione comune a tutti gli Stati membri che possa integrare e, se necessario, sostituire i tradizionali certificati cartacei. Infatti, esistono da tempo norme sanitarie internazionali emanate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), come il certificato di vaccinazione contro la febbre gialla, che si richiedono per l'ingresso in alcuni Paesi o aree tropicali, anche all'interno del territorio dell'UE come, ad esempio, per la Guyana francese<sup>15</sup>. La Commissione pensava che sostituire i certificati cartacei con un sistema possibilmente adatto all'uso di *smartphones* sarebbe stato un progresso per agevolare la circolazione, tra l'altro, dei trasportatori di merci, e quindi una misura desinata non solo alla libera circolazione dei lavoratori, ma anche delle merci. Il Regolamento del 14 giugno indica come base giuridica l'art. 21 par. 2 TFUE riguardo il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e precisa che «tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi», il che rinvia, per l'appunto, alle disposizioni relative al controllo sulle frontiere interne – art. 77, par. 2, e)<sup>16</sup>, nonché alle già citate disposizioni relative alle possibili restrizioni alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica.

Di particolare interesse per il nostro argomento sono gli articoli 3 e 4 del Regolamento. Secondo l'art. 3 relativo al «Certificato COVID digitale UE», la disciplina stabilita dal regolamento «consente il rilascio, la verifica e l'accettazione transfrontaliere» di una serie di certificati come il certificato di vaccinazione. Viene specificato anche che i potenziali titolari hanno il diritto di ricevere i certificati nel formato di loro scelta, cioè cartaceo o digitale, e che essi contengono un codice a barre interoperabile che consente di verificarne l'autenticità, la validità e l'integrità. L'art. 4 «Quadro di fiducia per il certificato digitale COVID dell'UE» specifica che esso

<sup>15</sup> V. il Regolamento Sanitario internazionale del 2005 disponibile sotto <https://www.who.int/fr/publications-detail/9789241580496>.

<sup>16</sup> «Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: (...) e) l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne».

«si basa su un'infrastruttura a chiave pubblica e consente il rilascio e la verifica affidabili e sicuri dell'autenticità, della validità e dell'integrità dei certificati» e «cerca di garantire l'interoperabilità con i sistemi tecnologici istituiti a livello internazionale». Si vede che il Regolamento è nello stesso tempo ambizioso riguardo gli obiettivi, ma realistico riguardo la fattibilità in tempo breve dell'interoperabilità. In ogni caso, viste le sfide in materia di sanità pubblica e visti i limiti imposti dall'art. 168 TFUE, non era possibile raccomandare un'autocertificazione da parte dei vaccinati, a differenza di ciò che accade per altre fattispecie.

### ***3. Autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto***

Il concetto di autocertificazione, ben noto in Italia dal cittadino comune, lo è molto meno in altri paesi dell'Unione, come Francia o Germania, dove è soprattutto noto ai produttori di quei beni la cui composizione è regolamentata da discipline specifiche europee o nazionali. L'esempio tipico è quello del marchio CE necessario per la commercializzazione di prodotti creato per garantire che soddisfino requisiti che offrano un grado elevato di protezione di interessi pubblici, come la salute e la sicurezza in generale, la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, la protezione dei consumatori, la protezione dell'ambiente e la sicurezza pubblica<sup>17</sup>. L'esempio dell'autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto verrà spiegato in questo saggio perché si tratta di un caso paradigmatico delle difficoltà da superare per garantire sia la praticabilità tecnica della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, sia il rispetto dei diritti delle persone fisiche e giuridiche coinvolte negli appalti pubblici.

Sin dagli anni Settanta del secolo scorso, l'Unione europea ha adottato delle direttive relative agli appalti pubblici con l'obiettivo di garantire l'assenza di discriminazione in ragione dell'origine nazionale (art. 18

<sup>17</sup> Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che abroga il regolamento (CEE) n. 339/93 (Testo rilevante ai fini del SEE), GUUEL 218, 13.8.2008, p. 30-47; Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE (Testo rilevante ai fini del SEE), GUUEL 218, 13.8.2008, p. 82-128.



TFUE)<sup>18</sup> delle imprese e dei soggetti partecipanti agli appalti pubblici in materia di contratti per la costruzione e la manutenzione di edifici, forniture di beni e servizi, quindi nell'ambito della libera circolazione delle merci, dei lavoratori e dei servizi. Le basi giuridiche di queste direttive sono l'art. 53, par. 1 riguardo il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste, l'art. 62 riguardo l'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste, nonché l'art. 114, riguardo il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri «che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». La direttiva vigente, del 2014<sup>19</sup>, trasposta in Italia dal Codice dei contratti pubblici, è di particolare interesse per la tematica dell'autocertificazione e della digitalizzazione.

Con l'art. 59 della direttiva viene introdotto il concetto di documento di gara unico europeo (DGUE). Il DGUE deve essere accettato dalle amministrazioni aggiudicatrici in modo da evitare discriminazioni indirette tra i partecipanti alle gare d'appalto dovute a regolamentazioni e prassi amministrative diverse da uno Stato membro all'altro. Il DGUE «consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa» una serie di condizioni indicate da questa disposizione. Secondo il par. 2 dell'art. 59 «Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica» e il par. 6 prevede che «Gli Stati membri mettono a disposizione e aggiornano su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Su richiesta, gli Stati membri comunicano agli altri Stati membri le informazioni relative alle

<sup>18</sup> «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

<sup>19</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE Testo rilevante ai fini del SEE, GUUE L 94, 28.3.2014, p. 65-242.

banche dati di cui al presente articolo». La disciplina relativa al Registro *online* dei certificati (e-Certis) viene stabilita dall'art. 61 della direttiva<sup>20</sup>. Non trattiamo qui dei soliti problemi tecnici da risolvere per garantire l'effettivo funzionamento di e-Certis, in particolare l'interoperabilità delle banche dati e la possibilità derivante dall'uso del sistema d'informazione del mercato interno (IMI), menzionato all'art. 86 par. 3 della direttiva, con avvio di un progetto pilota entro il 18 aprile 2015<sup>21</sup>. Ci concentriamo su un problema giuridico importante riguardo il modello di dichiarazione da utilizzare dall'operatore economico, che rimanda alla problematica delle basi giuridiche nel diritto derivato dell'Unione.

Secondo l'art. 59, par. 1, 3° comma, della direttiva, «Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico, in cui si attesta che il pertinente motivo di esclusione non si applica e/o che il pertinente criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice. Il DGUE indica inoltre l'autorità pubblica o il terzo responsabile per determinare il documento complementare e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari». Il par. 2 precisa che la Commissione stabilisce il modello di formulario per la dichiarazione formale mediante atti d'esecuzione. Essa ha adottato, per l'appunto, una serie di atti di esecuzione con tale scopo<sup>22</sup>. La Corte di giustizia è stata

<sup>20</sup> «1. Al fine di facilitare la presentazione di offerte transfrontaliere, gli Stati membri garantiscono che le informazioni concernenti i certificati e altre forme di prove documentali introdotte in e-Certis e stabilite dalla Commissione siano costantemente aggiornate. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono a e-Certis ed esigono in primo luogo i tipi di certificati o le forme di prove documentali che sono contemplati da e-Certis. 3. La Commissione mette a disposizione su e-Certis il DGUE in tutte le versioni linguistiche».

<sup>21</sup> V. per tutti G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 321-341.

<sup>22</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione, del 5 gennaio 2016, che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo), GU L 3 del 6.1.2016, pagg. 16-34; Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 (formulari elettronici), GU L 272 del 25.10.2019, pagg. 7-73; Regolamento di esecuzione (UE) 2022/2303 della Commissione del 24 novembre 2022 recante modifica del regolamento di esecuzione (UE)

chiamata ad interpretare la direttiva e uno degli atti di esecuzione<sup>23</sup>. Si trattava di sapere se un'impresa comune, la quale, senza essere una persona giuridica, assume la forma di una società disciplinata dalla normativa nazionale di uno Stato membro, deve fornire all'amministrazione aggiudicatrice soltanto il proprio DGUE. Nel caso di specie la Corte ha dovuto integrare il contenuto della direttiva e del relativo Regolamento di esecuzione 2016/7 con una distinzione tra il caso in cui tale impresa intende partecipare individualmente ad una procedura e dimostra di poter eseguire l'appalto di cui trattasi utilizzando unicamente il proprio personale e il proprio materiale, e il caso in cui tale impresa comune considera di dover fare appello alle risorse proprie di taluni soci. Nel primo caso basta che presenti il proprio DGUE, mentre nel secondo caso deve presentare il DGUE di ciascuno dei soci. Si può chiedere perché non sia previsto un sistema in cui basterebbe un elenco preciso dei soci, soluzione più conforme all'obiettivo dell'autocertificazione. Tale esempio dimostra che, anche se il sistema della direttiva è adatto a semplificare e ridurre gli oneri dei partecipanti a gare d'appalto, la semplificazione non è necessariamente tale da essere davvero utile per le piccole imprese. La Corte, tuttavia, ha notato<sup>24</sup> che l'«obiettivo di riduzione degli oneri amministrativi costituisce tuttavia solo uno degli obiettivi delle direttive summenzionate. In tale prospettiva, esso deve segnatamente essere conciliato con lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, che rientra nell'essenza stessa delle norme di diritto dell'Unione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed è segnatamente tutelato dal principio della parità di trattamento degli offerenti. (...) L'obbligo per un'impresa comune quale una società in nome collettivo (...) di presentare all'amministrazione aggiudicatrice un DGUE per sé stessa nonché un DGUE per ciascun soggetto del complesso dei soci (...) non può neppure essere in contrasto con il

2019/1780 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici, GU L 305 del 25.11.2022, pp. 12-50.

<sup>23</sup> CGUE, 8° Sezione, 10 novembre 2022, *Taxi Horn Tours*, Causa C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869; V. J. TRIBOUT, «*Marchés publics - Document unique de marché européen*», *Europe* 2023, 1, pp. 25-26.

<sup>24</sup> Par. 57-59.

principio di proporzionalità (...) tanto più che, come emerge sia (...) della direttiva 2014/24 sia dall'allegato 1 del regolamento di esecuzione 2016/7, gli operatori economici possono fornire un DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono tuttora valide e rimangono pertinenti. (...) Infine, l'obbligo per un'impresa comune, quale una società in nome collettivo, ai sensi del diritto dei Paesi Bassi, di presentare il proprio DGUE, nonché un DGUE per ciascuno dei soci sulle capacità dei quali intende fare affidamento, costituisce certamente un onere amministrativo, ma non può, in nessun caso, essere assimilato ad un obbligo di modificare il suo regime giuridico».

Con la giurisprudenza recente relativa alla direttiva del 2014 sono anche apparsi problemi giuridici più seri, anzitutto per quanto riguarda il rapporto tra il DGUE e i motivi di esclusione di cui all'art. 57 della direttiva. In estrema sintesi, la Corte ha messo in luce, tra l'altro, che le stazioni appaltanti devono procedere alla loro autonoma valutazione poiché «un'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere dalla decisione di un'altra amministrazione aggiudicatrice di risolvere un precedente contratto di appalto pubblico, per il fatto che l'aggiudicatario avrebbe affidato in subappalto una parte dei lavori senza la previa autorizzazione dell'amministrazione medesima, che tale aggiudicatario si sia reso colpevole di significative o persistenti carenze, ai sensi dell'art. 57, par. 4, lettera g), della direttiva 2014/24, in riferimento all'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa a tale appalto pubblico»<sup>25</sup>. Risulta da tale giurisprudenza che lo scopo del DGUE, cioè semplificare l'applicazione delle procedure di gara non solo per le imprese, ma anche per le amministrazioni aggiudicatrici, è in qualche modo contraddetto in una fase della valutazione anteriore alla verifica del DGUE, cioè nella valutazione dei motivi di esclusione.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții*, Causa C-267/18, par. 28. V. S. DE LA ROSA, *The appraisal of mandatory and optional grounds of exclusion and the use of digital platforms for tendering – To what extent the contracting authority enjoy a leeway?*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (eds.), *Public procurement and digitalization Information*, Bruxelles, Bruylant, di prossima pubblicazione.

#### 4. *Per concludere: il portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni, si va davvero verso un'amministrazione snella?*

Anche con l'aiuto della digitalizzazione, la semplificazione amministrativa è un'opera di Sisifo per il diritto UE come lo è per il diritto degli Stati membri. Un progetto bello in apparenza e che meriterebbe un ulteriore esame, è il Portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni, istituito dal relativo Regolamento<sup>26</sup>. I considerando contengono già di per sé qualche dichiarazione velleitaria, come ad esempio il n° 31: «Diverse reti e servizi sono stati istituiti a livello dell'Unione e nazionale per fornire assistenza ai cittadini e alle imprese nelle loro attività transfrontaliere. È importante che tali servizi, compresi i servizi di assistenza o di risoluzione dei problemi esistenti istituiti a livello dell'Unione, quali i centri europei dei consumatori, La tua Europa – Consulenza, SOLVIT, l'*helpdesk* sui diritti di proprietà intellettuale, *Europe Direct* e la rete *Enterprise Europe*, facciano parte dello sportello al fine di garantire che tutti i potenziali utenti possano reperirli. I servizi elencati nell'allegato III sono stati istituiti con atti vincolanti dell'Unione, mentre altri servizi operano su base facoltativa. I servizi istituiti tramite atti vincolanti dell'Unione dovrebbero essere tenuti a rispettare i requisiti di qualità stabiliti nel presente regolamento. I servizi che operano su base facoltativa dovrebbero conformarsi a tali requisiti di qualità se l'intento è quello di renderli accessibili mediante lo sportello. La portata e la natura di tali servizi, le loro modalità di gestione, le scadenze esistenti e le basi volontarie, contrattuali o di altro tipo su cui operano non dovrebbero essere modificati dal presente regolamento. Ad esempio, qualora l'assistenza che forniscono sia di natura informale, il presente regolamento non dovrebbe avere l'effetto di mutare tale assistenza in consulenza legale a carattere vincolante». Colpisce l'uso della parola «dovrebbero». Infatti, il Regolamento pubblicato il 21 novembre 2018 prevede all'art. 39 diverse date per la sua entrata in vigore, cioè, a seconda delle disposizioni elencate, il 12 dicembre 2020, il 12 dicembre 2022 e il 12 dicembre 2023. L'art. 32 riguardo i costi dispone che «Il

<sup>26</sup> Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 ottobre 2018, che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, GUUE L 295, 21.11.2018, pp. 1-38.

bilancio generale dell'Unione europea copre le spese per lo sviluppo e la manutenzione degli strumenti TIC a sostegno dell'attuazione a livello dell'Unione; la promozione dello sportello a livello dell'Unione; la traduzione di informazioni, spiegazioni e istruzioni, entro un volume annuale massimo per Stato membro» e che, invece, i costi relativi ai portali *web* nazionali, alle piattaforme di informazione, ai servizi di assistenza e alle procedure stabiliti a livello di Stato membro sono a carico dei rispettivi bilanci degli Stati membri. L'art. 36 del Regolamento dispone che entro il 12 dicembre 2022, e successivamente ogni due anni, la Commissione presenta una relazione di valutazione sul funzionamento dello sportello e sul funzionamento del mercato interno basata sulle statistiche e sulle informazioni raccolte conformemente agli articoli 24, 25 e 26. Il riesame riguarda, in particolare, la valutazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 14 – Sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove e applicazione del principio «*una tantum*». Al 1° maggio 2023 non era reperibile una tale relazione né sul sito della Commissione, né su quello del Parlamento europeo.

In una relazione pubblicata il 6 dicembre 2022, invece, la Corte dei conti dell'UE è stata piuttosto critica, come risulta anche dalla sua sintesi<sup>27</sup>:

«V. La Corte è giunta alla conclusione che le azioni della Commissione si sono rivelate efficaci soltanto in parte nel promuovere sia l'attuazione che l'adozione di soluzioni di *e-government* da parte degli Stati membri. La Commissione ha completato le azioni del piano d'azione per l'*e-government* 2016-2020 oggetto dell'audit. Tuttavia, non tutti i servizi pubblici digitali di nuova concezione sono disponibili in tutta l'UE a causa del ritardo con cui le azioni sono state attuate negli Stati membri. (...) VII. Inoltre, la Commissione non ha verificato in modo completo l'attuazione del piano d'azione nel suo insieme. Gli indicatori esistenti relativi all'*e-government* (l'analisi comparativa in materia di *e-government* e l'indice di digitalizzazione dell'economia e della società) non erano direttamente collegati a nessuna delle azioni attuate nell'ambito del piano

<sup>27</sup> Relazione speciale Azioni di *e-government* rivolte alle imprese. Le azioni della Commissione sono state attuate, ma la disponibilità di servizi amministrativi elettronici nell'UE non è ancora uniforme, [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR22\\_24/SR\\_e-Government\\_IT.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR22_24/SR_e-Government_IT.pdf), pp. 4-5.

d'azione e non erano pertanto idonei a misurarne l'impatto complessivo. (...) IX. Non esisteva una strategia globale per promuovere le soluzioni di *e-government* disponibili a livello dell'UE tra i principali utenti. La promozione delle soluzioni di *e-government* da parte della Commissione è stata limitata e non esisteva una visione d'insieme delle azioni intraprese a tale riguardo dagli Stati membri, sebbene sforzi coordinati avrebbero potuto produrre risultati migliori. X. La Commissione non ha valutato quanto le imprese fossero a conoscenza dei servizi amministrativi in rete disponibili e in generale non ha analizzato le esigenze in tale ambito, sebbene si tratti di un passo fondamentale per l'adozione dei servizi di *e-government*. L'unica eccezione è rappresentata da uno studio e un programma di conoscenza e apprendimento tra le piccole e medie imprese nel settore dell'identificazione elettronica e del mercato dei servizi fiduciari».

Vi sono quindi due reazioni possibili riguardo al Regolamento del 2018, quella di Shakespeare: *Polonius: What do you read, my lord? – Hamlet: Words, words, words*; o quella, da me preferita, di Guglielmo il Taciturno: *Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer*.

Digitalization, Self-Certification and EU Law

*Jacques Ziller*

Abstract: Il contributo esplora qualche aspetto della problematica della digitalizzazione e dell'autocertificazione nello spazio amministrativo europeo dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. La riflessione si focalizza sulla tematica essenziale e spesso trascurata delle basi giuridiche per una disciplina europea della digitalizzazione della pubblica amministrazione. Mentre l'introduzione del cd. certificato Covid digitale dell'UE è stato un successo, c'è ancora molto da fare per rendere agibile il sistema dell'autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto e per mettere davvero in opera il portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni.

Abstract: This contribution explores some aspects of the issue of digitalization and self-certification in the European administrative space from

the perspective of EU law. It focuses on the essential and often neglected issue of the legal basis for a European regulation of the digitalization of public administration. While the introduction of the so-called EU digital Covid certificate was a success, there is still much to be done to make the system of self-certification of participants in tenders viable and to really put in place the central digital portal for access to information.

Parole chiave: digitalizzazione; basi giuridiche nel diritto comunitario; contratti pubblici; Green Pass; Digital Single Gateway

Keywords: Digitisation; Legal bases in EU Law; Public procurement; Green Pass; Digital Single Gateway



# La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione

*Gherardo Carullo\**

## **1. Introduzione: la crescente rilevanza dei servizi offerti in forma digitale dalle amministrazioni**

Negli ultimi anni, l'evoluzione delle tecnologie digitali ha rivoluzionato la società, modificando il modo in cui viviamo, lavoriamo e interagiamo tra di noi. In particolare, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) hanno assunto un ruolo centrale nei rapporti tra i cittadini e le amministrazioni pubbliche, diventando un elemento cruciale per la modernizzazione e l'efficienza del settore pubblico. Questo processo ha portato alla crescente diffusione dei cosiddetti "servizi digitali", ovvero prestazioni di varia natura erogate tramite le ICT, così consentendo una maggiore accessibilità, rapidità ed efficienza nell'interazione tra amministrazione e cittadini.

Il punto di partenza dell'analisi è l'osservazione che gli strumenti digitali sono oggi alla base dei procedimenti amministrativi e dell'azione amministrativa in generale<sup>1</sup>. Al contempo, la crescente diffusione delle ICT nella società e nelle abitudini quotidiane ha determinato un innalzamento delle aspettative degli amministrati in relazione alla capacità di interagire e interfacciarsi con gli enti pubblici attraverso tali tecnologie. Sicché, da un lato, le amministrazioni sono in misura crescente dotate degli strumenti digitali necessari per soddisfare le esigenze degli amministrati, dall'altro la società stessa chiede al settore pubblico di essere in grado di agire e soddisfare le proprie esigenze attraverso l'uso delle ICT.

Il legislatore italiano, nel corso degli anni, ha risposto a queste aspettative attraverso una serie di interventi normativi volti a sancire il diritto dei cittadini all'uso delle tecnologie nei rapporti con le amministrazioni e ad

\* Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

<sup>1</sup> Circostanza già da tempo anticipata da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino [1994]*, vol. I, Vita&Pensiero, Milano, 2006, p. 937 (prima pubblicazione nel 1994, Venezia).

affermare l'obbligo delle stesse di rendere accessibili i propri servizi tramite le tecnologie digitali. Tra questi, il d.lgs. n. 82/2005, noto come Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), rappresenta la pietra angolare della regolamentazione dei servizi digitali nel diritto amministrativo italiano. Anche di recente, gli sforzi del Governo e della legislazione si sono orientati al rafforzamento ed all'ampliamento dell'offerta di servizi digitali attraverso il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che prevede interventi mirati all'adozione ed all'innovazione degli strumenti digitali esistenti e all'introduzione di nuovi sistemi, al fine di migliorare la *user experience* e l'accessibilità dei servizi digitali per tutti i soggetti dell'ordinamento<sup>2</sup>.

Nonostante l'indubbia crescente enfasi posta sui servizi digitali nel contesto italiano<sup>3</sup> e sovranazionale<sup>4</sup> e l'importanza attribuita al loro sviluppo ed alla loro diffusione, non emerge nella legislazione nazionale od europea una precisa nozione di quali prestazioni ed attività comunque operate dai soggetti pubblici rientrino in detta categoria<sup>5</sup>.

La mancanza di una delimitazione di quali attività possano essere ricondotte entro tale perimetro – quindi, ad esempio, se siano incluse quelle consistenti in funzioni amministrative in senso stretto – può generare ambiguità interpretative e difficoltà nella distinzione tra le diverse tipologie di prestazioni erogate tramite le ICT. Una più chiara delimitazione del concetto di servizi digitali può perciò risultare utile al fine di consentire una più consapevole ed efficace implementazione delle strate-

<sup>2</sup> Sugli interventi del PNRR mirati all'aggiornamento digitale delle pubbliche amministrazioni, v. E. DE GIOVANNI, *Gli interventi legislativi in materia di digitalizzazione della PA connessi all'attuazione del PNRR*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, nonché C. CONTESSA, *La modernizzazione e digitalizzazione della PA e gli impulsi degli Ordinamenti sovranazionali*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, cit.

<sup>3</sup> Cfr. per tutti A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. Pubb.*, 1, 2019.

<sup>4</sup> Sull'importanza del mercato interno digitale nella strategia di sviluppo europea, v. J.C. DE ABREU, *Digital Single Market as the new world to the European Union: repercussions in social and institutional regulatory structure – the universal service and the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) re-definition*, in *Unio - EU Law Journal*, 2018.

<sup>5</sup> Si noti che si fa specificamente riferimento in questa sede al settore pubblico, sicché non appaiono superare la questione le definizioni di cui al Regolamento 2022/1925/UE relativo a un mercato unico per i servizi digitali.

gie di digitalizzazione in seno alle pubbliche amministrazioni<sup>6</sup>, nonché per assicurare che le amministrazioni pubbliche possano adeguarsi alle aspettative dei cittadini ed alle sfide poste dall'evoluzione tecnologica. Nei paragrafi che seguono l'obiettivo è dunque di esaminare le diverse espressioni nel CAD che identificano i servizi digitali, quali «servizi in rete» e «servizi *on-line*», cercando di chiarirne la natura e le possibili implicazioni della definizione ricavabile dall'attuale normativa. In questo modo, l'analisi permetterà di gettare ulteriore luce sulla comprensione del concetto di quali attività – tra quelle attribuite ai soggetti pubblici del nostro ordinamento – rientrino nella categoria dei servizi digitali, con l'auspicio di contribuire a delineare le prospettive del settore, alla luce delle sfide e delle opportunità offerte dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

## ***2. Le diverse espressioni legislative che identificano servizi a vario modo erogati a distanza***

L'espressione «servizi digitali» ricorre, tra gli altri, nel CAD assieme ad altre analoghe formulazioni, ed in particolare a quelle di servizi in rete e di servizi *on-line*.

Sotto un profilo strettamente quantitativo, si può notare come l'espressione «servizi telematici» sia di gran lunga la più ricorrente nella legislazione nazionale, seguita dall'espressione «servizi digitali», «servizi in rete» e, infine, da «servizi *on-line*»<sup>7</sup>.

A fronte di tali dati, un primo dubbio può riguardare la natura dei servizi identificati dalle tre diverse espressioni<sup>8</sup>. Potrebbe infatti ritenersi che il legislatore, avendo utilizzato diverse formule, abbia inteso riferirsi a diversi servizi. Ovvero potrebbe ritenersi che la diversa terminologia sia meramente il frutto di un mancato coordinamento tra successive riforme

<sup>6</sup> In attuazione, ad esempio, dell'onere di progettazione e realizzazione dei sistemi informatici e dei servizi digitali di cui all'articolo 13-*bis* CAD.

<sup>7</sup> Numero di ricorrenze in atti normativi statali al 22/05/2023: «servizi telematici»: 110; «servizi digitali»: 49; «servizi in rete»: 33; «servizi *on-line*»: 15. I dati sono stati ricavati dal portale *normattiva.it*, eseguendo una ricerca per ciascuna espressione.

<sup>8</sup> In dottrina si è in effetti rilevato che «quali siano i servizi on line erogabili dall'amministrazione pubblica non viene precisato nella normativa in esame», v. A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line*, cit., p. 124.

me<sup>9</sup>, od anche del mutato contesto tecnologico per cui un'espressione sia divenuta più opportuna di una precedente.

Per sciogliere tale dubbio possiamo anzitutto prendere in considerazione le espressioni di servizi in rete e servizi *on-line*. La seconda appare quale mera traduzione della prima, e tale circostanza sembrerebbe confermata da una novella che ha, ad esempio, modificato la rubrica di due parti del CAD, sostituendo l'espressione «servizi in rete» con «servizi *on-line*»<sup>10</sup>. In effetti, l'espressione inglese rappresenta la mera traduzione dalla versione italiana. Tralasciando ogni considerazione sul motivo che abbia indotto il legislatore ad utilizzare formule in inglese laddove quelle già in uso in italiano apparivano parimenti idonee allo scopo<sup>11</sup>, si può ritenere che le due espressioni mirino ad indentificare esattamente gli stessi servizi<sup>12</sup>. Più complessa la questione per quel che riguarda la nozione di «servizi digitali» e di «servizi in rete». Ad un primissimo esame, la prima categoria potrebbe apparire più ampia della seconda. Si potrebbe infatti argomentare che l'aggettivo «digitale» qualifichi qualsiasi prestazione che sia fornita tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, pur senza che queste, in ipotesi, siano rese attraverso una connessione ad Internet. Senonché, a ben vedere, l'utilizzo dell'inciso «in rete» di cui alla suddetta seconda versione non presuppone, nel suo significato tecnico, che il servizio sia reso attraverso Internet, ben potendo lo stesso essere fornito anche attraverso altro tipo di rete, come ad esempio una rete locale interna all'ufficio od alla amministrazione che eroga la prestazione medesima<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> In tal senso R. BORRUSO, S. RUSSO, C. TIBERI, *L'informatica per il giurista: dal bit a Internet*, III Ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 36.

<sup>10</sup> V. le modifiche apportate dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, che ha, tra gli altri, modificato la rubrica del Capo V: «Dati delle pubbliche amministrazioni, identità digitali, istanze e servizi in rete *on-line*», nonché la Sezione III dello stesso: «Identità digitali, istanze e servizi in rete *on-line*».

<sup>11</sup> Sul che, chi scrive, si associa alla «opposizione al modello culturale del *«basic English for all»* già condivisibilmente argomentata da D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e corsi di studio in lingua straniera: fra conseguenze «a sistema» del contenzioso sui corsi «solo in inglese» al Politecnico di Milano e possibili scenari futuri*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, pp. 13-16.

<sup>12</sup> Nel proseguo, laddove occorrerà riferirsi a questa specifica espressione, si utilizzerà la versione in italiano «servizi in rete».

<sup>13</sup> Si pensi, ad esempio, ad un sistema di prenotazione *in loco* attraverso strumenti digitali, non connessi ad Internet, ma connessi alla rete locale per la gestione dei flussi di utenti.

Sotto un profilo strettamente tecnico, dunque, si potrebbe ritenere che anche queste due espressioni siano sostanzialmente coincidenti. Per verificare se ciò sia vero anche nelle intenzioni del legislatore, pare opportuno verificare come le stesse siano utilizzate in concreto nella normativa. Il che, peraltro, ci potrà essere utile anche per qualificare il contenuto dei servizi che il legislatore intende richiamare con tali espressioni. Per il che appare opportuno fare riferimento a quanto disposto dal CAD, nel quale entrambe le espressioni compaiono numerose volte.

Un'importante norma di riferimento per l'individuazione del significato dell'espressione «servizi digitali» è rappresentata dall'articolo 64 *bis*, intitolato «Accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione». La rubrica stessa dell'articolo suggerisce un'importante considerazione sul significato da attribuire all'aggettivo «digitali» che qualifica i servizi oggetto di analisi. Ivi si fa riferimento genericamente «ai servizi della Pubblica Amministrazione», laddove l'unico riferimento, indiretto, al «digitale» è data dall'aggettivo «telematico», che possiamo intendere quale modalità di fruizione tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione<sup>14</sup>. Tale circostanza è significativa per due ordini di ragioni. In primo luogo, nel testo dell'articolo sono indifferentemente utilizzate sia le espressioni «servizi in rete», sia «servizi digitali», oltre a varianti di queste. Il che supporta l'idea per cui le stesse si vogliono riferire ad un'unica categoria di prestazioni. In secondo luogo, il comma 1-*quater*, introdotto nel corso della crisi pandemica nell'estate del 2020<sup>15</sup>, indica che le pubbliche amministrazioni<sup>16</sup>, «rendono fruibili tutti i loro servizi anche in modalità digitale»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Al comma 1 dell'articolo si indica infatti, ad esempio, che la fruizione dei servizi in rete può avvenire attraverso il «punto di accesso telematico», il che dunque non lascia spazio a dubbi circa il fatto che si tratti di prestazioni offerte con il supporto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

<sup>15</sup> Il comma è stato aggiunto dall'articolo 24, comma 1, lett. *f*), n. 2), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>16</sup> Più precisamente, la norma fa riferimento ai «soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a)», ossia «alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...], ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione».

<sup>17</sup> La norma prosegue indicando che «al fine di attuare il presente articolo, avviano i relativi progetti di trasformazione digitale entro il 28 febbraio 2021». Per un commento sulle prospettive

Sotto un profilo letterale, va evidenziato che la norma espressamente indica che la stessa si riferisce a *tutti i servizi* delle pubbliche amministrazioni, statuendo che gli stessi devono essere forniti «anche» in modalità digitale. Tale previsione, dunque, se analizzata nel contesto nella quale è stata inserita, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto prendere in considerazione non solamente alcune prestazioni, ma abbia invece inteso complessivamente trasformare le modalità con le quali il «cittadino-utente»<sup>18</sup> si può avvicinare all'amministrazione per ricevere le prestazioni da questa erogate.

Per altro verso, va ricordato che la norma è stata emanata, in via d'urgenza, nei mesi immediatamente successivi al c.d. primo *lock-down* dovuto all'emergenza pandemica da Covid-19. È sufficiente in proposito ricordare che, a partire da marzo 2020, con misure di variabile intensità a seconda dell'andamento della crisi sanitaria, le autorità pubbliche hanno vietato o ristretto significativamente la circolazione sul territorio nazionale, e così anche l'accesso agli uffici pubblici.

Ciò ha determinato l'immediata esigenza di garantire per via telematica molteplici funzioni, in precedenza erogate prevalentemente, se non esclusivamente, "in persona". Gli esempi potrebbero essere innumerevoli, anche perché in continua crescita. Tra i tanti, si può citare l'introduzione dell'obbligo – e non mera facoltà – di presentazione delle pratiche edilizie con la sola modalità telematica<sup>19</sup>, che appare particolarmente

di riforma introdotte dal d.l. 76/2020 v. F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, p. 877 ss.

<sup>18</sup> Espressione già usata da A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, p. 993 per evidenziare come debba essere l'amministrazione al servizio del cittadino. Sul tema v. in particolare B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, CEDAM, Padova, 2007, la quale enfatizza la «centralità del rapporto d'utenza nella crisi della cittadinanza», e, della stessa Autrice, v. anche *Cittadino e utente*, in *Jus*, 1, 2003, le cui intuizioni appaiono oggi confermate dall'evoluzione normativa e dalla crescente qualificazione delle prestazioni delle amministrazioni quali servizi. Più di recente, per un quadro dell'evoluzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, v. F. LAUS, *La posizione del cittadino nelle relazioni con la pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 62, 2021, p. 72 ss.

<sup>19</sup> Si veda ad esempio la determinazione dirigenziale n. 1037 del 30/12/2020 con cui è stato introdotto l'obbligo nel Comune di Cattolica, da gennaio 2021, di presentazione delle pratiche edilizie con la sola modalità telematica. Quello della presentazione *online* delle pratiche edilizie non è peraltro un fenomeno nuovo, v. M. MARTONI, *Servizi online della pubblica amministrazione*

rappresentativo in quanto legato ad una funzione essenziale degli enti territoriali, ossia il «governo del territorio»<sup>20</sup>.

Se ne può dunque ricavare che in tale contesto, laddove il legislatore ha imposto di rendere disponibili i servizi in forma digitale, ha implicitamente inteso garantire che gli stessi fossero fruibili a distanza, grazie alle intrinseche caratteristiche delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La novella introdotta nell'estate del 2020 è perciò particolarmente utile nell'identificazione del concetto di «servizi digitali» poiché, per la sua formulazione, collocazione e per il periodo storico nel quale è stata introdotta, appare necessariamente riferirsi a tutte le prestazioni di qualsiasi natura fornite dalle amministrazioni.

Un'altra menzione che è utile ricordare dell'espressione «servizi digitali» è quella di cui all'articolo 8 CAD relativo alla «alfabetizzazione informatica dei cittadini». Ivi il legislatore indica la volontà di promuovere iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con il fine, tra gli altri, anche di incentivare l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni. Si tratta anche in questo caso di un'ampia accezione, che da un lato conferma l'idea per cui sia riconducibile alla medesima categoria dei servizi in rete, e dall'altro che si tratti di prestazioni di varia natura di interesse dell'intera collettività.

Tale ultima considerazione appare supportata e confermata anche dall'articolo 13-*bis*, comma 2, del CAD ove si dispone che i sistemi e servizi digitali delle amministrazioni pubbliche siano realizzati «nel rispetto del principio di non discriminazione, dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone e della disciplina in materia di perimetro nazionale di sicurezza cibernetica».

L'attenzione del legislatore ai temi dell'accesso universale ai servizi delle amministrazioni, nonché la preoccupazione che questi siano erogati secondo modalità atte a garantire il confinamento di questi entro

*ne: l'informatizzazione della dichiarazione di inizio attività in materia edilizia*, in *Cyberspazio e Diritto*, Enrico Mucchi Editore, 11, 2010.

<sup>20</sup> Nella sua unitaria ed ampia accezione «quale funzione e momento unitario di coordinamento delle diverse scelte e dei diversi interessi incidenti sul territorio», G. PASTORI, *Governo del territorio e nuovo assetto delle competenze statali e regionali*, in B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 29.

il «perimetro nazionale di sicurezza cibernetica» porta a concludere che le prestazioni di cui si tratta non siano mere prestazioni economiche, bensì funzioni legate a poteri autoritativi volti alla cura dell'interesse pubblico. Il «perimetro nazionale di sicurezza cibernetica» è stato infatti istituito dall'articolo 1, comma 1, del d.l. 105/2019, «al fine di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale».

Se ne deve dedurre che laddove l'articolo 13-*bis*, comma 2, CAD richiede che i servizi digitali siano realizzati assicurando che gli stessi restino entro tale «perimetro», ricollega necessariamente tali prestazioni a quelle funzioni pubbliche considerate dal citato articolo 1 del d.l. 105/2019. In altre parole, alla luce del combinato disposto dell'articolo 13-*bis*, comma 2, CAD e dell'articolo 1, comma 1, d.l. 105/2019 i servizi digitali risultano quale ampia categoria, all'interno della quale sono comprese una varietà di attività svolte da soggetti pubblici, tra cui anche funzioni essenziali per il funzionamento dello Stato.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) introduce ulteriori concetti attinenti alla nozione di servizi digitali. In particolare, l'articolo 21 prescrive la gestione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici, che include programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione. Queste attività devono essere gestite attraverso piattaforme e servizi digitali interoperabili, nel rispetto del CAD. L'articolo 22, invece, parla dell'«ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*)», sottolineando l'importanza delle piattaforme e dei servizi digitali infrastrutturali nel facilitare la gestione di tale ciclo. Il significato di servizi digitali rinvenibile nel nuovo Codice dei contratti pubblici risulta dunque in linea con quello emerso dall'analisi del CAD, sostanzialmente quali prestazioni rese tramite strumenti informatici interconnessi di supporto all'attività delle amministrazioni e dei privati.



Altra conferma in tal senso la si può ricavare dall'articolo 7 del d.lgs. 105/2022 di attuazione della Direttiva 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, ai sensi del quale l'INPS – in vista della promozione delle misure a sostegno dei genitori e dei prestatori di assistenza – «attiva specifici servizi digitali per l'informazione e l'accesso ai congedi e ai permessi disponibili per i lavoratori con responsabilità di cura».

Passando all'espressione «servizi in rete» (o «servizi *on-line*»), un utile riferimento per valutarne natura e contenuto, e così confermarne la loro sostanziale identità con l'espressione «servizi digitali», è rinvenibile all'articolo 7 che sancisce il «diritto a servizi *on-line* semplici e integrati». Il comma 01, indica che «chiunque ha diritto di fruire dei servizi erogati dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, in forma digitale e in modo integrato, tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni e il punto di accesso di cui all'articolo 64-*bis*, anche attraverso dispositivi mobili». Si tratta, dunque, ancora una volta, di un generico riferimento ai servizi erogati da soggetti pubblici, e si mira, anche in questo caso, a garantirne la massima fruibilità possibile, addirittura espressamente riferendosi ai dispositivi mobili.

Del pari, l'articolo 64 CAD, nel disciplinare le «modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni» sin dalla rubrica ora citata utilizza una variante dell'espressione «servizi in rete» in base alla quale, nella qualificazione di «servizi», l'inciso «in rete» sembrerebbe meramente rappresentativo delle modalità di erogazione e fruizione, non del tipo di attività.

Infine, il già citato articolo 7, comma 3, CAD, sancisce, «per i servizi in rete» resi da soggetti pubblici, la possibilità di «esprimere la soddisfazione rispetto alla qualità, anche in termini di fruibilità, accessibilità e tempestività, del servizio reso». Dal che, ancora una volta, si può dedurre che si tratti di servizi di generale interesse della collettività, rispetto ai quali risultano di particolare importanza le caratteristiche elencate dal legislatore, ossia fruibilità, accessibilità e tempestività.

Alla luce della terminologia utilizzata dal legislatore, è infine necessario valutare anche il significato tecnico dei suddetti termini. In ambito tecnologico, le espressioni «digitale», «in rete» e «telematico» possono avere delle sottili differenze: «digitale» è l'aggettivo più generale e può

riferirsi a qualsiasi servizio che utilizza tecnologie basate su numeri discreti per l'erogazione<sup>21</sup>. Questo include, ma non è limitato a, servizi forniti su Internet. "In rete" tende a riferirsi più specificamente ai servizi (digitali) che sono erogati attraverso una rete di qualsiasi tipo, che può includere Internet, ma può anche includere altri tipi di *network*<sup>22</sup>. Infine, "telematico" è più specifico ancora e si riferisce principalmente ai servizi erogati utilizzando telecomunicazioni e informatica<sup>23</sup>. Questo termine viene spesso utilizzato per descrivere la modalità di fruizione di servizi tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Esaminando tali nozioni alla luce dell'articolo 7, comma 01, del CAD possiamo trarre una chiara interpretazione del significato da attribuire a «digitale», «in rete» e «telematico»<sup>24</sup>. La tecnologia e la connettività Internet si rivelano elementi imprescindibili nel significato inteso dal legislatore. La menzione esplicita dei «dispositivi mobili» suggerisce un'interpretazione di servizi che possono essere usufruiti a distanza, da qualsiasi luogo e mediante qualsiasi dispositivo digitale. Questa affermazione conferma e amplifica l'intendimento del legislatore di realizzare un'amministrazione connessa, accessibile e adattabile ai progressi tecnologici.

In tal senso si è ad esempio affermato in dottrina che il diritto alla «effettuazione di pagamenti con modalità informatiche» sancito dall'articolo 5 del CAD deve essere inteso nel più ampio senso onde comprendere tutti gli strumenti che, a qualsiasi modo, consentano di eseguire un pagamento tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Sulla nascita ed evoluzione del termine "digitale", v. P.E. CERUZZI, *Computing: A Concise History*, MIT Press, Cambridge, MA, 2012, p. 1 ss..

<sup>22</sup> Sulla nozione di rete quale mezzo di comunicazione, v. R. BORRUSO, S. RUSSO, C. TIBERI, *L'informatica per il giurista*, cit., p. 396.

<sup>23</sup> In tal senso v. G. CASSANO, G. VACIAGO (a cura di), *Diritto dell'internet*, CEDAM, Padova, 2012, p. 165. Nella dottrina straniera, v. anche G. KOUBI, *Introduction*, in *RFAP*, 2, 2013, p. 268.

<sup>24</sup> Secondo tale norma, giova ricordarlo, chiunque ha diritto di fruire dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni «in forma digitale e in modo integrato, tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni e il punto di accesso di cui all'articolo 64-bis, anche attraverso dispositivi mobili».

<sup>25</sup> V. A. MASUCCI, *Innovación administrativa y administración digital. La iniciación del procedimiento administrativo por vía telemática en la experiencia italiana*, in *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 1, 2011, pp. 186-187.

I diversi termini tecnici utilizzati dal legislatore vanno dunque intesi, dal punto di vista del giurista, come sinonimi di accessibilità e flessibilità. Infatti, nell'era digitale, l'uso dei servizi della pubblica amministrazione avviene principalmente attraverso dispositivi digitali, collegati a Internet e utilizzabili a distanza. Questo è in linea con l'evoluzione della società e delle tecnologie e risponde alla necessità di garantire a tutti la fruizione dei servizi pubblici in modo efficiente e senza vincoli di spazio e tempo. Inoltre, la presenza di un punto di accesso centralizzato, come stabilito dall'articolo 64-bis, rafforza l'idea di un'amministrazione pubblica che si adatta alle esigenze dell'utente, piuttosto che il contrario.

### **3. Servizi digitali: tra funzioni autoritative e servizi pubblici**

Alla luce della suesposta analisi delle diverse espressioni usate dal legislatore per identificare prestazioni erogate tramite l'uso delle ICT, pare potersi concludere che le tre espressioni rinvenibili nel CAD<sup>26</sup>, e loro varianti, si riferiscano tutte alla stessa categoria di servizi. Ciò sia per questioni tecniche, sia semantiche, sia, infine, per il significato che il legislatore vi ha attribuito nelle norme che si sono analizzate. Nel proseguo ci si riferirà dunque unitariamente alla nozione di servizi digitali<sup>27</sup>, quale sinonimo delle espressioni «servizi in rete» e «servizi *on-line*», quale unitaria nozione atta ad individuare tutte le categorie rilevanti di prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni tramite le ICT.

Avendo così delimitato la categoria dei servizi digitali, si può ritenere che la stessa comprenda al suo interno almeno tre diverse tipologie di prestazioni erogate da soggetti pubblici.

Anzitutto, sono annoverabili all'interno di tale nozione le attività delle pubbliche amministrazioni che si sostanziano nell'esercizio di una funzione in senso stretto<sup>28</sup>. Si potrebbero definire questi quali «servizi

<sup>26</sup> Ossia le più volte citate «servizi digitali», «servizi in rete» e «servizi *on-line*».

<sup>27</sup> Da qui in poi senza virgolettatura sia per indicare il riferimento all'accezione dell'espressione qui individuata.

<sup>28</sup> Secondo quanto spiegava F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione [1950]*, in *Scritti Giuridici*, vol. II, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 59, «funzione è [...], in senso stretto, non un aspetto dell'attività, ma è l'attività nel suo farsi e perciò rappresenta un momento dell'agire in cui questo non è ancora atto, ma e però già più che attività e cioè più che l'astratta possibilità di agire sia pure in vista di un fine o per un effetto».

*online* burocratici<sup>29</sup>, per indicare prestazioni alla base delle quali vi è l'esercizio di un potere pubblico di tipo autoritativo, ma al contempo inquadrando anche questo rapporto nella prospettiva del cittadino-utente già richiamata sopra<sup>30</sup>.

Rispetto a queste attività appare tuttavia necessario tracciare un'importante distinzione tra ciò che costituisce servizio e quanto, invece, resta manifestazione di un potere autoritativo unilaterale non sussumibile nella nozione di servizio digitale. Pare potersi ricondurre a quest'ultima categoria solo la predisposizione e messa a disposizione dell'applicazione *software* in grado di consentire l'interazione a distanza con l'amministrazione, mentre parrebbe dover restare esclusa l'attività propriamente amministrativa volta all'adozione del provvedimento finale, in quanto manifestazione del potere pubblico.

La distinzione tra le attività rientranti nel concetto di servizio digitale e quelle riconducibili alla nozione classica di funzioni autoritative è importante per comprendere il ruolo delle amministrazioni nell'era digitale. Mentre i servizi digitali sono strumenti utili per migliorare l'interazione tra l'utente e l'amministrazione, l'adozione di provvedimenti finali richiede ancora l'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione e resta perciò disciplinato e regolato dagli istituti del diritto amministrativo.

Si noti che ciò non significa che l'attività burocratica interna non possa essere automatizzata, né tantomeno significa che il processo di erogazione del servizio (digitale) non possa essere unitario. Sotto un profilo tecnico è ben certo – allo stato attuale della tecnologia – che l'erogazione della prestazione possa avvenire attraverso un unitario processo integralmente automatizzato. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, nel caso dell'emissione di un certificato, attività che già oggi può spesso essere richiesta *online* ed il cui risultato – il rilascio dell'atto – può avvenire in modo interamente automatizzato ed unitario.

Da un punto di vista giuridico appare tuttavia importante mantenere distinti due momenti: quello di interazione a distanza tra amministrazione ed utente, e quello interno di esercizio della funzione. Ciò anche qualora

<sup>29</sup> Con il che richiamando l'espressione «servizi pubblici burocratici» di G. CAMMAROTA, *L'erogazione on line di servizi pubblici burocratici*, in *Inform. dir.*, 2, 2002, p. 45 ss.

<sup>30</sup> V. nota precedente n. 20.

la funzione interna sia svolta in modo interamente automatizzato, perché in ipotesi estremamente semplice – come nel caso di attività di mera certificazione – ovvero perché siano impiegate avanzate tecnologie di intelligenza artificiale<sup>31</sup>. Tale distinzione appare giuridicamente importante perché, a seconda di come siano impostati i rapporti di utenza, possono variare sensibilmente le norme applicabili ai due diversi momenti<sup>32</sup>.

Per meglio chiarire il concetto, può essere utile approfondire l'esempio. Si immagini il caso in cui un privato voglia presentare un'istanza per ottenere una qualche certificazione o autorizzazione da un'amministrazione. Il servizio digitale consisterebbe nell'applicativo – in ipotesi, un portale *web* raggiungibile tramite Internet – attraverso cui presentare la domanda, allegando la documentazione rilevante ed attraverso la quale, eventualmente, partecipare al procedimento e ricevere l'esito della domanda. Tale servizio sarebbe dunque finalizzato unicamente a mettere in contatto – e far interagire a distanza – l'utente con l'ente di riferimento, nella persona del responsabile del procedimento. L'esercizio della funzione – che sia interamente automatizzata come nel caso del certificato, ovvero che richieda un intervento umano –, resta invece collegato ad una serie di fatti ed atti che costituiscono il procedimento, secondo le note categorie del diritto amministrativo, che possono essere tenuti logicamente e materialmente distinti dalla predisposizione ed erogazione del *software* necessario a permettere l'interazione a distanza.

Oltre a tali fattispecie, possono essere individuate altre due tipologie di attività svolte dalle amministrazioni rientranti nella categoria dei servizi digitali.

Risultano infatti essere riconducibili a tale nozione anche quelle prestazioni di natura economica che, nel linguaggio corrente, sono identificate come servizi. Tra queste, anzitutto si possono ricomprendere tutte quelle

<sup>31</sup> Sul che cfr. per tutti D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3, 2019, oltre quanto già esposto in G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 3, 2021.

<sup>32</sup> Sul che si permetta di rinviare a quanto esposto in G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

attività riconducibili alla nozione di servizio pubblico<sup>33</sup> – pure nella definizione europea di servizi di interesse generale –, senza necessità di distinguere tra quelli aventi o meno rilevanza economica<sup>34</sup>.

<sup>33</sup>Quella di servizio pubblico è un nozione storicamente mutevole, come rilevato da F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Mulino, Bologna, 2002, p. 86, che eloquentemente osserva che «nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tycho Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo». Il dato peraltro non è affatto nuovo, basti pensare che già F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3, affermava che «sarà praticamente impossibile dare una definizione di servizio pubblico avente valore assoluto; essa sarà sempre generica, descrittiva e tendenziale». Considerato che, ai fini che qui interessano, non è essenziale offrire una definizione di servizio pubblico, essendo la categoria che ci interessa più ampia e comprensiva di questa, si rinvia alla dottrina che già si è occupata del tema, tra cui, senza alcuna pretesa di esaustività, si possono ricordare: F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 634; V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2010; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, V Ed., Giuffrè, Milano, 2008; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2007; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5517 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; *ibid.*, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza ed affidamenti diretti*, Clueb, Bologna, 2004; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2002, p. 945; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1990. Per un quadro storico di sintesi sulla nozione di servizio pubblico v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000.

<sup>34</sup>Come spiegato da F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2008, par. 8, «il riferimento alla rilevanza economica dei servizi e la qualificazione dei soggetti incaricati dei servizi come “imprese”, indica il punto di vista economico come quello da assumere per l'identificazione della categoria». Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si considera «attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato», cfr. *ex multis*, sentenza del 12 settembre 2000, nelle cause congiunte C-180-184/98 *Pavlov e a.*, p. 75. Secondo A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, V Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 127, può dirsi “esistere un mercato” al ricorrere di due condizioni: «(1) *the offering of goods or services on the market*, (2) *where that activity could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profits. If these requirements are satisfied it is irrelevant that the body is not in fact profit making or that it is not set up for an economic purpose*. Si tratta, per quanto interessa in questa sede, di circostanze non rilevanti, essendo qui invece dirimente che esista una prestazione di qualche natura erogata da un soggetto pubblico. Sulla nozione di servizi pubblici economici, cfr. tra gli innumerevoli contributi: G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010; M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit.; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. IV, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 1806;

Rispetto a queste categorie di servizi, la digitalizzazione ha portato ad una trasformazione significativa nel modo di erogazione e gestione degli stessi, addirittura anche in relazione a prestazioni che presuppongono l'esecuzione di attività materiali nel mondo reale, come nel caso del trasporto pubblico locale o della gestione dei rifiuti. Attraverso l'uso delle ICT, le amministrazioni pubbliche sono in grado di offrire servizi più efficienti, accessibili e completi ai cittadini.

Si pensi ad esempio al trasporto pubblico locale. I servizi digitali possono riguardare l'utilizzo di applicazioni e piattaforme *online* per la pianificazione dei viaggi, l'acquisto e la validazione dei biglietti e l'accesso a informazioni in tempo reale sulle corse e gli orari dei mezzi di trasporto. Inoltre, le amministrazioni possono utilizzare le ICT per migliorare la gestione e l'efficienza del trasporto pubblico, monitorando e analizzando dati sul traffico e sulle abitudini di spostamento dei cittadini.

La digitalizzazione della gestione dei rifiuti può invece includere l'implementazione di sistemi informativi per il monitoraggio e la raccolta dei rifiuti, nonché la promozione di pratiche di riciclaggio e smaltimento più sostenibili. Un esempio concreto riguarda ad esempio la raccolta di rifiuti ingombranti tramite *app*: in determinati Comuni i cittadini possono utilizzare un'applicazione per prenotare il ritiro di rifiuti ingombranti da smaltire, indicando data ed ora per il ritiro, nonché la tipologia del materiale<sup>35</sup>. L'amministrazione, a sua volta, può organizzare il ritiro dei rifiuti in maniera efficiente, pianificando il percorso più adatto per il servizio di raccolta e ottimizzando l'utilizzo delle risorse.

N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2006, p. 69; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, p. 1219; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Mulino, Bologna, 2005; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, p. 1351; A. GUALDANI, *I servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, CEDAM, Padova, 2003; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2001, p. 479.

<sup>35</sup> Si veda ad esempio il servizio "Ritiro ingombranti" attivo nel Comune di Milano, prenotabile *online* e tramite *app*, v. [www.amsa.it/cittadini/milano/ritiro-ingombranti](http://www.amsa.it/cittadini/milano/ritiro-ingombranti).

Per quanto riguarda i servizi sociali<sup>36</sup>, si può ritenere che anche questi possano oggi essere inclusi nel campo dei servizi digitali. Pur se tradizionalmente detti servizi implicavano un forte elemento di interazione umana, la digitalizzazione ha aperto nuove opportunità anche in questo settore. Per esempio, la consulenza *online*, i servizi di supporto virtuale, o i servizi di telemedicina sono diventati sempre più diffusi<sup>37</sup>. Questi servizi digitali permettono di superare le barriere geografiche, fornendo un accesso più ampio e inclusivo ai servizi sociali. Pertanto, nonostante la loro natura intrinsecamente “umana”, anche questi appaiono oggi sussumibili nella definizione qui in esame.

Restano ricomprese nella categoria dei servizi digitali, inoltre, anche tutte quelle prestazioni che sono inquadrabili come mere attività la cui rilevanza pubblica non ha spessore tale da qualificarli come servizi pubblici, ma che sono comunque erogati, per vari motivi ed a vario titolo, da soggetti pubblici. Si potrebbe trattare, ad esempio, di tutte quelle attività materiali – funzionalmente autonome – rivolte all’utenza non direttamente legate all’esercizio di una funzione pubblica, né sufficientemente rilevanti per essere qualificate come servizi pubblici, ma comunque strumentali al loro svolgimento. Si pensi ad esempio all’attività di gestione dei flussi di

<sup>36</sup> La distinzione rilevante in sede europea, infatti, come chiarito dalla dottrina citata alla nota precedente, è tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale (quindi privi del carattere economico), mentre la categoria nazionale dei c.d. servizi sociali non sempre coincide perfettamente con tale ultima nozione, come avvertito da C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. Cds*, 3, 2008, par. 2, secondo i quali «la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale va considerata come “un’attività economica” conformemente agli art. 43 e 49 del Trattato UE». Spiega, infatti, F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., par. 3, che «l’attività non è economica o, invece, sociale secondo l’assenza o la presenza di finalità sociali nella disciplina che la riguarda. La scriminante risiede piuttosto nella possibilità che operatori economici che agiscono per scopo di lucro offrano lo stesso tipo di servizio e, quindi, nell’esistenza, attuale o potenziale, di un mercato sul quale i servizi delle gestioni previdenziali si potrebbero porre in concorrenza con quelli offerti dalle società di assicurazione». Sul tema si vedano anche A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. IV, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007. Sul punto anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 150, afferma che «una netta distinzione tra servizi economici e servizi sociali non è sempre agevole». In ragione di tale asincronia, L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, par. 5, ha affermato che in merito alla nozione di «interesse economico generale... sarebbe opportuno giungere a principi comuni».

<sup>37</sup> V. G. ÖSTERREICH, *Study on big data in public health, Telemedicine and healthcare*, in *European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety*, Brussels, 2016.



persone in attesa ad uno sportello, ovvero alla prenotazione a distanza di prestazioni, ad esempio mediche. Queste, come molte altre, sono attività che possono essere svolte in modo indipendente dall'erogazione materiale del servizio<sup>38</sup>, e possono quindi essere qualificate come autonome funzioni strumentali all'esercizio della prestazione principale, ma d'altro canto non paiono avere un rilievo tale da assurgere ad autonomi servizi pubblici.

Va infine sottolineato che la digitalizzazione non si limita a portare *online* i servizi tradizionalmente offerti dalle amministrazioni pubbliche. La sua forza risiede nel creare nuovi ambiti di interazione con i cittadini e nell'offrire servizi che prima non esistevano o non erano possibili. Ad esempio, i servizi di *open data* rappresentano un campo completamente nuovo, reso possibile dalla digitalizzazione. Gli enti pubblici possono mettere a disposizione una quantità enorme di dati, in formato aperto e facilmente fruibile, dando a cittadini, imprese e ricercatori la possibilità di sfruttarli per vari scopi<sup>39</sup>. Questo rappresenta un salto qualitativo nella relazione tra amministrazione e cittadini, basato su trasparenza e partecipazione<sup>40</sup>.

Un altro esempio è l'uso dell'intelligenza artificiale nelle amministrazioni pubbliche. Questa tecnologia permette di automatizzare processi che richiederebbero enormi quantità di tempo se eseguiti manualmente, come l'analisi di grandi quantità di dati per migliorare la pianificazione urbana<sup>41</sup> o nei controlli fiscali<sup>42</sup>. Si tratta di servizi completamente nuovi, resi possibili dalla digitalizzazione, che vanno oltre la semplice automazione delle prestazioni tradizionali.

<sup>38</sup> Ne è un esempio il servizio di prenotazione del turno allo sportello tramite *app* di Poste Italiane, che consente di bloccare uno *slot* temporale a distanza, senza necessità di recarsi all'ufficio postale.

<sup>39</sup> Si veda ad esempio il portale [www.dati.gov.it](http://www.dati.gov.it).

<sup>40</sup> Sul tema, per tutti, E. CARLONI, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, in *Mumus*, 1, 2012.

<sup>41</sup> Sul che v. ad es. F. ROTONDO, F. FIAMMATA, *L'urbanistica: scienza sociale e plurale. Tra conoscenza scientifica e innovazione.*, in *Urbanistica Informazioni*, 289, 2020.

<sup>42</sup> V. A. ZUCCARELLO, *Algoritmi e automatismi nei controlli della dichiarazione: profili problematici*, in *Rivista Diritto Tributario*, Intelligenza artificiale e diritto tributario, 2022.

In proposito va peraltro evidenziato che la nozione di servizi digitali è in continua espansione rispetto ai confini tradizionali, perché l'avvento delle tecnologie digitali sta costantemente generando nuovi servizi, possibilità e sfide. L'uso della rete per garantire la trasparenza e la circolazione dei dati<sup>43</sup>, l'impiego di realtà virtuale e aumentata per la riduzione delle distanze e barriere<sup>44</sup>, la diffusione capillare dell'intelligenza artificiale in «tutte le scienze del sapere umano»<sup>45</sup>, o l'applicazione di *Internet of Things* per la gestione intelligente delle città<sup>46</sup>, sono solo alcune delle innovazioni che stanno plasmando il concetto di servizio digitale.

Questa continua evoluzione rende la definizione di servizio digitale un concetto dinamico e mobile, che rispecchia la continua trasformazione della società.

#### ***4. Verso un nuovo modello di erogazione dei servizi pubblici: digitalizzazione e collaborazione pubblico-privato***

In base alla suesposta analisi, si può affermare che la categoria identificata dall'espressione “servizi digitali” – assimilabile a «servizi in rete»<sup>47</sup> e «servizi *on-line*» – comprende sia prestazioni collegate all'esercizio di una funzione pubblica in senso stretto (“servizi *online* burocratici”), sia veri e propri servizi pubblici, nella loro più ampia accezione, sia tutte quelle ulteriori attività, anche meramente strumentali alle altre, comunque erogate da amministrazioni pubbliche.

Alla luce di tale ampia accezione, è importante ancora sottolineare che, nonostante l'adozione di strumenti digitali per la fornitura di servizi, l'esercizio delle funzioni autoritative da parte delle amministrazioni pubbliche rimane disciplinato e regolato dagli istituti del diritto amministrativo.

<sup>43</sup> V. B. PONTI, *Open Data and Transparency: A Paradigm Shift*, in *Inform. dir.*, 1-2, 2011.

<sup>44</sup> V. C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 6, 2021, par. 3

<sup>45</sup> T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 1, 2022, par. 3.

<sup>46</sup> Sul che, per tutti, J.B. AUBY, *Droit de la ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, II Ed., Lexis Nexis, Paris, 2016.

<sup>47</sup> Sulla nozione di servizi in rete, si può ancora oggi rimandare ad uno dei primi studi sul tema, E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Cortina, Milano, 2000.

Pertanto, la digitalizzazione delle prestazioni erogate dall'amministrazione non implica una sostituzione completa delle funzioni tradizionali delle amministrazioni, ma piuttosto una trasformazione della modalità di erogazione e di interazione con i cittadini.

Al contempo, la diffusione dei servizi digitali ha avuto un impatto significativo sulla modernizzazione e l'efficienza delle amministrazioni pubbliche, contribuendo a soddisfare le crescenti aspettative dei cittadini in termini di accessibilità, tempestività e qualità dei servizi. In questa prospettiva è perciò auspicabile che le pubbliche amministrazioni continuino ad adottare e implementare tecnologie digitali avanzate e soluzioni innovative per migliorare la qualità e l'efficienza dei propri servizi. La digitalizzazione può consentire infatti alle amministrazioni pubbliche una maggiore personalizzazione del rapporto con gli amministrati, attraverso strumenti che si adeguino alle esigenze ed alle aspettative dell'utente. In tale prospettiva è auspicabile un approccio collaborativo anzitutto tra le stesse amministrazioni, al fine di condividere le migliori pratiche e sviluppare soluzioni comuni ai problemi emergenti nel settore dei servizi digitali. La cooperazione tra le diverse autorità e livelli di governo può portare a una maggiore coerenza nell'approccio alla digitalizzazione, garantendo che i cittadini beneficino di servizi digitali di alta qualità in tutto il territorio.

Parallelamente, appare oggi altrettanto importante rivalutare il peso della sussidiarietà orizzontale nella definizione dei rapporti tra settore pubblico e privato nell'erogazione dei servizi digitali. L'erogazione di servizi di alta qualità può essere ulteriormente potenziata attraverso *partnership* strategiche tra amministrazioni pubbliche e imprese private, sfruttando le rispettive competenze e risorse. Ciò può portare a una maggiore innovazione, flessibilità e sostenibilità nel settore dei servizi digitali. Come si è esposto di recente nel contesto di una più ampia riflessione sul punto, un esempio di modello organizzativo innovativo che potrebbe essere adottato per favorire la collaborazione pubblico-privato è il c.d. *Government As A Platform* (GAAP)<sup>48</sup>. Tale modello postula l'esistenza di infrastrutture e servizi digitali di base, gestiti dal settore pubblico,

<sup>48</sup> Si consenta di rinviare a G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma*, cit. Sul modello GAAP nel settore pubblico, v. anche il recente contributo di B. BOSCHETTI, *La transizione della*

che possono essere utilizzati e integrati da enti privati per sviluppare e offrire servizi aggiuntivi e personalizzati ai cittadini. Questo approccio consente di combinare l'efficienza e la stabilità del settore pubblico con la creatività e la dinamicità del settore privato, offrendo soluzioni più avanzate e complete.

Infine, appare utile ricordare che per un efficace modello di azione digitale è fondamentale promuovere la consapevolezza e la formazione in materia di servizi digitali tra i cittadini e i dipendenti pubblici, al fine di garantire che tutti siano consapevoli delle – ed in grado di accedere ed utilizzare le – risorse e opportunità offerte dalla digitalizzazione del settore pubblico.

The Notion of Digital Services: A New Paradigm for Public Administration  
*Gberardo Carullo*

Abstract: L'articolo esamina la nozione di servizi digitali proponendone una lettura unitaria. L'analisi distingue tre categorie di servizi digitali: servizi online burocratici, servizi di natura economica e attività strumentali non qualificabili come servizi pubblici, delineandone i contenuti. Nelle conclusioni si sottolinea infine l'importanza della digitalizzazione nella modernizzazione e l'efficienza delle amministrazioni pubbliche, nonché nella trasformazione delle modalità di erogazione e di interazione con i cittadini.

Abstract: This paper examines the notion of digital services in Italian legislation. The analysis distinguishes three categories of digital services: bureaucratic online services, services of an economic nature, and instrumental activities not qualifying as public services, outlining their content. In conclusion, the article highlights the importance of digitalization in modernizing and improving the efficiency of public administrations, as well as transforming the methods of service delivery and interaction with citizens.

Parole chiave: Servizi Digitali; Servizi Burocratici Online; Attività Economiche Digitali; Efficienza Amministrazioni Pubbliche; Digitalizzazione

Keywords: Digital Services; Bureaucratic Online Services; Economic Digital Activities; Public Administration Efficiency; Digitalization



# La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e *data analysis*

*Gabriella M. Racca\**

## 1. *L'ecosistema digitale per una rinnovata funzione appalti*

L'effettiva digitalizzazione di ogni fase della contrattazione e dei rapporti fra stazioni appaltanti e operatori economici costituisce la sfida più importante del nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>1</sup>.

La disciplina europea, anche successiva alla direttiva appalti, promuove la trasformazione digitale e pone obiettivi di effettiva digitalizzazione che superino la ancora limitata attuazione degli obiettivi di *e-procurement*. Le nuove piattaforme certificate dovrebbero consentire di attuare quanto previsto nei documenti europei per una piena interoperabilità fra banche dati, piattaforme nazionali ed europee<sup>2</sup>.

Fin dal 2018 le stazioni appaltanti, per adempiere all'obbligo di comunicazioni digitali<sup>3</sup>, hanno utilizzato piattaforme, pur secondo modalità differenti, anche in relazione al valore e alla complessità del contratto. Dal *Cloud Marketplace* di AgID<sup>4</sup> si ricavano i principali servizi e le piattaforme *e-procurement* presenti sul mercato con le relative schede tecniche presentate in sede di qualificazione. In particolare, vengono utilizzate le piattaforme di Consip “AcquistinretePA” (che comprende il Mercato elettronico della pubblica amministrazione – MePa) o altri mercati elettronici regionali<sup>5</sup>,

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino

<sup>1</sup> G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023; D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, 12, 2023, pp. IV ss.

<sup>2</sup> Commissione UE, EXEP Group, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, 2019.

<sup>3</sup> Art. 22, direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, recepito in Italia dapprima dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 40, comma 2, ora d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, art. 29.

<sup>4</sup> La piattaforma che espone i servizi e le infrastrutture qualificate da AgID secondo quanto disposto dalle Circolari AgID del 9 aprile 2018, n. 2 e n. 3: <https://catalogocloud.agid.gov.it/search>.

<sup>5</sup> Mercato Elettronico della Valle d'Aosta (IN.VA. S.p.A. – Regione Autonoma Valle d'Aosta); MEPAT Provincia Autonoma di Trento (Agenzia provinciale per gli appalti e contratti); Sistema

per gli acquisti sotto le soglie di rilevanza europea. Si sono utilizzate le piattaforme regionali prese in riuso, gratuitamente o a costo contenuto<sup>6</sup>, ovvero le piattaforme disponibili sul mercato<sup>7</sup>, acquisite con contratti sottosoglia, a loro volta stipulati su MePa e che spesso privi di clausole sul *disaster recovery* e sulla proprietà dei dati, generando possibili effetti di *lock-in*. Si tratta di piattaforme che, in molti casi, potrebbero gestire l'intero procedimento di affidamento dei contratti pubblici compresa, talora, anche la rendicontazione della fase esecutiva e che potrebbero essere integrate e rese interoperabili facilmente con altre banche dati. Si riscontra tuttavia, anche presso stazioni appaltanti di medio-grandi dimensioni, uno sfruttamento delle funzionalità di queste piattaforme di molto inferiore rispetto alle potenzialità già attualmente offerte.

Già il Codice dei contratti pubblici del 2016<sup>8</sup> sulla digitalizzazione delle procedure richiedeva l'interoperabilità delle piattaforme, ma occorreva

informativo contratti pubblici Provincia Autonoma di Bolzano (Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture); Sistema per gli Acquisti Telematici dell'Emilia-Romagna – SATER (Intercent-ER – Regione Emilia-Romagna); GT MultiEnte Marche (gestito da MAGGIOLI); SARDEGNACAT (Centrale di committenza Regione Sardegna).

<sup>6</sup> Sintel (ARIA Spa – Regione Lombardia); Mercato Elettronico della Valle d'Aosta (IN.VA. S.p.A. – Regione Autonoma Valle d'Aosta); Rete di stazioni appaltanti (Regione Friuli Venezia Giulia); MEPAT (Agenzia provinciale per gli appalti e contratti di Bolzano); Sistema informativo contratti pubblici (Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di Bolzano); Sistema per gli Acquisti Telematici dell'Emilia-Romagna – SATER (Intercent-ER – Regione Emilia Romagna); PORTALE ACQUISTI UMBRIA (Sistema Net4Market); GT MultiEnte Marche Gare Telematiche per gli Enti della Regione Marche (gestito da Maggioli); START – Sistema di acquisti telematici della Regione Toscana (Regione Toscana); S.TEL.L@ – Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio (Direzione Regionale della Centrale Acquisti del Lazio); Sistema Informativo di Supporto alla Gestione degli Appalti Pubblici – SISGAP (Settore Agenda Digitale e Coordinamento Sistemi Informativi Regionali della Calabria); EmPULIA (InnovaPuglia S.p.A.); SARDEGNACAT Mercato Elettronico (Centrale di committenza Regione Sardegna); Portale CST (Regione Siciliana).

<sup>7</sup> Appalti&Contratti *e-procurement* (Maggioli Spa); Acquisti telematici (Digital PA Srl); Traspare (LG Solution Srl); Tuttogare PA (Asmel by StudioAmica srl); Net4market (CSAmed s.r.l.); AFLink Smart PA (AF Soluzioni Srl); Jaggaer SaaS (BravoSolution Italia S.p.A.); Pro-Q (Venicecom srl); E-procurement U-BUY (Cineca); Sap ARIBA (Sap SE); Oracle Fusion Procurement Cloud Service (Oracle Corporation); NETTARE CLOUD (NETTARE21.srl); VORTAL – Piattaforma eProcurement (Vortal Connecting Business S.R.L.); TeamSystem Construction Lavori Pubblici (TeamSystem SpA).

<sup>8</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 44, Digitalizzazione delle procedure: «1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di



prevedere l'estensione della digitalizzazione a tutto il ciclo del contratto pubblico, dalle procedure di affidamento all'esecuzione contrattuale. La certificazione delle piattaforme (pubbliche e private) dovrebbe infatti assicurare la interoperabilità con i servizi esposti dagli enti terzi e fra di loro, per permettere la confluenza delle informazioni in un portale unico (ANAC) che consenta facilmente di ritrovare tutte le gare aperte per settore (per tipologia e valore e, che per il sopra-soglia, consenta all'operatore economico di trovare tutti i bandi aperti, per le stazioni appaltanti di trovare tutti gli accordi quadro o altri sistemi selettivi messi a disposizione, in conformità alla giurisprudenza europea sull'ammontare massimo indicativo e l'indicazione dei possibili enti beneficiari)<sup>9</sup>.

Il precedente decreto di attuazione della disposizione codicistica del 2016<sup>10</sup> si era infatti limitato a disciplinare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, ma non aveva previsto che tutta la rendicontazione della fase esecutiva venisse effettuata su piattaforme telematiche interoperabili<sup>11</sup>, limitandosi solo a un riferimento ai pagamenti telematici<sup>12</sup>.

tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto». M. BOMBARDIELLI, *Amministrazione digitale – Partecipazione alle procedure telematiche e funzionamento della piattaforma digitale*, in *Giur. it.*, 6, 2021, p. 1442 ss.; L. DONATO, M. MARICONDA, M. MIRRONE, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Astrid Rassegna*, 8, 2020, p. 1 ss.; M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 133 ss.; P. PISELLI, *Public procurement 4.0: i nuovi strumenti digital al servizio della contrattualistica pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2019, p. 861 ss.

<sup>9</sup> Come da tempo in uso nel mercato federale americano al sito Federal procurement data system [www.fpds.gov](http://www.fpds.gov) ove si trovano i contratti federali. Sull'iniziativa relativa ai contratti di minor valore cfr. cd "Amazon.gov": P. McKEEN, *The Pursuit of Streamlined Purchasing: Commercial Items, E-Portals, and Amazon*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 373-386; D. DAYEN, *Congress Prepares To Send Major Gift To Amazon While Trump Battles "Amazon Washington Post"*, in *The Intercept*, 2017; G.L. ALBANO, *Il Public Procurement come stimolo alle PMI: Il caso del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione Italiana*, in *Rivista di Politica Economica*, VII-IX, 2014, pp. 169-210.

<sup>10</sup> D.m. 12 agosto 2021, n. 148.

<sup>11</sup> Il decreto stabiliva solamente che «il sistema telematico acquisisce la documentazione di gara e ne consente la redazione», d.m. n. 148/2021, art. 14.

<sup>12</sup> D.m. n. 148/2021, art. 11.

La disciplina previgente richiedeva all'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) di definire – con l'emanazione di apposite linee guida ai sensi del Codice dell'Amministrazione Digitale<sup>13</sup> – le regole tecniche comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli *standard* europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo per la realizzazione o l'adeguamento delle piattaforme digitali in uso alle stazioni appaltanti per lo svolgimento delle attività connesse alle procedure di acquisto e di negoziazione dei contratti pubblici<sup>14</sup>.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023 ha confermato la competenza di AGID all'emanazione delle regole tecniche e le ha altresì conferito la competenza sulla certificazione delle piattaforme di *procurement*<sup>15</sup>, che gestiscano finalmente l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

Il 1° giugno 2023 l'AGID ha quindi pubblicato le regole tecniche recanti i «*Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*», che, in particolare, richiedono come caratteristica fondamentale l'interoperabilità.

Si ricorda che il Codice, in attuazione delle indicazioni della Commissione europea<sup>16</sup>, detta infatti i principi e diritti digitali<sup>17</sup>, fra i quali si ribadisce

<sup>13</sup> D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 71, comma 1: «L'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice. Le Linee guida divengono efficaci dopo la loro pubblicazione nell'apposita area del sito Internet istituzionale dell'AgID e di essa ne è data notizia nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Le Linee guida sono aggiornate o modificate con la procedura di cui al primo periodo».

<sup>14</sup> D.m. n. 178/2021, art. 2, comma 2: «Le regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione di cui al comma 1, comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo previsti dal codice, sono dettate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) con apposite linee guida, ai sensi dell'articolo 71 del CAD, tenendo conto delle regole e dei principi di cui all'articolo 29 del codice».

<sup>15</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 26.

<sup>16</sup> Commissione UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit.

<sup>17</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 19. In particolare si veda la Relazione illustrativa al Codice che li elenca: *Digital by default, Interoperability by default, Once-only principle, Cross-border by default, Technological neutrality and data portability, Re-usability, User centricity, Inclusiveness and accessibility, Openness & transparency, Trustworthiness & security*.

l'invio unico del dato, che richiede necessariamente sistemi di banche dati interoperabili<sup>18</sup>.

In particolare l'*e-notification*, cioè la pubblicazione elettronica dei bandi di gara<sup>19</sup>, che dall'ottobre 2023 dovrà avvenire con gli *e-Forms*, formulari *standard* per raccogliere e pubblicare i dati interoperabili come previsto dalle direttive e ora specificato dal Codice<sup>20</sup>, al fine di rispettare il principio dell'invio unico del dato (*once-only principle*)<sup>21</sup>. Sono previsti l'*e-access* (accesso elettronico ai documenti di gara)<sup>22</sup>, l'*e-submission* (cioè la presentazione delle offerte in formato elettronico), con attribuzione dei codici identificativi personali necessari ad operare sulla relativa piattaforma telematica<sup>23</sup>, che andrà ad integrare il futuro *Digital Identity Wallet* di ogni operatore economico<sup>24</sup>.

Come noto, per favorire gli appalti transfrontalieri, è stato istituito *e-Certis*, il sistema informatico che consente di individuare le corrispondenze fra i certificati e gli attestati richiesti nelle procedure di affidamento nei

<sup>18</sup> 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*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 191-221; ID., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017; F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Cham, Springer, 2021, p. 110 ss.

<sup>19</sup> Direttiva 2014/24/UE, art. 51.

<sup>20</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2019/1780 del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari (*e-forms*). Cfr. G.M. RACCA, *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, in *DPCE online*, 4, 2021, p. 4690 ss.

<sup>21</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 19, comma 2. Commissione UE, *Interoperability in end-to-end e-Procurement*, cit.; ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020, p. 12 ss.; Audizione del Presidente ANAC G. Busia presso l'8<sup>a</sup> Commissione della Camera dei deputati, 2 febbraio 2021, sulla "Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR". Cfr. F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, cit., p. 104 ss.

<sup>22</sup> Direttiva 2014/24/UE, art. 53, par. 1.

<sup>23</sup> Direttiva 2014/24/UE, art. 22, par. 1.

<sup>24</sup> Commissione europea, *The Common Union Toolbox for a Coordinated Towards a European Digital Identity Framework. The Approach European Digital Identity Wallet Architecture and Reference Framework*, gennaio 2023, disponibile al link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-digital-identity-wallet-architecture-and-reference-framework>.

vari ordinamenti europei<sup>25</sup>, e che in prospettiva potrebbe collegare le piattaforme che recano i dati indicati. Per il momento ancora si ricorre al DGUE – Documento di gara unico europeo – con un'autocertificazione, pur evoluta e prossimamente semplificata<sup>26</sup>, che si dovrebbe evolvere in una diretta acquisizione con verifica digitale della sussistenza dei dati rilevanti fra piattaforme interconnesse<sup>27</sup>.

Come si vedrà, la condivisione e l'analisi dei dati fra piattaforme, con metodologie avanzate può rivestire un ruolo cruciale per rendere più semplice e trasparente il procedimento di verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese che intendono ricevere affidamenti di contratti pubblici<sup>28</sup>. La digitalizzazione richiede innovazioni radicali, innanzitutto partendo dalla “aumentata” conoscenza della realtà dei fatti concernenti sia le amministrazioni aggiudicatrici sia gli operatori economici, conoscenza che può rifondare su nuove basi il rapporto di “fiducia digitale” necessario al raggiungimento degli obiettivi dei contratti pubblici, nel comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione<sup>29</sup>.

## ***2. Il principio di fiducia e la qualificazione digitale degli operatori economici***

Sin dal 2012, in attuazione del Codice dei contratti pubblici del 2006<sup>30</sup>, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)<sup>31</sup> attivò il sistema

<sup>25</sup> <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/homePage>.

<sup>26</sup> *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016*, nota protocollo 6212 del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti.

<sup>27</sup> *Infra*, par. 4.

<sup>28</sup> F. FRATTINI, *Introduzione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, pp. 5-6.

<sup>29</sup> D.lgs. n. 36/2023, artt. 1, 2 e 3. Cfr. G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., pp. 321-341.

<sup>30</sup> Ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6-bis, aggiunto dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, art. 20, comma 1, lett. a).

<sup>31</sup> G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2-3, 2015, p. 345 ss.

denominato “AVCPass” (*Authority Virtual Company Passport*)<sup>32</sup>, che avrebbe dovuto consentire alle stazioni appaltanti, attraverso un’interfaccia *web* e le cooperazioni applicative con gli enti certificanti, l’acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l’affidamento dei contratti pubblici; agli operatori economici, tramite l’apposita area dedicata, di inserire a sistema i documenti a proprio carico<sup>33</sup>.

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 aveva disposto invece che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione fosse acquisita attraverso la “Banca dati degli operatori economici” (BDOE), da realizzare presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Non essendo tuttavia mai stata attuata, è rimasto in vigore transitoriamente il sistema AVCPass presso l’ANAC<sup>34</sup>. AVCPass (ed ora la versione 1.0 del fascicolo virtuale dell’operatore economico<sup>35</sup>) non ha mai contenuto tutti i documenti necessari per la verifica dei requisiti<sup>36</sup>, reperibili in buona parte solo con l’invio di richieste (tramite PEC) agli enti certificanti<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Si veda la deliberazione dell’AVCP del 20 dicembre 2012, n. 111, con allegata relazione illustrativa.

<sup>33</sup> Deliberazione dell’AVCP n. 111/2012, art. 2.

<sup>34</sup> Ai sensi dell’art. 216, comma 13 del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>35</sup> Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021, *Indicazioni in ordine all’avvio del fascicolo virtuale dell’operatore economico*. Si veda il *webinar* ANAC del 16 novembre 2022 di presentazione del fascicolo virtuale dell’operatore economico, a questo *link*: <https://www.anticorruzione.it/-/fascicolo-virtuale-dell-operatore-economico-cosa-cambia-negli-appalti-pubblici>.

<sup>36</sup> La deliberazione dell’AVCP n. 111/2012, aggiornata con la delibera del 17 febbraio 2016, n. 157, art. 5 indica i documenti a comprova dei requisiti generali contenuti in AVCPass: la visura dal Registro delle imprese fornita da Unioncamere; il certificato del casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia; l’Anagrafe delle sanzioni amministrative – selettivo *ex art.* 39 d.p.r. n. 313 del 2002 dell’impresa, fornita dal Ministero della Giustizia; il certificato di regolarità contributiva di ingegneri, architetti e studi associati, dall’Inarcassa; la comunicazione di regolarità fiscale fornita dall’Agenzia delle Entrate; la comunicazione antimafia fornita dal Ministero dell’Interno; le annotazioni nel casellario informatico dei contratti pubblici. L’art. 6 comprende fra i documenti relativi ai requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario: i bilanci delle società di capitali ove disponibili, forniti da Unioncamere; le certificazioni del sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 relative al settore EA28 forniti da Accredia; il fatturato globale e ammortamenti degli operatori economici costituiti in forma d’impresa individuale ovvero società di persone, ove disponibili, forniti dall’Agenzia delle Entrate; i dati relativi alla consistenza e al costo del personale dipendente, forniti dall’INPS.

<sup>37</sup> Fra le banche dati e i certificati (ancora richiesti mediante PEC) attualmente rilevanti per la verifica dei requisiti di qualificazione dell’operatore economico si segnalano: il Sistema Infor-

Nel 2021 è stato previsto l'avvio di un nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, per la raccolta di tutti i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica – attraverso la stessa BDNCP – dell'assenza di motivi di esclusione, delle attestazioni SOA e dei dati e documenti relativi ai criteri di selezione<sup>38</sup>. Il sistema avrebbe dovuto rendere disponibile anche la lista degli operatori già verificati per il periodo di validità delle verifiche, in attuazione della previsione del riuso delle valutazioni già effettuate<sup>39</sup>.

Il nuovo fascicolo virtuale aggiornato al 2022, recepito dal Codice dei contratti pubblici del 2023<sup>40</sup>, dovrebbe superare la logica delle richieste documentali, in favore di una nuova piattaforma dell'ANAC, interoperabile con le banche dati degli enti certificanti, che consenta di verificare

mativo del Casellario (SIC) tenuto dal Ministero della Giustizia, contenente i dati del Casellario giudiziale e l'Anagrafe delle sanzioni amministrative; la Banca Dati Nazionale Antimafia del Ministero dell'Interno; il Certificato di regolarità fiscale rilasciato dall'Agenzia delle entrate tramite PEC; il Casellario informatico di ANAC; il Portale DURC Online dell'INPS, INAIL e i certificati di altri Enti previdenziali non integrati nel portale unico previdenziale (ad es. INARCASSA per liberi professionisti, CIPAG per geometri); la Visura camerale rilasciata da Unioncamere; la certificazione di ottemperanza alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (ex l. 12 marzo 1999, n. 68, art. 17) da richiedersi via PEC alla Direzione Provinciale o Regionale del Lavoro presso la Provincia o Centro provinciale/regionale per l'impiego presso la Provincia dove ha sede legale l'operatore economico.

<sup>38</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 81, comma 1, modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 53, comma 5, lett. d), conv. l. 29 luglio 2021, n. 108. Cfr. la delibera ANAC del 27 luglio 2022, n. 464.

<sup>39</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 81, comma 4-bis, modificato dal d.l. n. 77/2021, art. 53, comma 5, lett. d), conv. l. n. 108/2021. ANAC, *Piattaforma FVOE. Manuale utente*, versione 1.0, 6 luglio 2022, punto 8.8. La delibera ANAC del 27 luglio 2022, n. 464, art. 2, comma 2, consente «c) il riuso dei documenti presenti nel FVOE per la partecipazione a più procedure di affidamento, nei termini di validità temporale degli stessi; la validità temporale delle certificazioni riguardanti i requisiti di carattere generale è stabilita convenzionalmente in 120 giorni, ove non diversamente indicato; d) il riuso da parte delle stazioni appaltanti dell'esito delle verifiche effettuate sul possesso dei requisiti per la partecipazione ad altre procedure di affidamento e l'accesso ai documenti a comprova, nel limite di validità temporale di cui sopra».

<sup>40</sup> La legge delega 21 giugno 2022, n. 78, art. 1, comma 2, lett. m), prevede la «riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico». Nel d.lgs. n. 36/2023 al fascicolo virtuale dell'operatore economico è dedicato l'art. 24, disposizione aggiornata del d.lgs. n. 50/2016, art. 81, da ultimo novellato nel 2021.

automaticamente e in tempo reale l'assenza di cause di esclusione e parte dei requisiti di qualificazione<sup>41</sup>. L'ecosistema digitale dell'*e-procurement* si realizza in collegamento con la Piattaforma Digitale Nazionale Dati che andrebbe a costituire il centro dell'intero sistema<sup>42</sup>.

Basandosi sulle stesse direttive europee che incentivano una piena attuazione del principio *once-only* per la qualificazione delle imprese<sup>43</sup>, si può ritenere che il fascicolo virtuale dell'ANAC possa raccogliere flussi di dati che determinino una istruttoria digitale da mettere a disposizione della stazione appaltante, riguardante le vicende dell'impresa e in parte caricato dall'impresa stessa, che si riaggiorni automaticamente quando necessario.

Gli Stati membri sono infatti chiamati a predisporre banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possano essere consultate dalle rispettive amministrazioni e, alle medesime condizioni, anche dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri (*cross-border by default principle*)<sup>44</sup>. Agli operatori economici non sarebbe richiesto di presentare documenti complementari qualora l'amministrazione aggiudicatrice disponga già tali dati, in precedenza forniti ed aggiornati in tempo reale nelle varie banche dati e direttamente dagli operatori economici interessati, con effettiva semplificazione.

L'obiettivo finale indicato dalla Commissione europea è quindi quello di integrare un Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) nativo digitale con le banche dati e eventuali sistemi di pre-qualificazione delle

<sup>41</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 24, comma 2: «Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle procedure di gara affidamento disciplinate dal codice. I dati e i documenti contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità e sono utilizzati in tutte le gare procedure di affidamento cui l'operatore partecipa».

<sup>42</sup> Sia la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, sia il fascicolo virtuale dell'operatore economico (parte di questa) devono essere interoperabili con la Piattaforma digitale nazionale dati di cui al d.lgs. n. 82/2005, art. 50-ter; d.lgs. n. 36/2023, artt. 23, comma 3 e 24, comma 3.

<sup>43</sup> I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit., p. 58 ss.

<sup>44</sup> Direttiva 2014/24/EU, art. 59, par. 5. Commissione UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit. Regolamento di esecuzione (UE) 2022/1463 del 5 agosto 2022 che definisce le specifiche tecniche e operative del sistema (OOTS, *once-only technical system*).

imprese<sup>45</sup>, compreso il sistema *e-Certis*<sup>46</sup>. Questa integrazione potrà permettere una verifica automatica della conformità delle imprese rispetto ai requisiti di ordine generale e ai criteri di selezione speciale<sup>47</sup>, anche in un contesto transfrontaliero (mediante il *Single Digitale Gateway*)<sup>48</sup>. Il regolamento sullo Sportello digitale unico europeo prevede, infatti, la realizzazione di un sistema tecnico per lo scambio fra Stati membri della documentazione delle imprese anche ai fini della qualificazione nei contratti pubblici<sup>49</sup> e che il sistema tecnico (*OOTS - Once-Only-Technical-System*)<sup>50</sup> venga integrato con *e-Certis*<sup>51</sup>, con il DGUE digitale e le altre banche dati e registri nazionali per un effettivo flusso di dati e documenti.

<sup>45</sup> Commissione UE, *Report on the ESPD survey*, Bruxelles, 2019.

<sup>46</sup> Ad oggi, il sistema *e-Certis* rappresenta un elenco dei requisiti degli operatori economici, delle prove documentali e degli enti certificanti ad essi relativi aggiornato e verificato su base volontaria dalle autorità nazionali, Direttiva 2014/24/EU, art. 59, par. 6 e art. 61. Tuttavia, il considerando n. 87 della Direttiva prevede che «l'obiettivo di *e-Certis* è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori».

<sup>47</sup> I. LOCATELLI, *Process Innovation Under the New Public Procurement Directives*, cit., p. 58 ss. Nel 2017 la Commissione Europea ha pubblicato un *Report sull'applicazione pratica dell'ESPD negli Stati membri*, dal quale emerge come l'ESPD elettronico attualmente messo a disposizione dalla Commissione Europea è soltanto un modello transitorio «poiché l'intero potenziale del DGUE dovrebbe essere sfruttato tramite l'integrazione di un DGUE "nazionale" con il sistema di appalti elettronici (*e-procurement*) e i registri o le banche dati dei certificati/delle prove di ogni Stato membro. Ciò permetterà di raggiungere tre diversi obiettivi: migliorare la personalizzazione e l'adattamento alle condizioni nazionali; promuovere la digitalizzazione della pubblica amministrazione; gettare le basi per la semplificazione delle procedure tramite l'applicazione del principio "*once-only*".».

<sup>48</sup> Il Regolamento 2018/1724 del 20 ottobre 2018 sullo sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, prevede l'istituzione di un sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove in applicazione del principio *once-only* (art. 14), comprese le prove inerenti alla qualificazione delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici. Cfr. H. GRAUX, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle*, cit., p. 83 ss. Si veda il Regolamento di esecuzione (UE) 2022/1463 del 5 agosto 2022 che definisce le specifiche tecniche e operative del sistema (OOTS, *once-only technical system*). La stessa Commissione ha espresso l'auspicio che tale sistema tecnico sia integrato con *e-Certis* e con l'ESPD: Commissione UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit., p. 16.

<sup>49</sup> Regolamento (UE) 2018/1724, art. 1, par. 1, lett. b).

<sup>50</sup> <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/DIGITAL/2022/09/05/Once-Only+Technical+System%3A+the+first+EU-wide+cross-sectorial+and+cross-domain+dataspace>.

<sup>51</sup> Commissione UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, cit., p. 16; Id., *Report on the ESPD survey*, cit.; Id., *State-of-play report on digital public administration and interoperability*.



Il DGUE dovrebbe confluire nel fascicolo virtuale ove affluiscono i dati relativi all'assenza di cause di esclusione automatica, all'assenza di gravi illeciti professionali, insieme alle evidenze utili per dimostrare la qualificazione tecnica economica e finanziaria (ed in futuro anche reputazionale) dell'operatore economico<sup>52</sup>. Dati, o semplicemente notifica dell'assenza di ogni evidenza penale o di gravi illeciti professionali, che affluiscono direttamente dalle banche dati degli enti già "certificanti", che oggi trasmettono direttamente il dato – o meglio, l'assenza di dati rilevanti – per assicurare una sorta di "semaforo verde" per la contrattazione pubblica, che confluisce nel fascicolo virtuale dell'operatore economico<sup>53</sup>. L'automatismo della verifica si realizzerebbe come effettiva radicale semplificazione solo ove non ci siano criticità e si possa procedere, mentre ove emergessero dei dubbi, *alert*, si procederebbe in contraddittorio alla valutazione del *self cleaning* per verificare la effettiva ricostituita fiducia digitale.

In base al principio di "fiducia digitale" dovrebbe infatti essere lo stesso operatore economico a segnalare le eventuali criticità e dimostrare di averle superate per essere ammesso alla contrattazione pubblica.

Che si vada in questa direzione lo dimostrano anche altre iniziative europee, purtroppo spesso non coordinate con il progetto del *OOTS-Once Only Thechnical System: l'Identità digitale (Digital Identity Wallet)*<sup>54</sup>, che consente di raccogliere dati da sorgente autentica e conservarli nel portafoglio digitale dell'impresa che potrebbe integrarsi nel fascicolo virtuale. Ora anche la *DG Trade* della Commissione europea ha avviato un'iniziativa (*Access2Procurement*) connessa ai *Free Trade Agreements*, che tende

*lity 2022*, Bruxelles, 2022; Commissione europea, Deloitte, *Study on up-take of emerging technologies in public procurement*, Bruxelles, 2020.

<sup>52</sup> Art. 4 della delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 262, per l'adozione del provvedimento di cui all'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia per l'Italia Digitale.

<sup>53</sup> Si segnala il *document unique de marché européen* (DUME) francese, compilabile online tramite il portale pubblico "CHORUS". Il DUME elettronico è impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis* da parte delle autorità francesi e consente di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni.

<sup>54</sup> Commissione europea, *The Common Union Toolbox for a Coordinated Towards a European Digital Identity Framework*, cit.

a superare l'accertamento cartaceo o documentale per il *cross debarment*, come integrazione del sistema *e-Certis*<sup>55</sup> anche in ambito extraeuropeo. I dati contenuti nel nuovo fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, dovrebbero essere costantemente aggiornati e permetteranno di verificarne il possesso secondo un modello di “semaforo verde” (o “*green pass*” dell'operatore economico), in relazione alle differenti tipologie di contratti, con evidente semplificazione e nel rispetto del principio del *once-only*.

Il nuovo Codice, con norma lungimirante, prevede l'evoluzione del fascicolo virtuale dal 1° gennaio 2024, sempreché entro quella data gli enti certificanti abbiano reso interoperabili con i sistemi informativi dell'Autorità le rispettive banche dati<sup>56</sup> ovvero, come si prospetterà, si vadano a cercare i dati dove possono essere reperiti più facilmente, almeno in via sperimentale. La mancata interoperabilità richiesta dal Codice dei contratti pubblici potrebbe determinare un danno erariale per colpa grave omissiva da imputare al responsabile dell'attività. L'omissione collegata alla possibilità di riuso del DGUE, ancora limitata alle singole piattaforme che lo prevederanno, comporta un significativo onere per gli operatori economici, ma ancor più un grave spreco di risorse per i necessari controlli e verifiche ancora necessarie<sup>57</sup>.

Solo una diretta interoperabilità assicura collaborazione e buona fede e principio di fiducia di cui al nuovo Codice<sup>58</sup>, per una concorrenza leale

<sup>55</sup> L. CERNAT, *Trade Policy 2.0 And Algorithms: Towards The “Easification” Of FTA Implementation*, 2021. Webinar “Procurement Without Borders: Exchanging Contractor Qualification Information Internationally”, organizzato dalla George Washington University Law School's Government Procurement Law Program e dall'Agenzia austriaca per gli appalti federali (Bundesbeschaffung Austria - BBG) il 3 marzo 2023, materiali e video disponibili a questo *link* (<https://publicprocurementinternational.com/procurement-without-borders/>).

<sup>56</sup> Delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 262, cit.

<sup>57</sup> Il *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE)* del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, cit., ancora non prevede un riuso del DGUE, direttamente interconnesso con il fascicolo virtuale. Le centrali di committenza stimano in 10 ore uomo (8 per il collaboratore e 2 per il RUP) necessarie allo svolgimento delle verifiche per un singolo operatore economico (cfr. l'intervento di A. LELI, direttore di Intercent-ER Emilia-Romagna, al convegno “*Contratti pubblici e digitalizzazione: le sfide del nuovo Codice*” presso l'Università di Torino il 10 marzo 2023).

<sup>58</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 2: «L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corret-

rivolta alla tempestiva e corretta esecuzione del contratto e non alla vittoria della gara per errore del concorrente nell'allegare un documento o della stazione appaltante nel verificarlo<sup>59</sup>. L'eventuale contenzioso su questi profili andrebbe anticipato e risolto in relazione a quanto si ricava dall'interrogazione del sistema, con evidente utilità per gli operatori economici che potrebbero conoscere in tempo reale la propria qualificazione, sempre nel rispetto del principio di collaborazione e buona fede reciproca con le stazioni appaltanti<sup>60</sup>.

Lo sviluppo del nuovo fascicolo virtuale dell'operatore economico deve contribuire alla raccolta di informazioni anche riguardanti la *past performance* dell'impresa<sup>61</sup>, anche nell'ottica di coordinare e implementare mediante interoperabilità tutti i dati acquisiti nel patrimonio informativo pubblico<sup>62</sup> utili a descrivere le condotte imprenditoriali e la qualità dei lavori, servizi e forniture prestati con i sistemi premiali (*rating* di impresa) che ora dovranno essere attivati presso l'ANAC<sup>63</sup>. La nuova disciplina del

ta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

<sup>59</sup> R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2, 2010, pp. 325-354. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10. Cfr. A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 16, 2020, pp. 48-78; F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *federalismi.it*, 5, 2022, pp. 96-127; F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *federalismi.it*, 20, 2021, pp. 159-173; A. MOLTERRNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 505 ss.

<sup>60</sup> M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione dell'operatore economico*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., p. 79 ss.; G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. Amm.*, 3, 2022, p. 779 ss.

<sup>61</sup> D.I. GORDON, G.M. RACCA, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 126 ss.

<sup>62</sup> J. TILLIPMAN, *Using AI to Reduce Performance Risk in U.S. Procurement*, in *The Regulatory Review*, University of Pennsylvania Law School, 29 giugno 2022, disponibile al link <https://www.theregreview.org/2022/06/29/tillipman-using-ai-to-reduce-performance-risk-in-u-s-procurement/>.

<sup>63</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 109: «1. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l'affi-

Codice rinnova infatti tale *rating* e lo pone a disposizione delle stazioni appaltanti che potrebbero trovarvi utili motivazioni per le decisioni di affidamento diretto, nel rispetto del principio del risultato.

### 3. *L'evoluzione digitale delle "verifiche antimafia"*

Fra le cause di esclusione automatica del nuovo Codice dei contratti pubblici è prevista, come già nella previgente normativa<sup>64</sup>, la sussistenza delle c.d. interdittive antimafia<sup>65</sup>. Come noto, esse possono derivare dalla comunicazione antimafia<sup>66</sup>, che consiste nell'attestazione della sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di contrarre con la pubblica amministrazione<sup>67</sup> oppure nella informazione antimafia<sup>68</sup> che, oltre alle cause di decadenza, di sospensione o di divieto che danno luogo alla comunicazione, comprende anche l'attestazione da parte del Prefetto della sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>69</sup>.

dabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale. 2. L'ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5, bilanciando questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori. 3. Alla presente disposizione è data attuazione entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione».

<sup>64</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 80, comma 2.

<sup>65</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 94, comma 2: «È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice». R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, p. 889 ss.; N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d'informazione antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 11 aprile 2022.; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 14, 2021, p. 56 ss.; R. ROLLI, *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario*, in *Ist. Federalismo*, 1, 2022, p. 44 ss.; M.A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25 maggio 2023.

<sup>66</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 83.

<sup>67</sup> Di cui al d.lgs. n. 159/2011, art. 67 e art. 84, comma 2.

<sup>68</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 91.

<sup>69</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 84, commi 3-4. Notoriamente, la comunicazione antimafia è considerata atto vincolato, essendo mera ricognizione di misure di prevenzione già adottate dall'au-

Tali provvedimenti hanno rilevanza non solo per i contratti pubblici, ma anche per l'esercizio più in generale della libertà d'iniziativa economica, comportando la revoca all'impresa delle autorizzazioni e concessioni amministrative<sup>70</sup>.

La richiesta della documentazione antimafia non è richiesta per i contratti pubblici di importo inferiore a 150.000 euro, ma anche in questi casi la tracciabilità assicurata dalle piattaforme potrebbe fornire utili analisi relativamente alle partecipazioni ed ai conflitti di interesse. Al di sopra dei 150.000 euro e fino alle soglie di rilevanza europea va richiesta la comunicazione antimafia<sup>71</sup>, mentre sopra le soglie è necessaria l'acquisizione dell'informazione antimafia<sup>72</sup>.

In base al nuovo Codice dei contratti pubblici la causa di esclusione prevista per i tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>73</sup> che comportano l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva<sup>74</sup> non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario<sup>75</sup>. Quest'ultimo può essere richiesto, su istanza di parte, in caso

torità giudiziaria; l'informazione è invece rimessa ad un potere di apprezzamento del prefetto in ordine ai tentativi di infiltrazione mafiosa.

<sup>70</sup> Come risulta dal combinato disposto degli artt. 67 sugli effetti delle misure di prevenzione e 89-*bis* sull'accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia del d.lgs. n. 159 del 2011.

<sup>71</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 83.

<sup>72</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 91.

<sup>73</sup> D.lgs. n. 36 del 2023, art. 94, comma 2, penultimo periodo.

<sup>74</sup> D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 84, comma 4.

<sup>75</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 34-*bis*. Il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende può essere disposto dal tribunale, anche d'ufficio, quando l'agevolazione dell'infiltrazione mafiosa risulta occasionale, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività. Il controllo giudiziario è adottato per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni e con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può imporre all'imprenditore l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa; la nomina di un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.

di impugnazione davanti al giudice amministrativo del provvedimento interdittivo prefettizio<sup>76</sup>. Ovviamente tale possibilità determina una diffusa impugnazione dei provvedimenti prefettizi.

La previsione di questa specifica ipotesi di *self cleaning*<sup>77</sup> è rilevante soprattutto perché consente una possibilità di chiarimento ed eventuale predisposizione di misure riparatorie da parte dell'impresa destinataria dell'interdittiva, spesso fondata soltanto su meri sospetti di infiltrazione da parte della criminalità organizzata. Sono note infatti le criticità della funzione prefettizia di accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, connotata da uno *standard* di accertamento meno forte del principio penalistico "al di là del ragionevole dubbio", essendo sufficiente che il tentativo di infiltrazione sia "più probabile che non", ossia rappresenti il cinquanta per cento più uno di possibilità (la c.d. probabilità cruciale)<sup>78</sup>. Tramite l'AVCPass, ora divenuto fascicolo virtuale dell'operatore economico (versione 1.0)<sup>79</sup>, le stazioni appaltanti possono reperire la comuni-

<sup>76</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 34-*bis*, comma 6: «Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentito il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali». Dopo un annoso contrasto giurisprudenziale, il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 febbraio 2023, n. 6, n. 7 e n. 8, ha chiarito che la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex d.lgs. n. 159/2011, art. 34-*bis*, comma 6, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né di eventuali misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 32, comma 10, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria di un'informazione antimafia interdittiva. Cfr. R. ROLLI, V. BILOTTI, F. BRUNO, *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: l'Adunanza plenaria mette la parola fine (?) al dibattuto rapporto tra i due istituti*, in *Ratioiuris.it*, 24 aprile 2023.

<sup>77</sup> Nella *Relazione illustrativa* al Codice il Consiglio di Stato ha ricordato che tale ipotesi di *self cleaning* è stata inserita anche su indicazione contenuta nell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 e nelle successive proposte emendative del 25 luglio 2022), che segnalava l'opportunità di «*allineare l'ambito soggettivo di applicazione del requisito previsto dall'art. 80, comma 2, decreto legislativo n. 50/2016, rispetto ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011)*».

<sup>78</sup> Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2023, n. 6144 e 6118. Fra le prime pronunce, si richiama della Terza Sezione, si richiama Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2017, n. 1923.

<sup>79</sup> Si veda *supra* par. 2.

cazione antimafia (come certificazione ottenuta dalle Prefetture, ad oggi per ogni singola gara, in quanto il riuso dei documenti non risulta ancora attivo), ma non l'informazione<sup>80</sup>. Per ottenere quest'ultima le stazioni appaltanti devono comunque continuare a interrogare separatamente la Banca dati nazionale antimafia (BDNA), non interoperabile con i sistemi dell'ANAC, nonostante l'esistenza di una specifica previsione normativa a riguardo<sup>81</sup>. Su questo aspetto occorrerebbe prospettare una ulteriore semplificazione e coordinamento col fascicolo virtuale.

Pur essendo ormai garantita la possibilità di un contraddittorio con il soggetto interessato dall'informazione antimafia<sup>82</sup>, la decisione delle Prefetture deve fondarsi su dati certi e verificabili, che oggi si potrebbero utilmente ricavare dall'analisi delle numerose basi di dati, anche pubbliche per superare le incertezze e criticità che determinano un vasto contenzioso<sup>83</sup>, connesso alla effettiva lesività della misura che comporta quello che è stato definito un "ergastolo imprenditoriale" sull'azienda,

<sup>80</sup> Lett. A6) delle FAQ dell'ANAC sul fascicolo virtuale dell'operatore economico, accessibili a questo [link: https://www.anticorruzione.it/-/avcpass?redirect=%2Fchiedilo-ad-anac](https://www.anticorruzione.it/-/avcpass?redirect=%2Fchiedilo-ad-anac).

<sup>81</sup> D.p.c.m. 18 aprile 2013, art. 8, comma 3: «Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti, e dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono definite le modalità per il collegamento tra la banca dati nazionale unica e la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 81 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in relazione alle disposizioni previste dall'art. 7, comma 2, del presente decreto».

<sup>82</sup> D.lgs. 159/2011, art. 92, comma 2-bis, disposto dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233, art. 49, comma 1, lett. a). In base al sistema vigente quando il prefetto, sulla base degli esiti delle verifiche disposte mediante la consultazione della Banca dati nazionale unica antimafia (BDNA), ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.

<sup>83</sup> A novembre 2022 è stata pubblicata la *Relazione annuale 2021 sul contenzioso antimafia* dell'Avvocatura generale dello Stato. La produzione continua di pronunce da parte della giustizia amministrativa ha suscitato la recente istituzione (febbraio 2023) di un *Osservatorio sulla giurisprudenza in tema di misure amministrative di prevenzione della criminalità organizzata* coordinato da Andrea De Col, Marco Lipari, Massimiliano Noccelli, Sergio Perongini, Renato Rolli, Maria Alessandra Sandulli e Maurizio Santise.

perché, con effetto *sine die*<sup>84</sup>, provoca la revoca di tutti i contratti pubblici, le concessioni e autorizzazioni amministrative. Nonostante sia fissata la durata delle informazioni antimafia a dodici mesi<sup>85</sup>, l'interpretazione prevalente ritiene infatti che l'effetto interdittivo (sia dalla partecipazione a nuove procedure di affidamento di commesse pubbliche, sia dall'ottenimento di autorizzazioni e concessioni) perduri fino a quando non sopraggiungono nuovi elementi che dimostrino il cessato pericolo di infiltrazione<sup>86</sup>.

Accanto alle criticità del reperimento della documentazione antimafia, resta parallelamente la necessità di iscrizione alle *white lists* tenute dalla Prefetture<sup>87</sup>, per svolgere alcune attività indicate dalla legge<sup>88</sup> considerate

<sup>84</sup> Cfr. V. SALAMONE, *L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revocazione. Si tratta veramente di un "ergastolo imprenditoriale"?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 maggio 2023.

<sup>85</sup> D.lgs. n. 159/2011, art. 86, comma 2.

<sup>86</sup> Cfr. gli interventi di G. VELTRI e S. PERONGINI al convegno *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022; G. GAROFOLI, intervento al convegno *Interdittiva antimafia. Esigenze di prevenzione e libera iniziativa economica: quale bilanciamento possibile*, Bari, 13 dicembre 2019.

<sup>87</sup> L. n. 190/2012, art. 1, comma 52: «Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, è obbligatoriamente acquisita dai soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. Il suddetto elenco è istituito presso ogni prefettura. L'iscrizione nell'elenco è disposta dalla prefettura della provincia in cui il soggetto richiedente ha la propria sede. Si applica l'articolo 92, commi 2 e 3, del citato decreto legislativo n. 159 del 2011. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco». G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 125 ss.; V. FERRARIS, C. MAZZA, *Gli strumenti di prevenzione della illegalità negli appalti: red flags e sistemi di listing*, in L. SCOMPARNI (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 45 ss.

<sup>88</sup> L. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 53: «Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: [lettere abrogate dal d.l. n. 23/2020, conv. l. n. 40/2020]; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri. i-bis) servizi funerari e cimiteriali; i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per



a particolare rischio di infiltrazione mafiosa, e anche tale iscrizione condiziona la possibilità della stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti con la pubblica amministrazione<sup>89</sup>.

L'apparente semplificazione prevista, per cui è stata sinora considerata sufficiente la mera richiesta d'iscrizione alla *white list* per partecipare alle procedure di affidamento<sup>90</sup>, non ha determinato un effetto distorsivo, poiché i tempi delle iscrizioni in talune Prefetture risultavano molto lunghi. Ad esempio, nel 2021, si è rilevato che nella Prefettura di Napoli su 1.076 società richiedenti l'inserimento in *white list* soltanto per 31 fosse indicato un esito, mentre le altre 1.045 risultavano da anni in fase di valutazione e in attesa di iscrizione, continuando pertanto a partecipare alle gare senza alcun previo controllo<sup>91</sup>. Non pare che questa disciplina venga modificata dal codice e sicuramente le criticità permarranno.

Pare dunque necessaria una razionalizzazione dei controlli antimafia e della comunicazione dei relativi esiti, per permettere di automatizzare le verifiche che risultino negative (semaforo verde) e assicurino le possibilità di contraddittorio e *self cleaning* nei casi critici (*alert*, come semaforo rosso).

conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti».

<sup>89</sup> L. n. 190/2012, art. 1, c. 52-*bis*.

<sup>90</sup> Circolare del Ministero dell'Interno del 23 marzo 2016, n. 25954, secondo la quale «la stazione appaltante, dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare le *white list*, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione, potrà dare avvio all'iter contrattuale ricorrendo alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia. In altri termini, la stazione appaltante consulterà la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all'impresa, come in ogni altra situazione ordinaria di consultazione di tale piattaforma finalizzata al rilascio della documentazione antimafia. (...) Dal momento della consultazione della Banca Dati decorreranno i termini previsti dall'art. 92, commi 2 e 3, del Codice Antimafia [termini per la verifica dei requisiti da parte del Prefetto, ai fini del rilascio delle informazioni antimafia]. Maturati tali termini la stazione appaltante sarà legittimata a procedere alla conclusione o approvazione degli strumenti contrattuali, fatte salve le cautele di legge previste in caso di successivo diniego dell'iscrizione».

<sup>91</sup> Si veda la risposta del Ministro Lucia Lamorgese al *Question Time* al Senato, seduta del 13 gennaio 2022, della Senatrice Margherita Corrado sulle interdittive antimafia: resoconto stenografico, p. 7 ss., accessibile a questo *link* (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1330796.pdf>), video a questo *link* (<https://www.youtube.com/watch?v=khWH7NwJQC8&feature=youtu.be>).

Oggi l'ANAC trascrive all'interno del Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture<sup>92</sup> sia le comunicazioni, sia le informazioni antimafia interdittive<sup>93</sup>, con dati che vengono aggiornati soltanto ove comunicati dal Ministero dell'Interno.

Un collegamento diretto fra le banche dati – che dovrà avvenire anche alla luce del nuovo Regolamento sul fascicolo virtuale che prevede la trasmissione all'ANAC delle informazioni, delle comunicazioni antimafia e dell'iscrizione alle *white list*<sup>94</sup> – permetterebbe una effettiva semplificazione e la garanzia che l'accertamento dei requisiti sia effettivamente aggiornato in tempo reale e corrispondente alla situazione attuale dell'operatore economico.

#### *4. La sperimentazione di sistemi integrati di data analysis per la verifica dell'assenza di cause di esclusione e dei gravi illeciti professionali*

La tipizzazione dei gravi illeciti professionali e l'individuazione dei mezzi di prova adeguati proposta dal nuovo Codice in attuazione della legge delega<sup>95</sup> appare ancora insoddisfacente per una effettiva semplificazione. Si consideri che solo alcune delle fattispecie che costituiscono grave

<sup>92</sup> Di cui all'art. 222, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36: «È istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Nel casellario sono annotate, secondo le modalità individuate dall'ANAC, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 94. L'ANAC, nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da iscrivere nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti per l'attribuzione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109, o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 103, nonché la durata delle iscrizioni e la modalità di archiviazione delle stesse. Nel casellario l'ANAC iscrive direttamente i provvedimenti interdittivi adottati ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettere e) e f)».

<sup>93</sup> Art. 8, comma 1, lett. h) del *Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* adottato con la delibera ANAC n. 272 del 20 giugno 2023.

<sup>94</sup> Allegato I, *Cause di esclusione automatica*, alla delibera n. 262 del 20 giugno 2023, *Adozione del provvedimento di cui all'articolo 24, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia per l'Italia Digitale*.

<sup>95</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98. La l. n. 78/2022, art. 1, comma 2, lett. n), richiedeva la «razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014».

illecito professionale sono facilmente e oggettivamente riscontrabili (ad esempio la sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto<sup>96</sup> o la condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori<sup>97</sup>).

Altre clausole sono molto più aperte, come la condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione<sup>98</sup>; la condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento, oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale<sup>99</sup>.

Inoltre, le cause di esclusione non automatica tipizzate dal nuovo Codice determineranno un notevole aggravio procedurale rispetto al passato<sup>100</sup>, essendo richiesta la verifica puntuale dei c.d. carichi pendenti per riscontrare la contestata commissione di reati che comportano l'esclusione automatica<sup>101</sup>, verificando la serie di atti indicati dal medesimo Codice

<sup>96</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 3, lett. a).

<sup>97</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 3, lett. d).

<sup>98</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 3, lett. b).

<sup>99</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 3, lett. c).

<sup>100</sup> Per la verità, già in questo senso deponavano le linee guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice», approvate dal Consiglio dell'ANAC con delibera del 16 novembre 2016 n. 1293 e aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con deliberazione dell'11 ottobre 2017, n. 1008.

<sup>101</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 3, lett. g).

come mezzi di prova adeguati<sup>102</sup>, non contenuti in banche dati esistenti presso il Ministero della Giustizia, ma ricavabili soltanto dall'interrogazione degli uffici delle singole Procure della Repubblica.

Il nuovo fascicolo virtuale dovrebbe permettere all'operatore economico, dichiarando l'assenza di cause di esclusione o il possesso dei requisiti di qualificazione, di trovare immediato riscontro con accesso alle banche dati interoperabili con l'intermediazione dell'ANAC o di questa in connessione con le Prefetture (che dispongono dell'accesso alla Banche Dati SDI del CED Interforze del Ministero dell'Interno e secondo il modello PRICE, già sperimentato in Veneto<sup>103</sup>, mediante algoritmi che possono accedere ad oltre 160 banche dati con un sistema applicativo, in grado di ricavare un indice di rischio degli operatori economici<sup>104</sup>).

Con riferimento al fascicolo virtuale, attivato dal 2022 dall'ANAC come evoluzione dell'AVCPass, si è riscontrato che questo consente di inviare la richiesta delle comunicazioni (e non delle informazioni) antimafia alle

<sup>102</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 98, comma 6, lett. g): «gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale».

<sup>103</sup> La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università, ha sviluppato algoritmi complessi per l'incrocio di dati di oltre 160 banche dati con un sistema applicativo, PRICE, in grado di ricavare il rischio di operatori economici e amministratori. Per questo la Guardia di Finanza e il presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenti e mafiosi nei bandi del Piano nazionale di resistenza e resilienza. cfr. R. SANDRE, *Frodi e infiltrazioni, le Fiamme Gialle scovano i crimini con i big data*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2021; M. ZAMBON, *Controlli sul Pnrr: la Regione Veneto si affida all'algoritmo inchioda «furbetti»*, in *Corriere del Veneto*, 8 febbraio 2022. PRICE attinge alle banche dati: A.T., TELEMACO, A.C.I., S.I.S. ter, CRUSCOTTO CONTI GIOCO, GEO.C.O.M., WEB INTELLIGENCE GDF (ares, stat1 e s.i.a.c.), PROGETTI CENTRALIZZATI e PROGETTI LOCALI, ORBIS, EROGAZIONI PUBBLICHE, REDDITO DI CITTADINANZA, CODICI ATECO, SIVA 2, GIALLO CARSICO, MO.CO.P. (MONITORAGGIO APPALTI PUBBLICI). Si veda l'intervento di G. MAINOLFI nel convegno "Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front office" dello Stato alla prova del NGUE", sessione "Le basi informative e le metodologie di analisi quantitative. La dimensione locale e l'attuazione del PNRR", Venezia, 17 dicembre 2021 (video disponibile a questo *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=sjX62MIP-gk&feature=youtu.be>).

<sup>104</sup> Per prevenire violazioni e distrazioni di fondi pubblici che permettano sia il riscontro delle dichiarazioni di assenza di evidenze penali ecc. (requisiti di ordine generale), sia il riscontro dei requisiti di qualificazione.

singole Prefetture, non alla Banca dati nazionale antimafia. Come detto, si sono registrati rallentamenti nelle risposte dalle singole Prefetture.

Non pare però coerente al principio del risultato che il fascicolo virtuale dell'operatore economico, previsto dal Codice vigente quale strumento per la verifica di tutti i requisiti, non possa ricevere in automatico i dati quantomeno sull'assenza di evidenze penali o di illeciti direttamente dalla BDNA<sup>105</sup>.

Si propongono quindi due modelli da sperimentare, potenzialmente da integrare.

Sarebbe possibile la compilazione di un DGUE elettronico e interoperabile in cui l'operatore economico, dichiarando il possesso dei suoi requisiti, vi trovi immediato riscontro con accesso alle banche dati interoperabili con il fascicolo virtuale<sup>106</sup>. I dati potrebbero essere inseriti volontariamente dall'operatore economico che chiede di ottenere il "green pass" e conseguentemente verificati automaticamente con immediato riscontro anche all'operatore economico, altri con intermediazione dell'ANAC con accesso diretto ad altre banche dati che permettano il riscontro dei requisiti di ordine generale ovvero dei requisiti speciali di qualificazione. Per raggiungere i risultati indicati dal nuovo Codice occorrerebbe sperimentare strumenti che rendano il fascicolo virtuale dell'operatore economico un autentico sistema digitale integrato di verifica della qualificazione dell'operatore economico (il "green pass" o "semaforo verde" delle imprese) e non un semplice raccoglitore (anche su piattaforme) di certificazioni (documenti in formato *pdf* o simili prodotti periodicamente e caricati per una lettura umana o artificiale)<sup>107</sup>, superando le incertezze per gli operatori economici e le stazioni appaltanti.

<sup>105</sup> Si veda *supra* par. 3.

<sup>106</sup> Come specificato dal *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE)* del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, cit., la compilazione del DGUE dovrà essere effettuata attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale conformemente alle specifiche tecniche emanate da AgID che definiscono il modello dei dati e le modalità tecniche di definizione del DGUE europeo elettronico italiano in formato strutturato XML, conforme al modello dati definito dalla Commissione europea.

<sup>107</sup> Ancora improntata alla logica documentale, ma aperta a possibili evoluzioni in chiave di piena digitalizzazione, la delibera dell'ANAC n. 262/2023.

Da un lato, l'attestazione fornita dal sistema sperimentale potrà rendere immediata la verifica dei requisiti e delle cause di esclusione automatica<sup>108</sup>. Dall'altro, con riguardo alle cause di esclusione non automatica<sup>109</sup> e ai requisiti di ordine speciale<sup>110</sup>, ancora soggetti a un margine di apprezzamento tecnico delle stazioni appaltanti<sup>111</sup>, l'esito della consultazione della banca dati potrebbe formare la base informativa necessaria per motivare un giudizio di inaffidabilità di una certa impresa, con i "mezzi adeguati" con cui dimostrare la sussistenza di almeno uno dei casi tipici di grave illecito professionale<sup>112</sup>, nel rispetto del principio di proporzionalità, anche al fine di rendere effettive le possibilità di *self cleaning*<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 94.

<sup>109</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 95.

<sup>110</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 100.

<sup>111</sup> Il Consiglio di Stato nella *Relazione illustrativa* alla bozza di Codice spiega che «Il "potere" demandato alla Stazione appaltante non riposa in una volizione, ma in un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l'aggettivo "non automatiche" (peraltro a più riprese utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9) meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione "automatica" annoverate nell'art. 94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza).

<sup>112</sup> Ai sensi della Direttiva 2014/24/UE, art. 47, par. 4, lett. c).

<sup>113</sup> Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 102, per il *self cleaning*, prevede infatti espressamente che gli Stati membri «dovrebbero essere liberi, in particolare, di decidere se consentire alle singole amministrazioni aggiudicatrici di effettuare le pertinenti valutazioni o affidare tale compito ad altre autorità a livello centrale o decentrato». CGUE, 11 giugno 2020, causa C-472/19, "Vert Marine", par. 28 e 29, relativi alla direttiva 2014/23, considerando 71, analogo alla direttiva 2014/24, considerando n. 102: «Tale interpretazione è corroborata dal considerando 71 della direttiva 2014/23, il quale enuncia che, nell'ambito della determinazione delle condizioni procedurali e sostanziali relative all'applicazione dell'articolo 38, paragrafo 9, della direttiva 2014/23, gli Stati membri devono essere liberi di lasciare alle singole amministrazioni aggiudicatrici o ai singoli enti aggiudicatori la possibilità di valutare l'adeguatezza delle misure correttive invocate dall'operatore economico o di affidare tale compito ad altre autorità, a livello centrale o decentrato. Da tale considerando risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso lasciare un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri quanto alla definizione delle autorità incaricate di valutare l'adeguatezza delle misure correttive. Al riguardo, dall'espressione «altre autorità a livello centrale o decentrato» risulta che gli Stati membri possono affidare tale compito di valutazione a qualsiasi autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore».

Su ispirazione del sistema PRICE<sup>114</sup> sperimentato in Veneto si potrebbe predisporre una convenzione fra l'ANAC e il Ministero dell'Interno per consentire l'attività di riscontro di assenza di cause di esclusione alle Prefetture, che dispongono dell'accesso alla Banche Dati SDI del CED Interforze del Ministero dell'Interno<sup>115</sup>, in connessione con l'applicativo che connette anche le numerose altre banche dati disponibili.

La convenzione con il Ministero dell'Interno relativamente alle Banche Dati Sistema di Indagine del CED Interforze, non richiederebbe l'accesso a tale base dati, ma semplicemente che gli accertamenti vengano normalmente svolti dal personale dedicato, con l'obiettivo di verifica dell'assenza delle cause di esclusione automatica.

Le Prefetture potrebbero effettuare le verifiche sugli operatori economici che abbiano sede nel relativo territorio e che richiedano di ottenere il c.d. *green pass*, come qualificazione digitale che confluirà nel fascicolo virtuale presso ANAC e assicuri il perdurare delle condizioni di affidabilità la "fiducia digitale". Questo consentirebbe una verifica sostanziale e oggettiva, facendo emergere collegamenti e flussi finanziari, evitando l'irrogazione di interdittive fondate soltanto su indizi non sufficienti come i rapporti di parentela e non evidenze di comunanza di interessi economici<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Ciò richiederebbe la modifica della l. 1° aprile 1981, n. 121, art. 9, che limita l'accesso allo SDI agli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle forze di polizia, agli ufficiali di pubblica sicurezza e ai funzionari dei servizi di sicurezza.

<sup>115</sup> In particolare verificano digitalmente l'assenza cause di esclusione (assenza di evidenze penali relative ai reati indicati dall'art. 57 della direttiva europea e assenza di comunicazioni o informazioni antimafia); la presenza dei requisiti di qualificazione (da accorpate e semplificare con verifiche digitali sostanziali e non formali): regolarità nella presentazione di bilanci e assenza di controindicazioni finanziarie, economiche, patrimoniali e strutturali; regolarità contributiva; assolvimento degli obblighi fiscali (dichiarativi e di versamento); assenza di crediti in sofferenza dalla Centrale Rischio della Banca d'Italia; presenza di personale dipendente con contratto di lavoro identificato o collettivo; condizioni di impiego di lavoro disabile, di genere e generazionale.

<sup>116</sup> Nel segno della recente sentenza Corte Cass., 11 aprile 2023, n. 15156, con la quale è stato accolto il ricorso con cui una imprenditrice calabrese, già destinataria di un'interdittiva, ha chiesto l'accesso al controllo giudiziario, nonostante il nonno avesse avuto in passato rapporti con la 'ndrangheta. Parimenti la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che dà rilievo ai rapporti di parentela per valutare la probabilità dell'infiltrazione, purché accompagnati da rapporti di colleganza o di conduzione collettiva e regia familiare, di diritto o di fatto dell'impresa (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2022, n. 21).

Ciascuna Prefettura sarebbe chiamata alla verifica di poche migliaia di operatori economici sulla base di procedure automatizzate di controllo, ad esempio con analisi di rischio su modello dell'applicativo PRICE della Guardia di Finanza, che possono consentire agevolmente il monitoraggio in tempi brevi ad integrazione delle attività ordinarie di verifica già normalmente richieste. L'ANAC si potrebbe così avvalere degli esiti delle verifiche delle Prefetture, relativamente a interdittive e procedimenti di iscrizione alle *white list*, mediante i locali Gruppi interforze Antimafia per i necessari riscontri ed i conseguenti pareri<sup>117</sup> e l'eventuale contraddittorio con gli interessati da sottoporre a *self cleaning*.

Un modello che si potrebbe utilmente sperimentare con gruppi di operatori economici che accettino di semplificare le modalità di prova della loro qualificazione in conformità al principio di collaborazione istituzionale e della reciproca "fiducia digitale".

### 5. *Il self cleaning: dal DGUE all'intelligenza artificiale*

Il sistema così predisposto assicurerà il rispetto dei principi di collaborazione e buona fede nell'accertamento dell'affidabilità dell'operatore economico che potrà dimostrare di aver svolto tutte le attività di *self cleaning* che lo rendano affidabile e che vengano riportate nel fascicolo virtuale presso l'ANAC<sup>118</sup>. Rimarrà alle amministrazioni aggiudicatrici la

<sup>117</sup> L'ANAC peraltro può avvalersi della Guardia di finanza per lo svolgimento di ispezioni e accertamenti, sia in materia di prevenzione della corruzione sia di vigilanza sui contratti pubblici, ai sensi del d.l. n. 179/2012, conv. l. n. 221/2012, art. 34-bis, comma 2, e del d.lgs. n. 36/2023, art. 222, comma 5.

<sup>118</sup> Si ricorda che il d.lgs. n. 36/2023, art. 96, commi da 2 a 6, riporta una attuazione più estesa del *self cleaning* rispetto al d.lgs. n. 50/2016, su modello della direttiva 2014/24/EU, art. 57, par. 6. Pertanto, l'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di esclusione automatica (art. 94), a eccezione del comma 6 (violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali), e di esclusione non automatica (art. 95), e a eccezione del comma 2 (gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali), non è escluso se può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità (misure di cui all'art. 96, comma 6: aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti) e ha adempiuto agli oneri procedurali di cui all'art. 96, commi 3 o 4. Inoltre, la nuova disciplina li estende l'operatività del *self cleaning* anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta (cfr. la *Relazione illustrativa* alla bozza di Codice).



facoltà di motivare la scelta di discostarsi dalle valutazioni presenti nel fascicolo virtuale.

Chiarendo l'interpretazione delle direttive europee<sup>119</sup>, anche superando alcuni orientamenti della Corte di giustizia<sup>120</sup>, in una prospettiva innovativa assicurata oggi dalla necessaria digitalizzazione, occorre che nel fascicolo virtuale l'operatore economico riversi ogni elemento utile per assicurare che la qualificazione permanga, come pure l'assenza di cause di esclusione per assicurare la correttezza e l'affidabilità digitale<sup>121</sup>.

L'intelligenza artificiale permette analisi di mercato (analisi del rischio) che possono fondarsi sulla conoscenza esatta degli operatori economici e di quanto hanno realizzato negli anni, con quali amministrazioni, o enti privati, con quale esito, per ripensare un sistema di qualificazione rapido e oggettivo, mediante accesso diretto a sistemi informativi che superino la produzione, l'autocertificazione, la verifica e lo scambio documentale. La stazione appaltante potrà motivare e scostarsi dalle evidenze digitali, ove ritenesse ancora dubbia l'integrità dell'operatore economico.

Come ricordato, superando l'obbligo di presentare certificati, la direttiva 2014/24/UE ha introdotto in via generale l'utilizzo del documento di gara unico europeo (DGUE), consistente in un'autodichiarazione sostitutiva delle certificazioni sulle cause di esclusione obbligatorie e facoltative ed i requisiti di qualificazione degli operatori economici<sup>122</sup>. Tuttavia lo strumento del DGUE oggi non rappresenta più una reale semplificazione.

<sup>119</sup> Direttiva 2014/24/EU, art. 57, par. 4, che dispone: «(...) Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere (...) oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (...) c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità».

<sup>120</sup> In particolare la sentenza della Corte di Giustizia UE 19 giugno 2019, causa C-41/18, *Meca Srl c. Comune di Napoli*.

<sup>121</sup> La valutazione della stazione appaltante va effettuata nella piena conoscenza dei dati, riguardanti le vicende dell'impresa, caricati dalle altre amministrazioni e dall'impresa stessa nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, anche al fine di rendere effettive le possibilità di *self cleaning*.

<sup>122</sup> Direttiva 2014/24/UE, art. 59, par. 1. Cfr. G.M. RACCA, *Electronic Qualitative Selection of Economic Operators: the challenge of the European Single Procurement Document (ESPD)*, in M. BURGI, M. TRYBUS, S. TREUMER (a cura di), *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, Djof Publishig, Copenhagen, 2016, p. 320 ss.

ne, visto che non elimina l'onere di autocertificare per l'impresa e per l'amministrazione di accertare la veridicità delle dichiarazioni e di dati che spesso sono già in possesso di altre pubbliche amministrazioni<sup>123</sup>. E questo ancor più ove si consideri la necessità di ripresentare il DGUE in ogni gara, in assenza di riuso.

Il nuovo Codice recepisce implicitamente la possibilità del riuso del DGUE (*Re-usability principle*) già presentato in altra procedura<sup>124</sup> e del c.d. "*winner only principle*" con la possibilità di inversione procedimentale<sup>125</sup>, che

<sup>123</sup> Risulta che solo in Italia si effettuino i controlli conseguenti (in Germania, ad esempio, le stazioni appaltanti considerano sufficiente l'autocertificazione – il Documento di gara unico europeo – senza procedere con i riscontri).

<sup>124</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 91, comma 3, che prescrive la forma digitale in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea. È più esplicita la direttiva 2014/24/UE, art. 59, par. 1: «Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono tuttora valide». «Reuse means that public administrations confronted with a specific problem seek to benefit from the work of others by looking at what is available, assessing its usefulness or relevance to the problem at hand, and where appropriate, adopting solutions that have proven their value elsewhere. This requires the public administration to be open to sharing its interoperability solutions, concepts, frameworks, specifications, tools and components with others»: Commissione UE, *European Interoperability Framework*, cit.

<sup>125</sup> Secondo la versione originaria del Codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016, art. 94, comma 1, lett. b), la verifica dei requisiti di partecipazione e dell'assenza di cause di esclusione è effettuata prima della valutazione delle offerte. L'ANAC aveva già chiarito nel 2017 che, in assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione (mediante il DGUE) le stazioni appaltanti, nelle fasi che precedono l'aggiudicazione, potevano limitarsi a verificare il possesso dei requisiti sotto il profilo della completezza delle autodichiarazioni rese dalle imprese, essendo obbligatorio il controllo soltanto sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto (Comunicato del Presidente ANAC dell'8 novembre 2017, Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE). Nelle procedure aperte bandite per i settori speciali era invece già espressamente prevista la possibilità, se specificamente prevista nel bando di gara, di effettuare l'inversione procedimentale, anticipando la valutazione delle offerte rispetto alla selezione degli offerenti, garantendo comunque che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. In via temporanea, tale facoltà è stata estesa anche alle procedure aperte bandite per i settori ordinari fino al 30 giugno 2023. Il d.lgs. n. 36/2023, art. 107, comma 3, consente a regime l'inversione procedimentale. Dalle prime analisi sembra uno strumento utile per accorciare i tempi della gara: cfr. A. BALTRUNAITĖ, T. ORLANDO, I. PIZZOLLA, V. RAGOZINI, G. ROVIGATTI, *Il ricorso all'inversione procedimentale nell'affidamento dei contratti pubblici*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 750, marzo 2023, in cui si confrontano i dati sulla durata delle procedure con o senza inversione.

permette di svolgere le verifiche solo sul vincitore<sup>126</sup>. Utili semplificazioni nell'attesa della piena attuazione del principio *once-only*, indicato dalla direttiva europea, che consente agli operatori economici di non presentare documenti già in possesso di altre amministrazioni<sup>127</sup>.

Il modello di formulario elettronico di DGUE indicato dalla Commissione europea appare ancora una trasposizione informatica del documento cartaceo<sup>128</sup>. La Commissione dovrebbe fornire direttamente un servizio *web* per la compilazione elettronica del DGUE<sup>129</sup>, ma risulta che si limiti a predisporre un modello di documento digitale (*ESPD Exchange Data Model*), complicato dal fatto che ad ogni domanda su ciascun requisito seguono le domande relative alle misure riparatorie (di *self cleaning*) eventualmente adottate e tutte poi ancora da verificare. L'inserimento del *self cleaning* nel DGUE elettronico<sup>130</sup>, come ricordato determinerà un aggravio di oneri di verifica e controllo che determineranno costi da imputare, a titolo di danno erariale, per colpa grave omissiva, a chi non avrà favorito e attuato l'interoperabilità come imposta dal Codice. Sarebbe una significativa semplificazione la possibilità per l'imprenditore di caricare, una volta soltanto, le misure concretamente adottate

<sup>126</sup> Direttiva 2014/24/UE, art. 59, par. 4.

<sup>127</sup> «Agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora e sempre che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di ottenere i certificati e le informazioni pertinenti direttamente accedendo a una banca dati nazionale che sia disponibile gratuitamente in un qualunque Stato membro, come un registro nazionale degli appalti, un fascicolo d'impresa virtuale (*Virtual Company Dossier*), un sistema elettronico di archiviazione dei documenti o un sistema di preselezione» e, in ogni caso, «qualora l'amministrazione aggiudicatrice, avendo aggiudicato l'appalto o concluso l'accordo quadro, possieda già tali documenti»: Direttiva 2014/24/UE, art. 59, par. 5.

<sup>128</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo, allegato 2. In ambito nazionale, si vedano le specifiche tecniche per l'implementazione del DGUE elettronico italiano - *eDGUE-IT*, V.1.0, emanate da AgID il 30 luglio 2021. Nelle more dell'aggiornamento delle specifiche tecniche al d.lgs. n. 36 del 2023, continuano ad applicarsi intendendo come sostituiti i riferimenti normativi al d.lgs. n. 50 del 2016 dai corrispondenti riferimenti al nuovo Codice: *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE)* del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, cit.

<sup>129</sup> Si veda la pagina illustrativa sul sito *web* della Commissione europea.

<sup>130</sup> *Comunicato relativo alle Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE)* del 30 giugno 2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, cit., p. 4

nel proprio fascicolo virtuale, evitando di doverle ripresentare in ogni procedura tramite il documento di gara.

La delibera dell'ANAC in materia di fascicolo virtuale adottata ai sensi del nuovo Codice dei contratti pubblici già prevede che il DGUE interoperi con il fascicolo virtuale, che a sua volta dovrebbe essere pienamente interconnesso con le piattaforme di approvvigionamento certificate<sup>131</sup>. In questo modo, si potrebbero ridurre gli oneri di caricamento e di comunicazione di informazioni degli operatori economici, nonché i controlli a valle per le stazioni appaltanti, che non dovrebbero essere necessari perché l'informazione dovrebbe essere inserita direttamente nel fascicolo virtuale integrato con il DGUE.

A questo strumento essenziale di raccolta dei dati si potrà accompagnare, più in generale, come suggerito da esperienze oltreoceano, l'introduzione di strumenti di analisi avanzata delle informazioni sulle imprese, rivalutando le modalità operative della comunità degli esperti delle *supply chains* private e della comunità degli esperti di *procurement* pubblico, per la condivisione di buone pratiche (digitali) su come affrontare l'obiettivo di affidare contratti pubblici a operatori economici responsabili e capaci<sup>132</sup>. L'intelligenza artificiale e l'analisi dei rischi permettono conoscenze che trascendono i riscontri documentali pensati per modalità cartacee di tempi passati e che oggi risultano in violazione dei principi di tempestività e del risultato che si intendono perseguire.

Occorre superare la gelosia del dato, l'inefficienza e i costi significativi e non imposti dall'Unione europea, ma solo correlati ad una inerzia organizzativa dovuta al mancato ripensamento dei processi alla luce delle nuove tecnologie<sup>133</sup>. Inoltre, occorre evidenziare che ogni costo per la creazione di nuove banche dati determinato dalla omessa condivisione di dati disponibili potrebbe costituire colpa grave omissiva e determinare il conseguente danno erariale, da contestare al responsabile.

<sup>131</sup> Art. 4 della delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 262, cit.

<sup>132</sup> Cfr. le considerazioni svolte nel Webinar "*Procurement Without Borders: Exchanging Contractor Qualification Information Internationally*", cit.

<sup>133</sup> R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, p. 305 ss.; ID., D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020.

Superando i comportamenti opportunistici (e le occasioni di conseguente contenzioso), la tracciabilità e la pubblicità assicureranno il fondamento per una rinnovata “fiducia digitale” tra gli operatori economici e le stazioni appaltanti, in base ad un nuovo “patto collaborativo digitale” (*framework alliance*), fin dall’avvio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo sino all’ottenimento del risultato della completa esecuzione del contratto pubblico<sup>134</sup>.

“Digital Trust” in Public Contracts between Platforms and Data Analysis  
*Gabriella M. Racca*

Abstract: L'articolo analizza le sfide della digitalizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici per l'attuazione degli obiettivi dell'*e-procurement*, da tempo posti in ambito europeo e nazionale. Lo sviluppo di un sistema integrato ed interoperabile di piattaforme può consentire lo svolgimento di procedure di gara effettivamente native digitali, con particolare attenzione alle innovazioni nella fase di qualificazione degli operatori economici, sia dal punto di vista del superamento dell'autocertificazione (in conformità con i principi del *once-only* e del *winner-only*), sia mediante lo sviluppo di un fascicolo virtuale dell'operatore economico interconnesso ed interoperabile. L'obiettivo è giungere alla piena digitalizzazione delle procedure, anzitutto mediante flussi di dati e informazioni che contribuiscano alla costruzione di un autentico sistema digitale integrato di verifica della qualificazione dell'operatore economico, nel rispetto dei principi di collaborazione e buona fede – anche ove si rendano necessarie attività di *self cleaning* – per un rinnovato patto di “fiducia digitale”.

Abstract: The article analyses the challenges of digitisation in the new Public Contracts Code for the implementation of the European and national e-procurement objectives. The development of an integrated and

<sup>134</sup> D.lgs. n. 36/2023, art. 1, comma 1. G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. Amm.*, 3, 2022, pp. 601-639; Id., *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2, 2022, pp. 201-226.

interoperable system of platforms can enable effective digitalization of procurement procedures. Thus innovating the qualification of economic operators, both from the point of view of overcoming self-certification (in accordance with the once-only and winner-only principles), as well as through the development of an interconnected and interoperable Virtual Company Dossier. The aim is to achieve the complete digitalization of procedures, first and foremost through data and information flows that create an integrated digital system for verifying the qualification of economic operators. The goal is the implementation of the principles of cooperation and good faith for a renewed pact of “digital trust”, related to an effective self-cleaning.

Parole chiave: contratti pubblici, digitalizzazione, fascicolo virtuale dell'operatore economico, piattaforme, fiducia digitale

Keywords: Public Contracts, Digitalization, Virtual Company Dossier, Platforms, Digital Trust

# La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione della pubblica amministrazione

*Jean-Bernard Auby\**

## 1. Posizione del problema

Alla luce del dibattito che emerge dai contributi qui raccolti e relativi ai legami tra digitalizzazione e organizzazione della pubblica amministrazione, vorrei proporre alcune riflessioni sull'azione della digitalizzazione come motore del cambiamento, come fattore di evoluzione dell'organizzazione pubblica.

Per inquadrare l'argomento, è necessario spendere una parola sugli effetti che la digitalizzazione sta producendo, in generale, sulla pubblica amministrazione.

Fondamentalmente, essa influisce su due livelli dell'azione pubblica. In primo luogo, ha un impatto sulle procedure amministrative: in particolare, sta trasformando un numero molto elevato di procedimenti amministrativi, in materia fiscale, urbanistica, d'educazione, e così via<sup>1</sup>.

In secondo luogo, influisce sulla creazione, sulla gestione e sull'uso dei dati pubblici: sempre più abbondanti, questi dati alimentano in modo sempre più diretto il processo decisionale pubblico grazie agli algoritmi e ad altri strumenti di intelligenza artificiale<sup>2</sup>.

Oltre a questi impatti di base, la digitalizzazione produce anche quelli che potremmo definire "macro effetti".

\* Professore emerito di Diritto pubblico presso l'Università Sciences Po di Parigi

<sup>1</sup> R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020; J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in questa *Rivista*, 3, 2019, p. 619 ss; I. MARTIN DELGADO, *El impacto de la reforma de la Administración electrónica sobre los derechos de los ciudadanos y el funcionamiento de las Administraciones Públicas*, in M. ALMEIDA CERREDA, L. MIGUEZ MACHO (a cura di), *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira, 2018; R. MARTINEZ GUTIERREZ, *El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos procedimentales*, in I. MARTIN DELGADO (a cura di), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, 2020, p. 143 ss.

<sup>2</sup> A. BENSAMOUN, G. LOISEAU (a cura di), *Droit de l'intelligence artificielle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2022.

Ha conseguenze sulle catene decisionali: torneremo su questo punto più avanti.

Inoltre, la digitalizzazione dell'azione amministrativa è particolarmente fiorente nelle comunità locali che hanno scelto di muoversi nella direzione della cosiddetta "smart city"<sup>3</sup>. Dove questa scelta è stata fatta, è il funzionamento complessivo della città che ne risente. Non solo le infrastrutture e i servizi locali beneficiano separatamente di una maggiore efficienza alimentata dalle nuove tecnologie, ma vengono anche a operare in modo sempre più interconnesso, formando un sistema sempre più integrato. Inoltre, i cittadini hanno la possibilità di divenire, progressivamente, più informati e più attivi.

È subito chiaro che la digitalizzazione ha conseguenze anche sull'organizzazione della pubblica amministrazione e delle istituzioni che la compongono.

La questione è in che modo tali effetti si producono. In questa sede vorrei proporre intanto alcune idee sulle ragioni per cui si manifestano queste conseguenze, aggiungendo agli effetti sull'organizzazione interna della pubblica amministrazione (*infra* par. 2) quelli, da non dimenticare, che riguardano il rapporto con gli attori privati che contribuiscono alla produzione del bene pubblico (*infra* par. 3).

## ***2. La digitalizzazione, un vettore di trasformazione dell'organizzazione interna della pubblica amministrazione***

L'influenza della digitalizzazione può essere vista in due modi: il settore pubblico deve organizzarsi per produrre dati e servizi digitali, ma al di là di questa obbligo "negativo", per certi aspetti l'ambiente digitale sta diventando uno stimolo positivo per cambiare il modo in cui il settore pubblico è configurato.

<sup>3</sup> AA. VV., *Smart Cities e amministrazioni intelligenti*, in questa *Rivista*, 4, 2015; J.B. AUBY, *Le smart cities*, in L. CLUZEL-MÉTAYER, C. PREBISSY-SCHNALL, A. SÉE (a cura di), *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, Mare & Martin, 2021, p. 111 ss.



## 2.1 *Il settore pubblico deve organizzarsi per produrre dati e servizi digitali*

1°. L'amministrazione pubblica deve organizzarsi per soddisfare le esigenze contemporanee di raccolta, gestione e diffusione dei dati pubblici. Ciò comporta diverse conseguenze. La più ovvia è che le autorità pubbliche devono assumere personale qualificato e organizzare le strutture responsabili del digitale: ciò non è sempre facile, poiché le persone solitamente assunte dalle amministrazioni tendono ad avere una formazione giuridica ed è difficile trasformarli in *data scientist*<sup>4</sup>. La digitalizzazione sta imponendo la creazione di posti di lavoro anche per nuove figure professionali. Inoltre, rende necessaria la costituzione di strutture specializzate<sup>5</sup> e l'organizzazione efficace delle loro relazioni con il resto dell'istituzione<sup>6</sup>. Senza dimenticare tutte le questioni connesse al telelavoro<sup>7</sup>. Particolare impegno deve essere profuso quando le istituzioni amministrative creano piattaforme per informare i cittadini e interagire con loro<sup>8</sup>. In tutti i casi, l'organizzazione dell'amministrazione intorno ai dati deve prevedere le necessarie garanzie e tutele, in modo che le norme sulla protezione dei dati personali, specialmente quelle del regolamento europeo del 2016 siano rispettate<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> G. BABINET, *Refondre les politiques publiques avec le numérique*, Dunod, 2020, p. 63 ss. e p. 201 ss.

<sup>5</sup> In Francia, già nel 1985, un rapporto ufficiale evidenziava le difficoltà di adattamento degli enti locali: G. SAUMADE, *L'informatisation des collectivités locales*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, 1985.

<sup>6</sup> V. BONTEMPI, *L'organizzazione dell'amministrazione centrale in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione*, Osservatorio sullo Stato digitale, 18 maggio 2020, *irpa.eu*; J. FONDEVILA ANTOLIN, *La organización de la Administración digital*, in I. MARTIN DELGADO (a cura di), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, cit., p. 105 ss.; A. ZARCA, *L'impact du numérique sur les agents du service public*, in L. CLUZEL-MÉTAYER, C. PREBISSY-SCHNALL, A. SÉE (a cura di), *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, cit., p. 299 ss.

<sup>7</sup> L. CARRÈRE, *A la recherche de la particularité du télé-accident de service*, in *Juris-Classeur Périodique*, 15 febbraio 2021, p. 2 ss.

<sup>8</sup> Conseil d'Etat, *Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation»*, in *Documentation Française*, 2017; A. SÉE, *Les plateformes publiques public*, in L. CLUZEL-MÉTAYER, C. PREBISSY-SCHNALL, A. SÉE (a cura di), *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, cit., p. 37 ss.

<sup>9</sup> O. TAMBOU, *Manuel de la protection des données à caractère personne*, Bruylant, 2020.

2°. La digitalizzazione sta inoltre determinando un adattamento delle strutture amministrative attraverso gli effetti che essa ha sui processi decisionali.

Naturalmente, sta portando a cambiamenti nelle relazioni all'interno dell'istituzione, perché implica un nuovo dialogo tra i decisori "tradizionali" e gli esperti del digitale, ovvero coloro che creano o/e utilizzano gli algoritmi. Inoltre, più è importante la parte dell'automaticità nelle decisioni fondate sul digitale, più si riduce l'influenza dei decisori "tradizionali"<sup>10</sup>. Si può aggiungere che la digitalizzazione ha effetti sul funzionamento di tutti gli enti amministrativi che funzionano in rete: almeno perché consente una maggiore velocità nel trasferimento dei dati e nei processi decisionali comuni.

## *2.2 In senso opposto, per certi aspetti l'ambiente digitale sta diventando uno stimolo positivo per cambiare il modo in cui la pubblica amministrazione è configurata*<sup>11</sup>

C'è un primo fenomeno molto importante che viene in evidenza e che ha a che fare con il fatto che la tecnologia digitale ha una struttura propria, alla quale la struttura tradizionale della pubblica amministrazione deve adattarsi. Deve risultare compatibile con le reti che emergono dal funzionamento digitale dei vari servizi pubblici, come l'energia e i trasporti. Deve anche adattarsi ai "sistemi di dati" che si stanno costruendo intorno ai dipartimenti governativi sulla base dei loro *stock* di dati, della loro diffusione, della loro interconnessione con dati esterni, ecc.

Un secondo aspetto è che la digitalizzazione può contribuire a razionalizzare le strutture amministrative: in sostanza, è uno strumento di innovazione istituzionale<sup>12</sup>. Come accennato in altre parti di questo fascicolo,

<sup>10</sup> T. CARRÈRE, *Algorithmes et délibération publique*, in J. BOUSQUET, T. CARRÈRE, S. HAMMOUDI (a cura di), *L'action publique algorithmique. Risques et perspectives*, Mare & Martin, 2022, p. 41 ss.

<sup>11</sup> I. MARTIN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze University Press, 2016, p. 122 ss.; J. CHEVALIER, *Le renouvellement des institutions administratives*, in L. CLUZEL-MÉTAYER, C. PREBISSY-SCHNALL, A. SÉE (a cura di), *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, cit., p. 25 ss.

<sup>12</sup> M. LIPS, *Digital Government. Managing Public Sector Reform in the Digital Era*, Routledge, 2020.

è possibile affidare ad algoritmi il compito di consigliare il miglior livello per il compimento di una determinata funzione amministrativa.

Potenzialmente, la digitalizzazione è uno strumento di semplificazione amministrativa, dal momento che determina una parziale automatizzazione dei processi decisionali.

### ***3. Il digitale, un fattore di evoluzione del rapporto con gli attori privati che contribuiscono alla produzione del bene pubblico***

Sappiamo che oggi la distribuzione dei ruoli tra attori pubblici e privati tende a cambiare, soprattutto perché è sempre più frequente che attori pubblici e privati siano coinvolti nella definizione o/e la realizzazione del bene pubblico. Le nostre società stanno diventando più “riflessive”, come dice in particolare Anthony Giddens.

Tuttavia, è abbastanza chiaro che la digitalizzazione incoraggia questa tendenza.

#### ***3.1 La tecnologia digitale favorisce naturalmente il contributo degli attori privati al bene pubblico***

Introduce ancora più “riflessività” nel rapporto tra cittadini e autorità pubbliche: se non altro attraverso la quantità di dati che i primi forniscono ai secondi quando prendono i mezzi pubblici, attraverso i loro contatori elettrici, ecc.

Inoltre, poiché taluni soggetti privati – società, in particolare – talvolta detengono dati di interesse strategico per la collettività, la legge sta progressivamente cercando di garantire che tali dati “di interesse generale” possano essere messi a disposizione delle collettività: il diritto sta seguendo questa strada, che la legge francese ha già parzialmente intrapreso.

#### ***3.2 Vediamo che la legge inizia ad adattarsi a questa evoluzione***

Lo fa allargando l’ambito delle ipotesi in cui ammette che un soggetto privato sia incaricato di un compito di interesse generale, senza esserne stato formalmente investito dalle autorità pubbliche: questa evoluzione si è manifestata, ad esempio, in Francia nell’ambito della teoria del servizio pubblico.

Lo fa poi disegnando gradualmente regole che impongono ai privati, titolari di dati essenziali per l'interesse generale, di metterli a disposizione della collettività: il diritto europeo si sta muovendo in questa direzione<sup>13</sup>.

#### 4. *Conclusion*

Sta diventando chiaro che la tecnologia digitale costituisce una rivoluzione di portata generale. In particolare, essa sta gradualmente influenzando tutti gli aspetti dell'azione pubblica e dell'organizzazione amministrativa. Sta chiaramente cambiando il modo in cui vengono prese le decisioni pubbliche, con maggiore precisione, maggiore complessità e, allo stesso tempo, minore trasparenza e maggiore sensibilità alle questioni inerenti alla *privacy*.

In quali direzioni sta, conseguentemente, trasformando l'organizzazione amministrativa? È difficile dirlo, perché il suo impatto è ancora limitato, circoscritto e difficilmente riconducibile a un sistema coerente. Ciò che emerge in modo più evidente è la maggiore apertura all'intervento privato nell'azione pubblica. L'organizzazione interna della pubblica amministrazione dovrebbe essere in qualche modo snellita, ma in una misura difficile da prevedere perché dipende anche dall'evoluzione futura delle funzioni dello Stato. Probabilmente dovrebbe anche orientarsi verso un diverso equilibrio tra competenze e decisioni pubbliche, ma anche in questo caso l'equilibrio futuro è difficile da prevedere. Tutte queste questioni dovranno essere monitorate dalla nostra rete negli anni a venire.

Digitalization as an Engine of the Evolution of the Public Administration Organization

*Jean-Bernard Auby*

Abstract: Il contributo esplora l'influenza della digitalizzazione sull'organizzazione e attività della pubblica amministrazione, identificando due livelli principali di impatto: la trasformazione delle procedure amministrative e la gestione avanzata dei dati pubblici. La digitalizzazione rappresenta anche un fattore che modifica la struttura interna delle istitu-

<sup>13</sup> P. TIFINE, *Données privées d'intérêt général. Partage de données entre l'administration et le secteur privé*, in *LexisNexis*, *Juris-Classeur Administratif*, cap. 109-90, aggiornamento permanente.

zioni pubbliche, introducendo nuove competenze e ruoli, nonché modificando il rapporto tra soggetti pubblici e attori privati, favorendo una maggiore partecipazione di questi ultimi nella soddisfazione degli interessi pubblici. L'incertezza che tuttora permane riguardo alla direzione e all'ampiezza dei futuri cambiamenti indotti dalla digitalizzazione sollecita, tuttavia, un costante studio e monitoraggio delle dinamiche in essere

Abstract: The paper explores the influence of digitalization on the organization and activities of public administration, identifying two main levels of impact: the transformation of administrative procedures and the advanced management of public data. Digitalization is also a factor that changes the internal structure of public institutions, introducing new competences and roles, as well as changing the relationship between public and private actors, encouraging greater participation by the latter in the satisfaction of public interests. The uncertainty that still persists with regard to the direction and extent of future changes induced by digitalization, however, calls for a constant study and monitoring of the dynamics in place.

Parole chiave: Digitalizzazione; trasformazione; organizzazione pubblica; procedure; dati; attori privati

Keywords: Digitisation; Transformation; Public Organisation; Procedures; Data; Private Actors



## Note e commenti





## Il giudice, la faggeta e la tutela delle foreste vetuste

*Edoardo Chiti\**, *Gianluca Piovesan\*\**

### 1. *I motivi di interesse*

Con la pronuncia del 1° febbraio 2023, n. 1772, il TAR Lazio ha annullato la delibera della Regione che dava esecutività al Piano di gestione ed assestamento forestale di Caprarola, nel viterbese, nella parte in cui prevedeva che il Comune potesse avviare un progetto sperimentale volto a verificare le modalità di rinnovazione di una faggeta. Si trattava, in particolare, della faggeta dei monti Venere e Fogliano, che si trova nell'area interna alla Riserva naturale del Lago di Vico. E la sperimentazione prevedeva la possibilità di operare tagli fino al 15% del volume legnoso presente nella faggeta<sup>1</sup>.

La sentenza merita di essere segnalata per due ragioni. Anzitutto, perché protegge l'integrità ecologica e funzionale di un ecosistema che ha una importanza del tutto particolare, come spiegano le scienze naturali ed ambientali. In secondo luogo, perché la controversia dalla quale prende

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

\*\* Professore ordinario di Assestamento forestale e Selvicoltura presso l'Università degli Studi della Tuscia

<sup>1</sup> Questo scritto fa parte del progetto di ricerca svolto nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), Missione 4 Componente 2 Investimento 1.4 – Avviso pubblico n. 3138 del 16 dicembre 2021, rettificato dal decreto n. 3175 del 18 dicembre 2021 del Ministero dell'Università e della ricerca – finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*. Codice del progetto CN\_00000033, decreto direttoriale di concessione n. 1034 del 17 giugno 2022 del Ministero dell'Università e della ricerca, CUP J83C22000860007, titolo del progetto «*National Biodiversity Future Center - NBFC*». Lo scritto rientra tra le attività del *Task 4.4.3. Optimal management strategies, Sub-Task 4.4.3-1 Current zonation and management, Governance, planning and management of protected areas*. Più precisamente, la sperimentazione prevedeva, in base alla delibera dirigenziale regionale n. G11244 del 28 agosto 2019, la «realizzazione di piccole buche (inferiori a 100 mq) con il taglio di singoli alberi – o al massimo di tre individui inferiori a 70 cm di diametro – con orientamento nord - sud, individuate in modo casuale o dove già presenti dei nuclei di rinnovazione di faggio affermata, con particolare analisi di alberi che, cadendo, non provochino sottocavalli, che siano rilasciati tutti gli alberi morti o senescenti in piedi, tutti gli alberi morti a terra e sia prevista cercinatura di alberi per favorire l'agrifoglio presente e, comunque, con asportazione della massa inferiore al 15% di quella presente».

le mosse ripropone il problema della disciplina amministrativa delle foreste vetuste, che resta insoddisfacente sotto vari profili.

## 2. *La sperimentazione su un'antica faggeta*

Ogni faggeta è unica e particolare, come sa chiunque, frequentando la montagna, ami immergersi nei suoi spazi. Quella dei monti Venere e Fogliano, però, è una faggeta speciale: vegeta a bassa quota in collina, sotto gli 800 metri di altitudine, ed è per questo detta «depressa»; ed è una faggeta che gli ecologi qualificano come «vetusta», perché ne fanno parte alberi secolari, i quali, grazie alla protezione offerta dalla Riserva naturale «Lago di Vico» dal 1982, muoiono di morte naturale, lasciando spazio alle giovani piante<sup>2</sup>. Questi due aspetti la rendono un ecosistema speciale, un importante serbatoio di carbonio e genetico, capace di alimentare la biodiversità forestale, con flora e fauna tipiche. Si tratta, cioè, di una formazione arborea di alto valore naturalistico, in quanto testimonianza relitta delle faggete di collina scomparse in tempi più o meno recenti, soprattutto per la messa a coltura delle terre.

La sperimentazione prevista dalla delibera regionale non metteva in dubbio l'importanza ecologica della faggeta dei monti Venere e Fogliano. Nel porre l'attenzione sulle modalità e condizioni di rinnovazione della faggeta, anzi, la confermava e la ribadiva. Tuttavia, l'iniziativa della Regione Lazio ammetteva che la sperimentazione, da realizzare dal Comune insieme a un ente di ricerca, richiedesse il taglio di singoli alberi per favorire la rinnovazione dei faggi.

Gli argomenti che venivano opposti a questo tipo di sperimentazione erano legati, in sostanza, alla necessità di preservare l'integrità della faggeta come ecosistema. Così, ad esempio, veniva segnalato il rischio che i tagli non consentissero di rinnovare il patrimonio arboreo, la possibilità di insediamento di specie invasive, il disturbo che avrebbe minacciato la conservazione di specie a rischio. Nella prospettiva ecologica, in altri

<sup>2</sup> Sulle foreste vetuste, nella prospettiva della scienza ecologica, si vedano D. DE LAURENTIS, G. PIOVESAN, *Le foreste vetuste*, in D. DE LAURENTIS, G. PAPITTO (a cura di), *2023 - Foreste d'Italia. Inventario Forestale Nazionale*, Roma, Arma dei Carabinieri - Comando Unità Forestali Ambientali e Agroambientali, 2023, p. 217 ss.; e C. WIRTH, G. GLEIXNER, M. HEIMANN, *Old-Growth Forests: Function, Fate and Value - an Overview*, in C. WIRTH, G. GLEIXNER, M. HEIMANN (a cura di), *Old-Growth Forests. Function, Fate and Value*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2009, p. 3 ss.

termini, veniva fatta valere l'esigenza di garantire la dinamica naturale con i processi di invecchiamento degli alberi della faggeta nella sua integrità. Su un piano diverso, veniva posta in evidenza l'indeterminatezza e la genericità dell'intervento previsto dal Piano, dal quale non era possibile capire su quali premesse scientifiche si basasse la sperimentazione. Questi argomenti venivano spesi da varie associazioni ambientaliste ed ecologiste, tra cui la Lega Italiana Protezione Uccelli (LIPU), la WWF Italia, Italia Nostra e il Gruppo d'Intervento Giuridico, oltre che da singoli ricercatori. A tali argomenti, di carattere scientifico, si aggiungevano quelli giuridici. In particolare, si osservava come la delibera regionale fosse in violazione dell'art. 34-*bis* della legge della Regione Lazio n. 39/2002<sup>3</sup>. Tale articolo, inserito con la successiva legge regionale n. 9/2017<sup>4</sup>, distingue tra foreste vetuste e faggete depresse. Entrambe sono definite come ecosistemi forestali governati a fustaia, cioè con un tipo di gestione della foresta che favorisce la nascita da seme delle nuove piante. Ma le faggete depresse sono ecosistemi a prevalenza di faggio e ricadono sotto la quota degli 800 metri sul livello del mare. Le foreste vetuste, invece, sono ecosistemi forestali nei quali gli alberi hanno superato una volta e mezza il turno minimo, cioè il periodo che intercorre tra un taglio di rinnovazione e quello successivo in un popolamento gestito secondo gli schemi della selvicoltura coetanea; e caratterizzati da alcuni requisiti ecologici, quali la mortalità naturale di alberi dominanti, l'accumulo di necromassa, la rinnovazione naturale di nuove generazioni di alberi. I due tipi di foresta sono soggetti a due regimi diversi: per le foreste vetuste è fatto assoluto divieto di effettuare qualsiasi forma di utilizzazione, fatti salvi i tagli urgenti e indifferibili per motivi di pubblica incolumità; mentre per le faggete depresse sono vietate le utilizzazioni per finalità produttive, fatti salvi i tagli necessari per la conservazione della faggeta o per motivi di pubblica incolumità<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Legge della Regione Lazio n. 39 del 28 ottobre 2002, recante norme in materia di gestione delle risorse forestali, in BUR n. 32 del 20 novembre 2002.

<sup>4</sup> Legge della Regione Lazio n. 9 del 14 agosto 2017, recante misure integrative, correttive e di coordinamento in materia di finanza pubblica regionale, in BUR n. 65 del 16 agosto 2017.

<sup>5</sup> Le qualifiche di foresta vetusta e faggeta depressa, peraltro, non vanno confuse con quella di bosco monumentale, prevista dalla stessa legge regionale, agli artt. 31-34. Il bosco monumentale, infatti, è definito come un'area boscata nella quale almeno il 10% degli alberi presenti per ettaro sia stato iscritto, in virtù della particolare importanza naturalistica, culturale o paesaggisti-

La Regione Lazio, dal canto suo, replicava che la faggeta non poteva essere qualificata come bosco vetusto ai sensi dell'art. 34-*bis* della l.r. n. 39/2002 e non era soggetta, dunque, al divieto assoluto da esso imposto. Osservava, inoltre, come non fosse stato autorizzato alcun intervento, ma soltanto data al Comune la possibilità di predisporre un progetto sperimentale, insieme ad un ente di ricerca, finalizzato a verificare se e come la faggeta si rinnovi, previa autorizzazione da parte di tutti gli enti competenti.

Nelle more del giudizio, peraltro, la Regione Lazio, con la legge n. 1/2020<sup>6</sup>, modificava la definizione di faggeta depressa, abbassando la quota al di sotto della quale una faggeta può dirsi depressa da 800 a 300 metri sul livello del mare. Ma la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 9, lettera d), numero 1), che aveva disposto tale abbassamento<sup>7</sup>. Osservava, la Corte, come il legislatore regionale avesse di fatto svuotato di contenuti la tutela che aveva in precedenza accordato alla faggeta depressa, stabilendo una norma che dava una rappresentazione scientificamente sbagliata del fenomeno naturale delle faggete depresse e riduceva la protezione di un bene paesaggisticamente tutelato, in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, in relazione alle norme interposte di cui all'art. 142, comma 1, lettera g), del Codice dei beni culturali<sup>8</sup>.

### 3. *Una pronuncia semplice*

Chiamato a giudicare il ricorso presentato da LIPU e WWF Italia, il TAR Lazio svolge un ragionamento lineare, basato su due argomenti, che portano all'annullamento del provvedimento impugnato.

ca di tali alberi, nell'elenco regionale degli alberi monumentali (art. 34 l.r. n. 39/2002). I boschi monumentali sono soggetti a un regime amministrativo specifico, a partire dall'iscrizione in un elenco regionale distinto da quello delle foreste vetuste (art. 34-*bis*, comma 5), e a una diversa protezione, che permette interventi selvicolturali sulla base di un piano di gestione ed assestamento forestale o di un progetto di miglioramento e ricostituzione boschiva (artt. 34, 13 e 47).

<sup>6</sup> Legge della Regione Lazio n. 1 del 27 febbraio 2020, recante misure per lo sviluppo economico, l'attrattività degli investimenti e la semplificazione, in BUR n. 17 del 27 febbraio 2017.

<sup>7</sup> Corte costituzionale, sentenza dell'8 luglio 2021, n. 141.

<sup>8</sup> D.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio, in GU n. 45 del 24 febbraio 2004.

Il primo è che la delibera regionale prevede la possibilità di tagli in aree ricadenti nella disposizione di cui all'art. 34-*bis* l.r. n. 39/2002. Anche se la pronuncia non procede a una verifica dei requisiti previsti dall'art. 34-*bis* e non chiarisce se la faggeta dei monti Venere e Fogliano debba essere qualificata come faggeta depressa o foresta vetusta, il riferimento all'art. 34-*bis* l.r. n. 39/2002 implica, nel ragionamento del TAR Lazio, che non sia possibile procedere ai tagli prospettati dalla sperimentazione.

Il secondo argomento è quello più importante: a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'area forestale del Monte Fogliano e Monte Venere quale faggeta depressa ovvero vetusta, a venire in rilievo, dal punto di vista del giudice, è «l'assoluta genericità dell'autorizzazione contenuta nei provvedimenti impugnati in relazione alle aree non escluse». La delibera impugnata, infatti, contiene un «rinvio mobile» a successivi progetti di sperimentazione che restano, al momento, del tutto indeterminati, tanto rispetto alla procedura attraverso la quale definire le concrete modalità di individuazione della particelle forestali interessate dal taglio, quanto rispetto alla durata e alla frequenza degli interventi sperimentali. Così come restano indeterminati i poteri di vigilanza e controllo sulle attività svolte dall'ente di ricerca, i suoi obblighi di rendicontazione e la sua responsabilità nell'ipotesi di conseguenze dannose.

Una pronuncia semplice, dunque. Non del tutto chiara rispetto alla precisa qualificazione giuridica della faggeta – depressa, vetusta o entrambe le cose? – ma puntuale nel cogliere la genericità della delibera impugnata, i suoi «vuoti» e, in ultima istanza, la sua incoerenza con gli obiettivi di conservazione della biodiversità e del patrimonio naturale che la l.r. n. 39/2002 intende realizzare. Una incoerenza ancor più evidente se si considera che la Riserva del Lago di Vico, nella quale rientra la faggeta, rappresenta un'area protetta che non solo si caratterizza per il particolare interesse conservazionistico e la bellezza iconica del paesaggio, ma ha anche contribuito a fondare, nel 1982, il Sistema dei Parchi e delle Riserve Naturali della Regione Lazio.

Se la pronuncia è semplice, è comunque importante per le sue implicazioni. La prima delle quali, come si è detto in apertura, riguarda la tutela che il giudice ha garantito a un ecosistema di particolare importanza.

#### 4. *Le implicazioni ecologiche*

Ci sono buoni argomenti per salutare favorevolmente la pronuncia del giudice amministrativo. Ce li fornisce l'ecologia forestale, che sottolinea come sia sempre più urgente garantire l'integrità ecosistemica delle foreste vetuste, categoria alla quale può essere ricondotta la faggeta dei monti Fogliano e Venere.

Proteggere le foreste vetuste superstiti e gettare le basi per quelle del domani tramite il *rewilding*, anzitutto, rappresenta la soluzione più efficace per evitare il pericolo della sesta estinzione di massa, perché in questi ecosistemi vivono numerose specie a rischio di scomparsa: gli alberi antichi, in altri termini, sono dei veri e propri *hub* di biodiversità, che rendono l'ecosistema resistente e resiliente alle perturbazioni naturali ed antropiche. Le foreste vetuste, inoltre, rappresentano dei grandi serbatoi di carbonio, così che tutelare la loro integrità funzionale permette di mitigare il riscaldamento climatico. L'impatto delle ondate di calore viene smorzato di diversi gradi all'interno di una foresta vetusta, ritardando così di decenni gli effetti negativi del riscaldamento sulle specie forestali, alcune delle quali particolarmente vulnerabili. Vi è, poi, il ruolo chiave, in ambiente mediterraneo, del ciclo idrologico, che nelle foreste vetuste trova la massima espressione grazie a suoli particolarmente profondi, per cui sin dall'antichità era stato vietato il taglio di alberi a monte delle sorgenti. Nelle foreste vetuste, ancora, gli alberi, esprimendo le massime dimensioni, captano molta più umidità dall'atmosfera – ad esempio dalle nuvole o dalle nebbie come dei mulini a vento – garantendo un ambiente fresco, anche durante i giorni più caldi dell'anno. Sono le così dette *fog forests*, che offrono alle persone benefici diretti non solo ricreativi, come il refrigerio e il sollievo dalla calura, ma anche di prevenzione e cura di diverse malattie, ad esempio neurologiche e metaboliche, che richiedono una attività motoria in ambienti forestali ad alta naturalità.

Tutte queste considerazioni generali valgono, naturalmente, anche per la faggeta dei monti Fogliano e Venere. Rispetto alla quale rileva una ulteriore considerazione di ecologia storica. Questa faggeta, infatti, è una testimonianza vivente della possibilità che il faggio vegeti vigorosamente nella fascia collinare anche in questa fase climatica calda. Studi di paleoecologia e paleobotanica testimoniano una maggiore diffusione del faggio a bassa quota, distribuzione che diviene rarefatta mano a mano

che i territori vengono messi a coltura e infrastrutturati. La protezione della faggeta vetusta di Monte Venere e Fogliano, in altri termini, non è solo necessaria per dare applicazione ai principi della biologia della conservazione in un territorio in cui la biodiversità naturale ha subito nel corso della storia una notevole riduzione. Essa rappresenta anche un ecosistema naturale dall'inestimabile valore, una *stepping stone* della transizione ecologica che deve necessariamente lasciare spazio ai cicli naturali, se vuole garantire un pianeta vivibile alle generazioni future. Gli argomenti che la scienza ecologica porta a favore della tutela integrale delle foreste vetuste stanno oggi trovando uno spazio crescente nelle politiche ambientali internazionali ed europee. Basti pensare, sul piano europeo, alla strategia dell'Unione europea sulla biodiversità per il 2030<sup>9</sup> e alla nuova strategia dell'UE per le foreste per il 2030<sup>10</sup>, le quali, in linea con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo, e in particolare con l'obiettivo 15, dedicato alla protezione e al ripristino degli ecosistemi terrestri e delle foreste, prospettano una «tutela rigorosa» delle «foreste primarie e vetuste» ancora esistenti nel territorio europeo, per mantenerne intatto il carattere incontaminato<sup>11</sup>. Ma l'integrità ecologica e funzionale delle foreste vetuste resta minacciata. La conservazione e il restauro della foresta vengono sempre più chiaramente definiti come obiettivi di *policy*. Gli strumenti concreti attraverso i quali dovrebbero essere raggiunti, però, sono ancora in corso di elaborazione e rimangono in buona misura indefiniti.

### **5. La disciplina delle foreste vetuste: tre questioni aperte**

La pronuncia del TAR Lazio, insomma, non è importante tanto per i principi che pone sul piano giuridico, quanto per la tutela integrale che garantisce a una foresta vetusta, ovvero a un ecosistema considerato particolarmente importante dalle scienze naturali ed ambientali, ma soggetto a molti pericoli.

<sup>9</sup> COM (2020) 380 def.

<sup>10</sup> COM (2021) 572 def.

<sup>11</sup> Si veda l'inquadramento complessivo di S. MIRATE, *La tutela della biodiversità e il diritto forestale*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, 2023, p. 139 ss.; e M. MAURO, *La selvicoltura nel sistema del diritto agroambientale internazionale ed europeo*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 1 ss.

A questo primo profilo di rilevanza se ne collega un secondo: la controvertoria dalla quale la pronuncia prende le mosse ripropone la questione della disciplina amministrativa delle foreste vetuste, da tempo al centro dell'attenzione delle istituzioni politiche, eppure ancora in cerca di una soluzione giuridica compiuta.

Nella storia del nostro paese – va ricordato – si trovano sin dalla fine degli anni Cinquanta casi di tutela integrale di foreste che la scienza ecologica considera vetuste o prossime alla vetustà<sup>12</sup>. Ad esempio, la determinazione di Fabio Clauser a istituire, nel 1959, la prima riserva integrale italiana a Sasso Fratino, nelle foreste casentinesi, ha aperto la strada alla nascita di numerose riserve integrali in tutta Italia, dalla costa alla montagna, nelle foreste rimaste di proprietà dello Stato: è il caso, ad esempio, delle riserve istituite negli anni Settanta, come quelle di Falascone nella Foresta umbra. E merita di essere ricordata la scelta felice del Parco Nazionale d'Abruzzo, che attraverso l'affitto di foreste e pascoli dai Comuni preservava le faggete vetuste che sarebbero poi entrate a far parte, nel 2017, del sito seriale transnazionale delle «Antiche faggete primordiali dei Carpazi e di altre regioni d'Europa», patrimonio mondiale UNESCO. La stessa faggeta del Monte Venere è in dinamica naturale sin dagli anni Ottanta, attraverso lo strumento dell'indennizzo per il mancato taglio, a testimonianza dell'elevato valore naturalistico riconosciuto all'ecosistema.

È solo con il Testo unico in materia di foreste e filiere forestali<sup>13</sup>, però, che il legislatore statale ha tratteggiato una disciplina giuridica specifica,

<sup>12</sup> Per una ricostruzione del diritto forestale italiano di quel periodo, la lettura più importante è quella di A.M. SANDULLI, *Boschi e foreste (Dir. amm.)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, p. 617 ss. Sulla formazione del diritto forestale italiano all'inizio del XX secolo, F. ROGGERO, *Alle origini del diritto forestale italiano. Il dibattito dottrinale dal 1877 al 1923*, Torino, Giappichelli, 2022; nonché T. RAFFAELLI, *Economic Culture and Forest Policy in Italy. 1861-1915*, in M. AGNOLETTI, S. ANDERSON (a cura di), *Forest History: International Studies on Socio-economic and Forest Ecosystem Change*, New York, CABI Publishing, 2000, p. 307 ss.; fa il punto sulla disciplina dell'ultimo scorcio del XIX secolo, invece, F. GRISOLIA, *Foreste e boschi*, in *Digesto italiano*, XI, Torino, Utet, 1892, p. 580 ss.

<sup>13</sup> D. lgs. n. 34 del 3 aprile 2018, Testo unico in materia di foreste e filiere forestali, in GU n. 92 del 20 aprile 2018. Per un'ampia analisi della disciplina complessiva posta dal Testo unico, N. FERRUGGI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale*, Torino, Giappichelli, III ed., 2020; si vedano, inoltre, G. TORELLI, *Il patrimonio forestale nel recente Testo unico: le vicende della valorizzazione tra strategie di pianificazione ed assetti dominicali*, in *federalismi.it*, 6, 2021, p. 244



avente ad oggetto le foreste vetuste. Dapprima, il Testo unico ha introdotto la categoria dei «boschi vetusti monumentali», che si riferisce ai boschi vetusti dotati degli specifici requisiti della monumentalità, ovvero la particolare importanza naturalistica, culturale o paesaggistica<sup>14</sup>. Quindi, lo stesso Testo unico, come modificato dal cosiddetto decreto-clima del 2019<sup>15</sup>, ha posto una nuova definizione di «bosco vetusto», che si aggiunge a quella già esistente di bosco vetusto monumentale.

Il rapporto tra le due definizioni – «bosco vetusto monumentale» e «bosco vetusto» – non è spiegato dalle norme. Ma è chiaro, dal testo delle disposizioni, che le due definizioni utilizzano criteri diversi e non sono sovrapponibili<sup>16</sup>. Nella prima, l'accento è posto principalmente sulla monumentalità, giacché i boschi vetusti monumentali sono definiti come quelle formazioni boschive che per età, forme o dimensioni, ovvero per ragioni storiche, letterarie, toponomastiche o paesaggistiche, culturali e spirituali presentino caratteri di preminente interesse, tali da richiedere il riconoscimento ad una speciale azione di conservazione. La seconda definizione, invece, si basa su criteri che prescindono dalla monumentalità: è vetusto il bosco che presenti tre caratteristiche essenziali, ovvero la presenza di specie autoctone spontanee coerenti con il contesto biogeografico, una biodiversità conseguente all'assenza di disturbi da almeno sessanta anni, la presenza di stadi seriali legati alla rigenerazione ed alla senescenza spontanee (art. 3, comma 2, lettera *s-bis*, del Testo unico). Poiché le due definizioni sono diverse, niente esclude che un bosco già qualificato come «vetusto monumentale» possa essere riconosciuto anche quale «bosco vetusto». Le due qualifiche, in ogni caso, portano con sé due diversi regimi giuridici. La qualifica di «bosco vetusto monumentale»

ss.; A. GRAVINA TONNA, *La multifunzionalità ambientale, produttiva e sociale delle foreste: il Testo unico in materia di foreste e filiere forestali tra innovazione e tradizione*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 545 ss.; A. ABRAMI, *La nuova legislazione forestale nel decreto 3 aprile 2018, n. 34*, in *Rivista di diritto agrario*, 1, 2018, p. 101 ss.

<sup>14</sup> Il Testo unico ha modificato la legge n. 10 del 14 gennaio 2013, recante norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani, in GU n. 27 del 1° febbraio 2013 (si veda, l'art. 7, commi 1-*bis*, 2 e 3).

<sup>15</sup> D.l. n. 111 del 14 ottobre 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 141 del 12 dicembre 2019, in GU n. 292 del 13 febbraio 2019.

<sup>16</sup> Nello stesso senso, N. FERRUCCI, *La monumentalità vegetale sotto la lente del legislatore*, in *Aestimum*, 2020, p. 181 ss., p. 188.

implica l'iscrizione in un elenco degli alberi monumentali e dei boschi vetusti d'Italia e una particolare protezione, che subordina l'abbattimento e le modifiche della chioma e dell'apparato radicale a un'autorizzazione comunale e prevede sanzioni amministrative<sup>17</sup>. Invece, il regime dei «boschi vetusti» ai sensi dell'art. 3, comma 2, lettera *s-bis*, posto dalle Linee guida ministeriali del 2021<sup>18</sup>, prevede specifiche procedure di riconoscimento, l'inserimento nella Rete nazionale dei boschi vetusti, istituita presso il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, e il ricorso al Piano di gestione e monitoraggio come principale strumento amministrativo di protezione di questi particolari ecosistemi. È su quest'ultima disciplina – quella delle foreste vetuste, per noi rilevante – che è opportuno soffermarsi. Essa presenta, infatti, un'ambiguità di fondo. Per un verso, rende senz'altro più articolato il diritto forestale, regolando un tipo di bosco che ha caratteristiche specifiche e richiede una particolare attenzione. La disciplina dei boschi vetusti, in altri termini, procede per differenziazione rispetto a quella generale, come dimostra la sostanziale inapplicabilità ai boschi vetusti delle disposizioni del Testo unico relative agli interventi di trasformazione del bosco, che sono per definizione incompatibili con l'esigenza di protezione della biodiversità su cui si fonda la disciplina dei boschi vetusti<sup>19</sup>. Eppure, per altro verso, non è chiaro sia effettivamente in grado di orientare l'azione delle ammi-

<sup>17</sup> Per un inquadramento della disciplina, A. CROSETTO, *Le valenze culturali dei beni forestali nei più recenti riconoscimenti normativi*, in *Aedon*, 2020, disponibile alla pagina <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2020/1/crosetti.htm>.

<sup>18</sup> Decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, 18 novembre 2021, in GU n. 303 del 22 dicembre 2021.

<sup>19</sup> Il Testo unico non chiarisce come debbano essere tra loro coordinate le disposizioni dell'art. 8, relative agli interventi di trasformazione del bosco, e quelle dell'art. 7, comma 13-*bis*, relative ai boschi vetusti. Ma è del tutto ragionevole escludere che gli interventi trasformativi previsti dall'art. 8 possano avere ad oggetto boschi vetusti, considerato che tali interventi, che implicano tagli e non sono strumentali alla cura e alla custodia del bosco, non sono compatibili con alcune delle esigenze tutelate dallo stesso art. 8, comma 2, a partire dalla conservazione della biodiversità, oltre che, ovviamente, con la *ratio* delle disposizioni dell'art. 7, comma 13-*bis*, che è quella di una particolare protezione accordata ai boschi vetusti. Per una discussione dettagliata sulla disciplina degli interventi trasformativi, seppure non in riferimento alla specifica questione del rapporto con le disposizioni sui boschi vetusti, si veda M. D'ADDEZIO, *La trasformazione del bosco e le opere compensative*, in *Commentario al testo unico in materia di foreste e filiere forestali*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, p. 145 ss.; in particolare a p. 156 ss.; si veda, inoltre, M. MAURO, *La selvicoltura nel sistema del diritto agroambientale internazionale ed europeo*, cit., p. 258 ss.

nistrazioni, in particolare delle Regioni, alle quali spetta il riconoscimento di questo tipo di boschi.

I problemi principali sono tre relativi, rispettivamente, alla definizione delle foreste vetuste, alla finalità della loro disciplina, alle modalità di gestione e tutela.

### 6. *L'attribuzione della qualifica di foresta vetusta*

Quanto alla definizione giuridica delle foreste vetuste, ha almeno due punti di forza.

Anzitutto, tiene il passo con le iniziative assunte in altri ordinamenti statali e nella stessa Unione europea. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'*Executive Order* n. 14072/2022, adottato dal Presidente Biden, ha stabilito che «*restoring and conserving the Nation's forests, including mature and old-growth forests*» rappresenta una delle priorità dell'amministrazione, in funzione della «*health, prosperity, and resilience of our communities*»<sup>20</sup>. E in attuazione di tale provvedimento, il *Forest Service and the Bureau of Land Management* ha proceduto alla mappatura delle foreste vetuste ricadenti sui terreni federali, anche se resta aperto il dibattito scientifico sui criteri adottati per la mappatura e il sistema di protezione della rete. Nell'Unione europea, l'esigenza che gli Stati membri mappino al più presto le foreste vetuste è stata sottolineata con forza dalla nuova strategia UE per le foreste per il 2030, presentata nel 2021, e ribadita dalle *Guidelines for Defining, Mapping, Monitoring and Strictly Protecting EU Primary and Old-Growth Forests*, adottate dalla Commissione nel marzo 2023<sup>21</sup>.

In secondo luogo, è una definizione che utilizza alcuni parametri elaborati dalle scienze naturali ed ambientali. L'art. 3, comma 2, lettera *s-bis*), del Testo Unico, integrato dalle Linee guida di cui si è detto, identifica il bosco vetusto come un'area che presenta i tratti essenziali già ricordati: la presenza di specie autoctone spontanee, coerenti con il contesto biogeografico; una biodiversità conseguente all'assenza da almeno sessanta anni di disturbi non collegati alle attività antropiche; la presenza di stadi seriali legati alla rigenerazione e alla senescenza spontanee; dimensioni

<sup>20</sup> *Executive Order* 14072 del 22 aprile 2022, *Strengthening the Nation's Forests, Communities, and Local Economies*, in *Federal Register*, Volume 87 (2022) n. 81 del 27 aprile 2022.

<sup>21</sup> SWD (2023) 62 final.

significative, adeguate alla funzionalità di una foresta matura. Questi tratti caratteristici rinviano direttamente ai concetti ecologici di «disturbo», la cui frequenza incide sulla biodiversità, di «continuità ecologica», che si riferisce alla persistenza in un lungo arco temporale di condizioni ambientali stabili, di «necromassa legnosa», ovvero l'abbondanza del legno morto in decomposizione.

Allo stesso tempo, il fondamento ecologico della nozione è meno solido di quanto non si possa pensare. È paradossale, anzitutto, che manchi ogni riferimento cronologico all'età degli alberi annosi che caratterizzano l'ecosistema vetusto, aspetto che è considerato, invece, nella legge della Regione Lazio n. 39/2002. In secondo luogo, non si prendono in considerazione le foreste vetuste del futuro. Sebbene in Italia gli alberi monumentali iscritti all'elenco nazionale siano protetti ai sensi della normativa per lo sviluppo degli spazi verdi urbani<sup>22</sup>, resta aperto il problema della tutela degli alberi non iscritti: i quali spesso si raggruppano in nuclei di decine e centinaia di individui dall'inestimabile valore nella biologia della conservazione, ma non possono oggi ricevere tutela; la loro perdita determinerebbe non solo un allungamento dei tempi di ritorno alla naturalità, ma anche un degrado funzionale dell'ecosistema attuale<sup>23</sup>. In terzo luogo, e su un piano più generale, la riflessione della scienza ecologica sui criteri per l'identificazione delle foreste vetuste è ancora in buona misura aperta e sottolinea con forza la necessità di riferirsi alle specificità delle singole realtà naturali. Nel caso del continente europeo, ad esempio, alcune recenti e importanti *review* hanno concordato rispetto all'uso integrato di attributi o indici cronologici e strutturali che permettono di descrivere lo stato di naturalità e la funzionalità di una foresta vetusta, ma anche sottolineato le difficoltà nello stabilire criteri univoci per la identificazione di ecosistemi con diversa composizione, struttura, funzionalità e storia di uso delle risorse forestali. Le nostre foreste vetuste, inoltre, non sono primarie (o primeve o vergini), ma si sono generate, nella stragrande maggioranza dei casi, in seguito all'abbandono colturale del bosco utilizzato. Le dinamiche di ritorno alla naturalità, dunque, ri-

<sup>22</sup> Legge n. 10/2013, cit.

<sup>23</sup> G. PIOVESAN, C.H. CANNON, J. LIU, S. MUNNÉ-BOSCH, *Ancient trees: irreplaceable conservation resource for ecosystem restoration*, in *Trends in Ecology & Evolution*, 2022, p. 1025 ss.

sentono anche degli usi e disturbi antropici passati, che consistono non solo in tagli, ma anche in pascolo, incendi, messa a coltura agraria, per citare solo alcune delle forme più frequenti.

L'interpretazione della nozione giuridica di foresta vetusta, dunque, deve restare aperta alle continue evoluzioni delle scienze ecologiche e, soprattutto, tenere conto della varietà di attributi da prendere in considerazione sulla base dello specifico contesto stazionale. Questo rende l'attribuzione della qualifica un'operazione tutt'altro che agevole. Di qui l'importanza della procedura di riconoscimento, che si svolge, come si è detto, di fronte alle Regioni. Le Linee guida richiamate stabiliscono alcuni elementi di tale procedura, tra cui le modalità di avvio, i tempi dell'istruttoria e il potere di sospensione cautelativa delle attività nelle superfici interessate. Ma è dai dettagli della disciplina procedurale, la cui elaborazione è rimessa alle stesse Regioni, che dipende in ultima istanza la capacità delle amministrazioni di procedere a qualificazioni ecologicamente appropriate, in grado di garantire il prima possibile la tutela dei boschi vetusti. Nella elaborazione di tale disciplina, peraltro, le Regioni potrebbero attingere utilmente alle indicazioni fornite dalla Commissione nelle *Guidelines for Defining, Mapping, Monitoring and Strictly Protecting EU Primary and Old-Growth Forests*, sopra richiamate: si tratta di linee guida non vincolanti, che indicano alcuni requisiti e indicatori che dovrebbero essere considerati dalle amministrazioni nel processo di qualificazione di una foresta come vetusta, oltre all'esigenza di garantire la piena trasparenza e pubblicità delle procedure.

### 7. *Le finalità della tutela*

Una seconda questione aperta riguarda le finalità della disciplina. Sono le Linee guida a chiarire gli obiettivi della tutela dei boschi vetusti che il Testo unico intende assicurare. Le foreste vetuste meritano di essere protette per varie ragioni: anzitutto, perché costituiscono «lambi di bosco di riferimento», sia per la gestione sostenibile, sia per le azioni di tutela; poi, perché rappresentano rilevanti «serbatoi di biodiversità» e aree essenziali nelle strategie di conservazione della natura; ancora, perché sono «luoghi elettivi» per gli studi scientifici. Tali ragioni riflettono le finalità complessive del Testo unico, il cui art. 2 fa espressamente riferimento, tra l'altro, alla esigenza di salvaguardare la diversità

ecologica e bio-culturale delle foreste, al bilanciamento delle funzioni ambientali, economiche e socio-culturali, al sostegno all'attività di ricerca nel settore forestale.

Vi è poco da obiettare a tali finalità, del tutto condivisibili, ragionevoli e confermate dalle scienze ecologiche. E tuttavia, proprio le scienze ecologiche vengono definendo, con crescente chiarezza, obiettivi più ampi e ambiziosi di quelli fissati dalla normativa nazionale. In particolare, si sottolinea la necessità di andare oltre la protezione della natura selvaggia, puntando a darle più spazio tramite il *rewilding*, con soluzioni facilmente percorribili, ad esempio, nelle zone *buffer* delle riserve integrali o nelle faggete vetuste che sono patrimonio mondiale dell'umanità. Inoltre, la protezione di nuclei più o meno estesi di alberi vetusti della superficie inferiore di due ettari è strategica per costituire foreste vetuste future ricche di biodiversità e funzionali. Alla tutela della biodiversità, ancora, il diverso e ulteriore obiettivo del contrasto al cambiamento climatico, nel presupposto che il restauro delle foreste vetuste permetta tanto di accumulare quantità di carbonio quanto di fornire alti livelli di servizi ecosistemici in un determinato contesto territoriale. Nella stessa prospettiva si muovono le iniziative promosse dalla Commissione nell'ambito del *Green Deal* dell'Unione europea, che collegano direttamente la biodiversità delle foreste vetuste con il raggiungimento del macro-obiettivo della strategia europea, individuato nella neutralità climatica. La Strategia dell'Unione sulla biodiversità per il 2030, ad esempio, prospetta la creazione di una rete naturalistica transeuropea «davvero coerente» di zone protette, comprendenti almeno il 30% della superficie terrestre e marina dell'Unione, di cui un 10% da sottoporre a una tutela definita «rigorosa», chiarendo come sia fondamentale, in questo approccio, proteggere tutte le foreste primarie e vetuste ancora esistenti nell'Unione<sup>24</sup>. Mentre la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul ripristino della natura (la cosiddetta *Nature Restoration Law*), al momento in fase di discussione, ha l'obiettivo di restaurare ecosistemi funzionali per le generazioni future, il clima e il pianeta.

<sup>24</sup> COM (2020) 380, cit., p. 5.

Le finalità della normativa attuale, dunque, sono soggette ad alcune torsioni significative, destinate a diventare più stringenti e incisive man mano che i documenti di *policy* elaborati dalla Commissione nel contesto del *Green Deal* si tradurranno in nuove discipline. Ciò apre, per le amministrazioni, una possibilità e un rischio. La possibilità è quella di posizionare l'attuazione della disciplina sulle foreste vetuste – di oggi e di domani – nel più ampio contesto del processo di definizione del 10% del territorio nazionale da sottoporre a tutela rigorosa, secondo le indicazioni della Strategia dell'Unione sulla biodiversità. Sarebbe, questo, il modo per collegare gli obiettivi del Testo unico con quelli della transizione ecologica avviata dal *Green Deal*. Il rischio è che le amministrazioni si rivelino poco attrezzate, in difficoltà nel mettere a sistema competenze che sono distribuite su vari livelli territoriali e richiedono una notevole capacità di progettazione su basi scientifiche e di coordinamento.

#### **8. Le modalità di gestione e tutela**

La terza e ultima questione aperta riguarda l'amministrazione dei boschi vetusti.

Le Linee guida, alle quali il Testo unico rinvia per le indicazioni per la gestione e tutela dei boschi vetusti (art. 7, comma 13-*bis*), prevedono che il provvedimento regionale con il quale è individuato il bosco vetusto sia accompagnato da un Piano di gestione e monitoraggio. Si tratta del principale strumento amministrativo: definisce, infatti, gli interventi ammessi e quelli esclusi al fine di garantire gli obiettivi ecologici del mantenimento delle caratteristiche di vetustà e della evoluzione della complessità nella dinamica naturale del popolamento; stabilisce, inoltre, eventuali interventi eccezionali, anch'essi volti a rafforzare la tutela e la stabilità del popolamento e la dinamica naturale in atto. Il Piano può anche prevedere interventi legati alla sicurezza dei siti e misure che rendano fruibile l'area per scopi didattici e scientifici. A questo strumento si affianca la Rete nazionale dei boschi vetusti, che include tutte le aree riconosciute dalle Regioni ed è stata istituita nell'aprile 2023 presso il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Decreto del Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, 5 aprile 2023, n. 193945, in GU n. 138 del 15 giugno 2023.

Entrambi gli strumenti, il Piano di gestione e monitoraggio e la Rete nazionale, hanno una indubbia utilità. Il primo serve a definire e ordinare le misure di gestione e tutela. La seconda serve a confrontare le aree e i monitoraggi, in modo da passare da una pluralità di interventi eterogenei a una strategia complessiva di gestione e conservazione dei boschi vetusti. Insieme, i due strumenti intendono garantire una particolare tutela a un tipo di bosco che, come si è detto più volte, presenta caratteristiche specifiche e richiede una attenzione particolare.

È difficile, però, sfuggire all'impressione che gli strumenti predisposti dalle Linee guida possano rivelarsi, alla prova dei fatti, fragili e poco adatti a governare in modo efficace le foreste vetuste. Il principale limite del Piano sta nella procedura attraverso la quale sono definiti i suoi contenuti: in attesa di comprendere quali saranno le scelte delle Regioni, alle quali è rimessa l'adozione della disciplina procedurale, occorre prendere atto che le Linee guida non danno alcuna garanzia rispetto alla capacità della procedura di condurre all'adozione di un Piano adeguato. Mancano, per limitarsi ai difetti più evidenti, istituti di partecipazione con funzione di collaborazione, che pure sarebbero essenziali per la individuazione di soluzioni appropriate, capaci di garantire processi naturali non disturbati o comunque minimamente impattati dall'azione antropica; istituti di partecipazione difensiva, altrettanto necessari, data la possibilità che le misure incidano su diritti di proprietà dei privati; strumenti di coinvolgimento stabile della comunità scientifica; oltre alla possibilità che il Piano preveda strumenti orientati a incentivare comportamenti dei privati volti a valorizzare la funzionalità delle foreste vetuste, come il cosiddetto meccanismo di pagamento dei servizi ecosistemici. Un ulteriore, evidente, limite è l'assenza di una programmazione finanziaria a supporto delle scelte di conservazione: le attività saranno svolte, secondo le Linee guida, con le risorse disponibili a legislazione vigente.

Quanto alla Rete nazionale, in assenza di una specifica disciplina che ne chiarisca i modi di funzionamento, essa sembra essere solo un elenco delle aree individuate dalle Regioni. Non vi è alcun riferimento alla possibilità che essa produca una strategia nazionale sulla conservazione dei boschi vetusti, senza la quale, come si è detto, risulterà impossibile non solo posizionare l'azione sul territorio italiano nell'ambito delle iniziative europee ma anche raggiungere risultati apprezzabili nella tutela



di questa componente essenziale del patrimonio forestale del nostro paese. La stessa Strategia forestale nazionale<sup>26</sup>, adottata nel 2022, individua nella limitata attenzione prestata alla importanza naturalistica ed ecologica delle foreste vetuste una delle principali debolezze del settore forestale italiano.

### 9. *Conclusion*

La controversia relativa alla faggeta dei monti Venere e Fogliano è istruttiva, per due ragioni. Dimostra che il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa può contribuire alla tutela integrale di un ecosistema di particolare importanza, ovvero foresta vetusta, garantendone l'integrità e la capacità di fornire i propri servizi ecosistemici a tutta la collettività. E porta l'attenzione sui limiti della disciplina delle foreste vetuste. Se il primo aspetto è rassicurante, il secondo lo è meno. La necessità di collegare la tutela delle foreste alla strategia europea per la conservazione della biodiversità e la neutralità climatica, che sono componenti essenziali del *Green Deal*<sup>27</sup>, richiedono non solo amministrazioni attive, capaci di farsi promotrici della stessa transizione ecologica, ma anche un quadro di regole che permetta loro di organizzare strategicamente la propria azione in un ambito tanto centrale delle politiche di conservazione e valorizzazione della natura.

The Judge, the Beech Forest and the Protection of Old-Growth Forests  
*Edoardo Chiti, Gianluca Piovesan*

Abstract: Questo commento discute la sentenza del TAR Lazio del 1° febbraio 2023, n. 1772. Si tratta di una pronuncia importante per due ragioni principali. In primo luogo, protegge l'integrità ecologica e funzionale di un ecosistema, una foresta vetusta, che ha una importanza particolare ai fini del mantenimento della biodiversità. In secondo, permet-

<sup>26</sup> La Strategia forestale nazionale è stata pubblicata in GU n. 33 del 9 febbraio 2022 ed è disponibile alla pagina <https://www.reterurale.it/foreste/StrategiaForestaleNazionale>.

<sup>27</sup> Si veda, per un inquadramento complessivo del *Green Deal*, E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss.

te di discutere alcuni nodi irrisolti della disciplina amministrativa delle foreste vetuste.

Abstract: This case-note discusses the judgement given by an Italian administrative court (TAR Lazio, judgement of 1<sup>st</sup> February 2023, No 1772). The relevance of the ruling is twofold. First, the administrative court has appropriately ensured protection to a specific ecosystem, the beech forest at stake. Second, the ruling provides the opportunity to discuss a number of issues underlying the current Italian discipline of primary and old-growth forests.

Parole chiave: Foreste vetuste; diritto dell'ecologia; tutela della biodiversità; transizione ecologica

Keywords: Old-growth forests; Ecological law; Biodiversity protection; Ecological transition

# Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale: un recente orientamento del Consiglio di Stato

*Beatrice Baldini\**

## 1. *Il conflittuale rapporto tra paesaggio, ambiente ed energia rinnovabile*

Il paesaggio<sup>1</sup>, inteso quale parte del patrimonio culturale nazionale<sup>2</sup>, e l'ambiente «condividono il medesimo substrato materiale<sup>3</sup>» e dialogano tra loro in modo ambivalente: talvolta si sovrappongono<sup>4</sup> rischiando di perdere la propria autonomia<sup>5</sup>, talaltra entrano in conflitto, dando luogo a problemi di bilanciamento tra interessi contrapposti.

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Sul concetto di paesaggio sono particolarmente significativi i contributi di A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, pp. 3 ss. e M.S. GIANNINI *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.

<sup>2</sup> Nel definire il paesaggio può essere privilegiato il rapporto con il patrimonio culturale o con il territorio: v. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2004, pp. 363 ss.; G. CONTI, *Dal paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze*, in *costituzionalismo.it*, 2010, p. 4. G. D'ALFONSA, *La tutela dell'ambiente «quale valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI, *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale* (a cura di), Ed. scientifiche italiane, 2006, p. 17 sottolinea il merito «della Corte Costituzionale di aver elaborato, da un lato, il concetto di ambiente al di là di quello meramente estetico del paesaggio e, dall'altro, di aver isolato tale concetto come valore da tutelare, rispetto alle sue singole componenti».

<sup>3</sup> G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 144.

<sup>4</sup> Si rinvia a B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 42, per le diverse interpretazioni del concetto di paesaggio. Sull'interpretazione estensiva di paesaggio si v. M. FERRARA, *La forma dell'ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, in *IdF*, 4, 2022, p. 859, oppure a M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quad. cost.*, 3, 2021, p. 299. Sulle complicazioni derivanti da «una naturale contiguità» tra nozioni di ambiente e paesaggio v. G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 28.

<sup>5</sup> Per es., nella sent. Corte Cost., 367/2007 si legge che «la morfologia del territorio riguarda l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 Cost. ha sancito il principio fon-

Questa ambivalenza emerge con chiarezza nel caso di istanze volte alla costruzione di impianti di energia elettrica rinnovabile, in riferimento alle quali si sono registrati due diversi orientamenti giurisprudenziali: quello più tradizionale, secondo cui la libertà di iniziativa economica contrasta con l'esigenza di conservare il territorio, concetto che tende ad agglomerare tanto l'ambiente, quanto il paesaggio<sup>6</sup>; e quello dove, invece, la menzionata libertà è necessaria alla tutela dell'ambiente<sup>7</sup>, ma può incidere sulla declinazione estetica del paesaggio. In tale ultimo caso, l'ambiente e l'iniziativa economica trovano un punto d'incontro che coincide con la necessità di far fronte al cambiamento climatico favorendo lo sviluppo di energia rinnovabile.

La giurisprudenza ha per lungo tempo conferito all'interesse paesaggistico e culturale, in ragione della previsione contenuta nell'art. 9 Cost., una posizione predominante, estraniata da qualsivoglia bilanciamento<sup>8</sup>. D'altra

damentale della "tutela del paesaggio" senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale» [...] «si tratta peraltro di un valore "primario", come ha già da tempo precisato questa Corte [...], ed anche "assoluto", se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente». In dottrina v. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, cit., pp. 363 ss.

<sup>6</sup> M. CALABRÒ, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa (nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; oppure si v. M.F. TROPEA, *Competenza regionale e diffusione delle fonti rinnovabili di energia tra tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio (nota a TAR Cagliari, 21 aprile 2017, n. 271, Sez. II)*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2017, p. 92 in cui, pur riconoscendo l'utilità degli impianti eolici alla riduzione dei gas serra, si sottolinea come essi possano incidere negativamente su interessi quali il paesaggio e la biodiversità.

<sup>7</sup> La Corte cost. ha più volte sottolineato la strumentalità dell'installazione di impianti f.e.r. alla tutela dell'ambiente (*ex multis* Corte Cost., 267/2016); ciò è avvenuto anche da parte di alcuni giudici amministrativi che hanno considerato gli impianti f.e.r. «opere di pubblica utilità» per «[...] la difesa dell'ambiente e dell'ecosistema» (TAR Veneto 20/02/2023, n. 233 e TAR Abruzzo, 20/04/2023, n. 214). Si v. anche. S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 6, 2011, pp. 753 ss.

<sup>8</sup> A. MIGNOZZI, *La disciplina dei beni culturali tra tradizione e innovazione. Tutela, gestione e valorizzazione*, in F. LUCARELLI, cit., p. 320, rileva che «la Corte Cost. ha più volte affermato che i beni culturali, il paesaggio e l'ambiente sono "valori costituzionalmente primari", non possono essere subordinati "ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici"». Mentre la Corte Cost. ha superato questa tesi (in tal senso v. Corte Cost., 367/2007; Corte Cost., 182/2006, e n. 183), ribadendo l'importanza di «una valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti», parte della giurisprudenza amministrativa esclude che la tutela del paesaggio sia sottoponibile a un'opera di bilanciamento (v. Cons. Stato, Sez. VI, 04/07/2022, n. 5536; Cons. Stato, Sez. IV, 29/03/2021, n. 2640). Esamina l'evoluzione giurisprudenziale B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e la tutela di altri interessi pubblici*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIS, A. TRAVI (a

parte, le istanze private di realizzazione di impianti eolici o fotovoltaici, sovente considerate come una mera espressione della libertà d'impresa<sup>9</sup>, sono state relegate in un'aprioristica posizione di second'ordine<sup>10</sup>. A ciò si aggiunga l'assenza di uniformità sulla configurazione dell'ambiente come interesse concettualmente autonomo dal paesaggio<sup>11</sup>. Da qui, prendono le mosse alcuni degli ostacoli alla promozione di impianti di energia rinnovabile.

In questo quadro si è inserita la legge cost. 1/2022 che, condizionata dalla spinta "green" di matrice europea<sup>12</sup>, ha riconosciuto un'esplicita posizione all'ambiente nell'art. 9 Cost., permettendo a tale valore di affiancare il paesaggio e il patrimonio culturale<sup>13</sup>. Inoltre, sempre nel tentativo di adeguare il nostro ordinamento all'evoluzione, avvenuta su scala mondiale, «del costituzionalismo ambientale»<sup>14</sup>, la riforma ha modificato anche l'art. 41 Cost. In particolare, al secondo comma, essa ha inserito «l'interesse ambientale tra gli «interessi-limite» che «non possono essere lesi dall'attività economica

cura di), *L'attuazione dell'European Green Deal: i mercati dell'energia e le imprese. Atti del Convegno annuale di AIDEN*, Milano, 2022, pp. 90-159.

<sup>9</sup> Sulla dimensione economico-produttiva del diritto dell'energia G.D. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 305; per un ulteriore approfondimento v. G.R.V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. ed.*, 5-6, 2009, pp. 171 ss. e F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, p. 779.

<sup>10</sup> Anche se «allo stato attuale, l'indirizzo prevalente tende a sacrificare l'interesse paesaggistico» per promuovere gli impianti di energia rinnovabile». G.M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 487.

<sup>11</sup> P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, cit., p. 363 ss.

<sup>12</sup> Si pensi all'*European Green Deal* e tutte le misure che ne sono seguite v. il n. 1/2021 di *Riv. quadr. dir. amb.*, nonché E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2021, pp. 130-148; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal Europeo*, in *Riv. della reg. dei mercati*, 2, 2022, pp. 468-477.

<sup>13</sup> Assumendo veste autonoma di «principio fondamentale» M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *IdF*, 4, 2022, p. 806.

<sup>14</sup> D. AMIRANTE, *La reformette dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2, 2022, p. 2.

privata»<sup>15</sup>, mentre al terzo comma, ha introdotto la funzionalizzazione «[del]le attività economiche a fini sociali e ambientali»<sup>16</sup>.

La portata innovativa della riforma può essere compresa effettivamente a livello operativo<sup>17</sup> ovvero per la sua eventuale capacità di mutare la modalità con cui vengono ponderati gli interessi di volta in volta coinvolti. A tal proposito, alcune indicazioni utili sono fornite dalla sentenza del Consiglio di Stato, 23 settembre 2022, n. 8167: non solo nell'applicare il parametro di proporzionalità congiuntamente ai principi d'integrazione e di sviluppo sostenibile, il Collegio esprime la relazione tra patrimonio culturale, ambiente e interessi privati, fornendo indicazioni che potrebbero costituire una guida per i futuri sviluppi giurisprudenziali e per la stessa amministrazione, ma finisce altresì per privilegiare l'esigenza di realizzare la transizione energetica in un'ottica funzionale a quella ecologica. Il presente contributo propone un'analisi della suddetta sentenza per illustrare, tanto in fase procedimentale che processuale, il rapporto tra interesse culturale, promozione di impianti di energia elettrica rinnovabile e ambiente. A tal fine è necessario soffermarsi, oltre che sui principi applicati dall'amministrazione e dal giudice speciale, sulla distinzione tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa, nonché sulle ricadute che essa produce in punto di sindacato del giudice. Pertanto, lo scritto tratta separatamente la fase con cui un bene è dichiarato di particolare interesse storico-artistico (artt. 10, c. 3, lettera d, 13 e 14 d.lgs. n. 42/2004), dalla fase in cui l'amministrazione decide discrezionalmente se tutelare il bene in via indiretta (ex artt. 45 e 46 d.lgs. 42/2004).

## ***2. Il procedimento di cui all'art. 12 d.lgs. 387/2003 e i motivi della controversia***

La controversia posta all'attenzione del Consiglio di Stato rappresenta l'esito di una vicenda complessa seguita all'istanza per il rilascio di due autorizzazioni uniche, ex art. 12 d.lgs. 387/2003, con il fine di realizzare

<sup>15</sup> A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. di dir. comp.*, 2, 2022, p. 422.

<sup>16</sup> Si rinvia per tutti a M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale*, cit., pp. 810-815.

<sup>17</sup> A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, in *IdF*, 4, 2022, p. 790; S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3, 2023, p. 231.

due pale eoliche in distinte località del comune di Tufara. In particolare, la disciplina della norma citata prevede un procedimento unico che si applica per «la costruzione e l'esercizio degli impianti produttivi superiori a certe soglie di potenza»<sup>18</sup>. Essa mira a garantire razionalità e semplificazione delle procedure, nonché «la valutazione sincronica degli interessi pubblici [e privati] coinvolti»<sup>19</sup>. Per questo, la disposizione fa leva sullo svolgimento della conferenza di servizi – avente natura decisoria e obbligatoria<sup>20</sup> – che la Regione, o altro ente da essa delegato, devono convocare entro i trenta giorni successivi al ricevimento della domanda di autorizzazione. Ciò serve a raccogliere il maggior numero possibile di portatori di interessi e a far emergere in modo tempestivo ogni eventuale contrasto alla realizzazione dell'impianto<sup>21</sup>.

Ebbene, malgrado tale procedimento sia improntato alla collaborazione e al dialogo tra diversi enti pubblici, per entrambe le opere e con *iter* pressoché analoghi, i progetti presentati dalla società istante sono stati a più riprese contrastati dalle amministrazioni preposte alla tutela del patrimonio culturale e paesaggistico. Ciò è avvenuto a causa dell'interferenza visiva delle pale eoliche con il sistema di croci votive viarie presente nel territorio. Dapprima, infatti, la Soprintendenza, in sede di conferenza di servizi, si è espressa con parere negativo ritenendo necessaria una riduzione in altezza delle strutture degli impianti. Tale parere è stato superato con il rilascio dell'autorizzazione unica da parte della Regione, la quale ha evidenziato che dare seguito all'indicazione della Soprintendenza avrebbe compromesso irrimediabilmente la fattibilità tecnica ed economica dell'opera.

La possibilità di dar avvio al progetto senza sottoporlo ad alcuna modifica è stata però ostacolata dalla Direzione regionale per i Beni Culturali e

<sup>18</sup> G.D. COMPORTI, *op. cit.*, p. 320; M.T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Riv. ita. dir. pubb. comunitario*, 5, 2014, p. 1137 ss.; G. LO SEPIO, *Energia: profili costituzionali, funzione regolatoria e modelli di controllo*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, pp. 141-148.

<sup>19</sup> Per tutti v. Corte cost. 221/2022.

<sup>20</sup> La «mancata indizione della conferenza di servizi o la mancata partecipazione di amministrazioni titolari per legge di una competenza primaria, comporta l'illegittimità dell'autorizzazione unica» ex *multis* TAR Piemonte, Sez. I, 5/12/2012, n. 1291.

<sup>21</sup> G.D. COMPORTI, *op. cit.*, p. 319.

Paesaggistici<sup>22</sup>, che, con diversi decreti, ha sottoposto a vincolo il sistema di croci citato, nonché a tutela indiretta le vaste aree a esso limitrofe.

I decreti menzionati sono stati impugnati sia dalla società interessata alla realizzazione degli impianti, che dal comune di Tufara, e non sono riusciti a superare positivamente il giudizio di primo grado.

In estrema sintesi, il TAR Molise ha ritenuto che l'amministrazione resistente fosse incorsa in un difetto di istruttoria e di motivazione in quanto si sarebbe limitata a compiere una ricostruzione storico culturale del contesto di riferimento senza inquadrare il bene giuridico da tutelare e senza compiere una propria valutazione finale sull'identità del bene; ha invece respinto, per carenza di prova, il motivo di gravame con cui i ricorrenti hanno rilevato lo sviamento di potere della Direzione regionale. Avverso tale pronuncia è stato proposto ricorso innanzi al Consiglio di Stato. In particolare, la Direzione regionale, quale appellante principale, ha censurato il travalicamento dei limiti posti al sindacato giudiziale da parte del TAR, mentre gli originari ricorrenti hanno reiterato il motivo attinente al vizio di eccesso di potere. Il Collegio ribalta la precedente decisione accogliendo sia l'appello principale, per insussistenza del difetto di istruttoria e di motivazione, sia quello incidentale, per la sproporzione e la irragionevolezza dei provvedimenti.

### ***3. Il sindacato sulla dichiarazione di interesse storico e artistico***

Inserendosi nel solco giurisprudenziale ormai da tempo tracciato, il Consiglio di Stato si preoccupa di sgomberare il campo dalla tesi avanzata dal Ministero di insindacabilità delle valutazioni sottese alle dichiarazioni di interesse culturale, compiute ex artt. 10, c. 3, lettera d), 13 e 14, d.lgs. n. 42/2004. Ricorda, infatti, che tali dichiarazioni sono il frutto di un accertamento tecnico-specialistico circa la sussistenza, «nella cosa che ne forma l'oggetto, dell'interesse artistico, storico, archeologico, etno-antropologico particolarmente importante». Tale accertamento si esplica

<sup>22</sup> Le Direzioni regionali sono state sostituite con il d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 dai segretariati regionali ai quali «sono state affidate le funzioni di coordinamento dell'amministrazione periferica del Ministero e quella di cura dei rapporti con altri soggetti presenti nel territorio di una data Regione»: M. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 4, 2022, pp. 1115-1148.



in un giudizio soggettivo funzionale a individuare il bene meritevole di protezione tramite il ricorso al regime vincolistico c.d. diretto.

Per orientamento costante<sup>23</sup>, l'amministrazione compie una valutazione connotata da «discrezionalità tecnica»<sup>24</sup>, la quale non ha ad oggetto gli interessi emersi nel corso del procedimento, ma piuttosto i fatti suscettibili di apprezzamento sulla scorta di «riflessioni di natura storica e filosofica» che, in quanto scienze inesatte, conducono spesso a risultati opinabili<sup>25</sup>. La necessità di fondare tale accertamento su competenze specialistiche dell'amministrazione deriva dal rinvio operato dalla norma giuridica a tecnicismi in cui figurano concetti giuridici indeterminati, definiti dall'ordinamento solo sulla base di «generalissimi criteri»<sup>26</sup>.

Una volta accertato il carattere storico artistico di un certo bene, l'amministrazione lo sottopone a vincolo diretto adottando un provvedimento che ha, secondo dottrina maggioritaria, natura costitutiva<sup>27</sup>. Sennonché, mentre tale dottrina rileva la sussistenza a monte di un'attività vincolata<sup>28</sup>,

<sup>23</sup> L. CASINI, «*Giocchi senza frontiere?*» *Giurisprudenza amministrativa e patrimonio culturale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2019, p. 920, segnala il frequente ricorso da parte della giurisprudenza amministrativa, in materia di vincoli e dichiarazioni di interesse culturale, al concetto di discrezionalità tecnica (per es. v. Cons. Stato, Sez. VI, 03/03/2022, n. 1510; Cons. Stato, Sez. VI, 10/01/2018, n. 100; Cons. di Stato, Sez. VI, 04/09/2020, n. 5357; Cons. Stato, Sez. VI, 30/05/2018, n. 3246; TAR Lombardia, Sez. I, 02/11/2022, n. 1065).

<sup>24</sup> Espressione utilizzata anche nella sent. annotata, contrapposta al merito e alla discrezionalità amministrativa (v. anche TAR Lazio, 28/05/2021, n. 6327). A tal proposito, si rinvia a A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1, 2023, p. 424. Con riguardo all'utilizzo di tale locuzione – da parte della giurisprudenza (anche costituzionale) – in presenza di una valutazione non coinvolgente apprezzamenti di pubblico interesse, c. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 80-84.

<sup>25</sup> Ciò si pone in contrasto con la sent. del Cons. Stato, Sez. VI, 09/05/2023, n. 4686 in cui ai ricorrenti è stato richiesto di provare l'eccesso di potere dimostrando «che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente inaccettabile».

<sup>26</sup> Nella sent. in commento è affermato che «il bene culturale deve essere una “testimonianza” materiale “avente valore di civiltà”, rivestire un “particolare” o “eccezionale” interesse culturale tale da giustificare il vincolo ed avere una certa vetustà», anche alla luce dei criteri non tassativi indicati nella nota 03/03/2009, n. 5085 della Direzione Generale per i Beni architettonici, storico-artistici ed etnoantropologici, applicativa dell'art. 12, c. 2 d.lgs. n. 42/2004.

<sup>27</sup> Sulla natura del vincolo e i suoi rapporti con il potere dell'amministrazione v. A. FIORITO, *La dichiarazione di bene culturale*, in V. PIERGIGLI A. L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 115 ss.

<sup>28</sup> G. GARZIA, *Il vincolo storico-artistico indiretto tra attività di accertamento e ponderazione degli interessi coinvolti*. (nota a Consiglio di Stato, 06 settembre 2002, n. 4566, Sez. VI), in *Foro amm. CDS*, 11, 2002, p. 3000 ss.

la giurisprudenza collega la costitutività dell'accertamento alla presenza di una sfera di discrezionalità amministrativa. Quest'ultima è fondata sulle conoscenze specialistiche dell'amministrazione e implica soluzioni caratterizzate da «ampi margini di opinabilità»<sup>29</sup>. L'opinabilità ha condotto la giurisprudenza a confondere il piano della discrezionalità con quello delle valutazioni tecniche, senza considerare che queste ultime non postulano una comparazione tra interessi in quanto «attengono al piano dell'accertamento e della qualificazione di fatti alla luce di criteri tecnico-scientifici»<sup>30</sup>. Peraltro, nel caso di dichiarazione di interesse storico artistico di un certo bene, si è formato da tempo l'orientamento secondo cui le valutazioni tecniche richiederebbero anche scelte di merito<sup>31</sup>.

Dalla natura tecnica della valutazione discende l'impossibilità per l'organo decidente di «individuare la scelta migliore in modo oggettivo»<sup>32</sup> e il correlato divieto di spingersi oltre le soglie dell'opinabilità. In sostanza, al fine di evitare che la sentenza si traduca in una decisione sostitutiva della valutazione compiuta dall'amministrazione<sup>33</sup>, quest'ultima rimane

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 03/03/2022, n. 1510; Cons. Stato, Sez. VI, 10/01/2018, n. 100; TAR Calabria, Sez. I, 18/07/2022.

<sup>30</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Mulino, Bologna, 2022, p. 126.

<sup>31</sup> G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 3, 2005, p. 659 ss.; C. VIDITTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2002, p. 2251 ss.; G. SABATO, *La tutela del patrimonio culturale nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa. Commento al d.lgs. 22.01.2004, n. 42*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, p. 116 ss.; G. TROPEA, *Il vincolo etno-antropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?* (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 20 giugno 2011, n. 418, Sez. giurisd.), in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 718 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 79-98; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2008, p. 813; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.* 1, 2011, p. 151. P. FORTE, *Full Jurisdiction arte, cultura. Un discusso confine in movimento*, in *P.A. Persona e amministrazione*, p. 191. Sottolinea l'oscillazione giurisprudenziale G. SCIULLO *Nuovi paradigmi per la tutela del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 3, 2022, pp. 121-123; l'A. richiama una parte della giurisprudenza amministrativa che ritiene sussistente un momento di ponderazione. Poi illustra come, più di recente, l'Adunanza Plenaria abbia escluso tale momento in ragione della prevalenza dell'interesse culturale «su qualsiasi altro interesse – ivi compresi quelli economici – nelle valutazioni concernenti i reciproci rapporti» (Cons. Stato, Ad. Plen., 13/02/2023, n. 5). Il momento di ponderazione è stato richiamato implicitamente dal TAR Lazio, Sez. V, 01/02/2023, n. 1809.

<sup>32</sup> B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di), 2006, Milano, Giuffrè, p. 2000.

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 25/01/2022, n. 497; Cons. Stato, Sez. VI, 04/09/2020, n. 5357.

sindacabile per eccesso di potere nei limiti del difetto di motivazione, di erroneità, di illogicità o di inattendibilità. Il vizio di eccesso di potere è, peraltro, talvolta ricondotto alla sussistenza di una manifesta abnormità e sproporzione della decisione, o a un palese travisamento del fatto<sup>34</sup>. In questi termini, alcun dubbio sorge sulla debolezza del sindacato, in effetti confermata anche nella parte della decisione in commento in cui viene ribadito che «il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a “definire” la fattispecie sostanziale». I giudici spiegano che una simile definizione non è necessaria «quando la valutazione del fatto complesso viene presa in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto “storico”, bensì di fatto “mediato”, dalla valutazione casistica e concreta delegata all’amministrazione»<sup>35</sup>. Il prodotto opinabile, risultante dallo schema norma – valutazione tecnica – fatto, secondo il Consiglio di Stato, è sufficiente a giustificare un arresto all’ordinaria attività giudiziale di ricostruzione della fattispecie astratta. Pur trattandosi di un controllo intrinseco, cioè di verifica dell’attendibilità della decisione, e non semplicemente estrinseco, cioè limitato al controllo di completezza della motivazione e dell’istruttoria espletata, qualora il gravoso onere di mettere seriamente in discussione l’attendibilità della decisione rimanesse insoddisfatto, non potrà essere scelta dal giudice la soluzione reputata come meno opinabile<sup>36</sup>. Così, il Collegio perviene alla conclusione secondo cui, se si fronteggiano soltanto opinioni tutte parimenti plausibili, «deve [essere] da[ta] prevalenza a quella espressa dall’organo istituzionalmente investito della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell’interessato».

<sup>34</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10/05/2023, n.4742.

<sup>35</sup> Così statuisce la pronuncia *de quo* a cui si è allineata la giurisprudenza successiva (es. Cons. Stato, Sez. VI, 09/05/2023, n. 5457 nonostante rilevi che il giudice amministrativo dovrebbe emettere una sent. avente ad oggetto il rapporto tra le parti, ha escluso che la pronuncia di accoglimento possa avere un contenuto ordinatorio in grado di definire la fattispecie sostanziale).

<sup>36</sup> A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2, 2019, pp. 223-247 tratta del bene culturale quale concetto giuridico indeterminato e si sofferma sul sindacato estrinseco compiuto in tali ipotesi. V. anche a G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 3, 2016. Per un confronto con la Germania dove il sindacato su tali concetti è ammesso in modo pieno, salve limitate ipotesi, v. M. CARRÀ, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello stato di diritto in Germania*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 192.

La ragione alla base del divieto di non sostituzione, apparentemente collegata alla legittimazione funzionale dell'amministrazione, viene motivata nella prosecuzione della sentenza, in virtù della scelta del legislatore di «non disciplinare il conflitto di interessi, ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione». In questa prospettiva, innescando un momento di ponderazione di interessi e rimettendone la risoluzione all'amministrazione, si giustifica la natura non semplicemente tecnica della valutazione, ma anche discrezionale.

Questa parte della decisione rileva l'estrema difficoltà nel comprendere la natura della valutazione e della dichiarazione di cui agli artt. 10 e 13 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Tale difficoltà potrebbe essere determinata dall'uso dell'espressione «particolarmente importante» al c. 3 dell'art. 10, che lascia pensare a un giudizio sulla meritevolezza di tutela del bene. In realtà, il giudizio sull'opportunità della protezione del bene non dipende da un potere discrezionale sull'*an* della stessa, ma discende da un accertamento tecnico con cui sia stato riconosciuto il valore culturale del bene<sup>37</sup>. Infatti, l'ipotesi di tutela diretta comporta la cura di un solo interesse<sup>38</sup> e, per questo, si differenzia del caso di tutela indiretta, che invece presuppone l'apposizione di limiti ai diritti di godimento del privato<sup>39</sup>.

Ne deriva che, utilizzando l'espressione «conflitto tra interessi», per difendersi da accuse di riservare «un privilegio di insindacabilità all'amministrazione»<sup>40</sup>, il Collegio ha introdotto un primo profilo di ambiguità nella motivazione. Inoltre, se i giudici non avessero intravisto un momento di commisurazione degli interessi, non vi sarebbero stati ostacoli alla nomina di un consulente tecnico ex art. 67 C.p.a.<sup>41</sup>. Questa possibilità avrebbe consentito di acquisire un'opinione di un esperto

<sup>37</sup> C. ZUCHELLI, *Dichiarazione dell'interesse culturale*, in: A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, p. 198.

<sup>38</sup> C. ZUCHELLI, *Dichiarazione dell'interesse culturale*, cit., p.198.

<sup>39</sup> V. § 4.

<sup>40</sup> V. punto 1.1. della motivazione in diritto della sentenza annotata.

<sup>41</sup> G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?* (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 20 giugno 2011, n. 418, Sez. giurisd.), in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 729.

estraneo al giudizio per saggiare l'attendibilità della valutazione, cioè l'adeguatezza strutturale e scientifica delle argomentazioni logiche e tecniche su cui è stata fondata la decisione impugnata<sup>42</sup>. Ciò mette in luce quanto, ancora oggi, la giurisprudenza amministrativa continui a negare l'ammissibilità di una soluzione di carattere processuale che<sup>43</sup>, in quanto fondata sull'affidamento della perizia a un esperto non di parte, sia in grado di individuare l'opinione più plausibile tra la gamma di ipotesi prospettate, nonché di sciogliere il nodo creato dall'incerta presenza di più ipotesi, senza doversi rimettere alla sola amministrazione<sup>44</sup>.

Il Consiglio di Stato si limita così a ripercorrere l'*iter* motivazionale della Direzione regionale e fa leva sull'esteso materiale bibliografico apportato dall'amministrazione, sulle relazioni storico-artistiche e sui criteri – non tassativi – indicati nella nota ministeriale, per poi concludere che le croci votive e viarie possano fondatamente essere considerate come parte del patrimonio culturale italiano, in quanto espressione di identità e frutto di un retaggio antico. Di conseguenza, la motivazione è stata reputata non solo come logica, coerente, priva di profili di abnormità<sup>45</sup>, ma soprattutto completa di ogni elemento necessario per ritenere attendibile il provvedimento impugnato.

#### ***4. La tutela indiretta del bene culturale: un'operazione di bilanciamento tra interessi***

Una volta confermata la legittimità della dichiarazione di interesse storico-artistico in relazione al sistema di croci votive e viarie, con un sindacato che non apporta alcuna particolare novità rispetto al passato, il Consiglio

<sup>42</sup> Come spiega M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 127, subentra la differenza tra condivisibilità della decisione, attinente al merito, e attendibilità della stessa.

<sup>43</sup> Sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 12/04/2023, n. 8343, laddove viene sostenuto che non è «consentito chiedere al giudice di sostituirsi alle valutazioni riservate alle Amministrazioni giungendo ad esiti diversi fondati, ad es., su una c.t.u.».

<sup>44</sup> A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2, 2004, pp. 456-457 contesta la reticenza del giudice amministrativo, in presenza di valutazioni inerenti al vincolo storico-artistico, a disporre la c.t.u. A p. 453 viene illustrato comunque un isolato caso (TAR Puglia, Sez. I, 28/09/2001, n. 5599) in cui è stata ammessa la consulenza tecnica che ha permesso di riscontrare la mancata applicazione di criteri tecnico-scientifici. Così anche P. FORTE, *Full Jurisdiction*, cit., p. 193.

<sup>45</sup> *Ex multis* v. Cons. Stato, Sez. V, 30/11/2018, n. 6819, Cons. Stato, Sez. IV 12/04/2021, n. 2983.

di Stato affronta la questione se detto interesse giustifichi l'apposizione di uno stringente vincolo indiretto sulle particelle catastali circostanti le croci citate<sup>46</sup>. Tale vincolo, disposto ex artt. 45 e 46 d.lgs. 42/2004, è «una forma elastica di protezione»<sup>47</sup> diretta a prescrivere il contenuto della tutela del bene già gravato del vincolo diretto, sì da equilibrare l'esigenza di una sua integrità con quelle di completarne in modo pertinentziale la fruizione e la valorizzazione dinamica<sup>48</sup>. Peraltro, posto che il bene non è considerato in sé e per sé, bensì in relazione al contesto culturale e territoriale in cui insiste, l'amministrazione ha il potere di scegliere la misura più idonea a garantire la piena espressione del valore culturale insito nell'oggetto interessato<sup>49</sup>. Così, questa misura è concepita come «il risultato di un processo valutativo nel quale sono acquisiti e ponderati dall'amministrazione competente, secondo schemi valutativi della discrezionalità amministrativa, tutti gli interessi coinvolti»<sup>50</sup>. Ciò malgrado, una parte della giurisprudenza ricorre all'equivoco concetto di discrezionalità tecnica<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Nel caso di specie, le prescrizioni impartite dai decreti di tutela indiretta stabiliscono che «è vietata la trasformazione, sia a carattere permanente che temporaneo, dell'aspetto esteriore dei luoghi ricompresi nell'ambito del vincolo indiretto; per i medesimi luoghi è prescritto il mantenimento dell'uso agricolo attuale del suolo; è vietata, altresì, nei medesimi luoghi, l'apertura di cave, la posa in opera di condotte per impianti industriali e civili, nonché la realizzazione di palificazioni, sia se articolate su elementi puntuali, sia se articolate in sistemi a rete». I giudici speciali spiegano inoltre la natura accessoria del vincolo indiretto (TAR Lazio, Sez. II, 03/02/2020, n. 1367).

<sup>47</sup> D. GAMBETTA, *Beni culturali. I vincoli di tutela indiretta dei beni culturali immobili*, in *lexambiente.it*, 2021, *passim*.

<sup>48</sup> In particolare, «a differenza del vincolo diretto, che è imposto su bene culturale particolare in relazione alle specifiche caratteristiche di quest'ultimo, il vincolo indiretto investe la cd. fascia di rispetto, che non coincide con l'ambito materiale dei confini perimetrali dei singoli immobili, ma va stabilita in rapporto alla consistenza della cd. cornice ambientale, con la conseguenza che può essere legittimamente imposto sull'area che si trova in prossimità o anche solo in vista del bene culturale» (TAR Toscana, Sez. I, 18/09/2022, n. 1332; Cons. Stato, Sez. VI, 11/05/2018, n. 2839).

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10/05/2021, n. 3663 il «vincolo indiretto» non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale». (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11/05/2018, n. 2839).

<sup>50</sup> A. SCOGNAMIGLIO, *Procedimento per la tutela indiretta*, in A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, p. 495.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10/05/2021, n. 3663; Cons. Stato, Sez. VI, 27/07/2015, n. 3669; Cons. Stato, Sez. VI, 3/07/2014, n. 3355; TAR Puglia, Sez. II, 20/07/2016, n. 953; Tar Puglia, Sez. VI, 11/05/2018, n. 2839. In dottrina, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Procedimento*, cit., pp. 493-494.

Il Collegio, distanziandosi dall'orientamento in precedenza assunto dalla giurisprudenza amministrativa, e rifacendosi a quello della Corte costituzionale<sup>52</sup>, rifiuta le posizioni totalizzanti assunte con riguardo a valori primari come il paesaggio, la cultura e l'ambiente, lasciando che entri in gioco il bilanciamento tra interessi contrapposti.

Senza negare la *primauté* dell'interesse culturale, il Consiglio si rifà alle argomentazioni utilizzata nel caso Ilva di Taranto<sup>53</sup> e afferma il fondamentale principio secondo cui, in un ordinamento pluralista e democratico, è implicita una perenne operazione di ponderazione tra interessi e diritti fondamentali; invero, tutti i valori tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuarne uno dotato di una prevalenza assoluta sugli altri. Il vincolo, costituendo un limite apposto al diritto di proprietà, deve quindi essere «dimensionato» alla luce di un'operazione di equilibrata ponderazione tra «principi e diritti fondamentali».

La particolarità della sentenza annotata, che vale a contraddistinguere rispetto ad alcune sentenze anteriori, risiede nella non configurazione dell'interesse culturale in termini assoluti quando lo stesso entra in rapporto con interessi privati. A ben vedere però, il vero “motore” alla base di questo cambiamento si rintraccia nell'esigenza di salvaguardare l'ambiente, al cui soddisfacimento l'istanza di installazione di pale eoliche è ritenuto funzionale, specie nell'attuale contesto di implementazione delle politiche di promozione della transizione ecologica.

In assenza di una simile “forza motrice”, l'interesse privato è destinato a soccombere nel rapporto con il patrimonio culturale. Infatti, in un recente caso in cui non era coinvolta l'istanza di protezione dell'ambiente, l'Adunanza Plenaria, pur avendo richiamato il criterio della proporzionalità, ha ribadito che l'interesse culturale prevale «su qualsiasi altro interesse,

<sup>52</sup> Nelle sentenze Corte cost., 85/2013 e Corte cost., 196/2004 è stato affermato che «benché [gli interessi alla tutela del paesaggio] siano “valori costituzionali primari”, insuscettibili “di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici”, “questa “primarietà” non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali». In dottrina, V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. edilizia*, 5-6, 2009, pp. 171 ss.; P. FORTE, *Full jurisdiction*, *op. cit.*, p. 183. Per uno spunto ulteriore si rimanda a G. SCIULLO, *Nuovi paradigmi*, *cit.*, p. 121.

<sup>53</sup> Nella pronuncia della Corte cost., 85/2013.

ivi compresi quelli economici<sup>54</sup>. Ciò dimostra che quando subentra il valore ambiente, anche in via solo secondaria, si attenua il peso rivestito dal valore culturale, nonostante quest'ultimo sia potenzialmente in grado di prevaricare su altri interessi.

A questo punto, sorge spontanea la domanda volta a comprendere se l'attenuazione della portata assolutistica dell'interesse culturale sia il prodotto della riforma dell'art. 9 Cost., o sia riscontrabile anche nella giurisprudenza passata.

A parere di chi scrive<sup>55</sup>, la risposta è fornita proprio dalla sentenza in commento nella parte in cui viene richiamato l'impianto motivazionale del caso Ilva di Taranto, che, come noto, stabilì il principio secondo cui nessun interesse può prevalere in modo assoluto sugli altri. In questi termini, la riforma si sarebbe limitata a cristallizzare un assetto consolidato della giurisprudenza costituzionale, improntato sulla «logica del tradizionale bilanciamento equiponderale»<sup>56</sup> tra ambiente e altri interessi. Non per questo, non sono da accogliere positivamente sia l'esplicitazione dell'ambiente in Costituzione, che la sua emancipazione dal paesaggio, in quanto ciò permette di tagliare i legami con le visioni totalizzanti del Ministero della Cultura, ma anche di parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa. Con riferimento a quest'ultima, per esempio, si supera l'idea secondo cui deve essere negata la sussistenza di un dovere per l'amministrazione preposta alla protezione del patrimonio culturale di apprezzare interessi diversi rispetto a quello oggetto di tutela diretta<sup>57</sup>. Da questa tesi era derivata l'esclusione di una sfera di discrezionalità nella scelta di istaurare una forma di tutela indiretta sul bene<sup>58</sup>, così

<sup>54</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 13/02/2023, n. 5, come sottolineato anche da G. SCIULLO, *Nuovi paradigmi*, cit., p. 123.

<sup>55</sup> Aderendo a buona parte della dottrina già espressasi sul tema: v. il n. 4/2022 in *questa Rivista*, 4, 2022.

<sup>56</sup> M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, 2, 2021 p. 290; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>57</sup> P. CARPENTIERI, *Eolico e paesaggio, (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 03 agosto 2007, n. 711, Sez. giurisd.)*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2008, pp. 326 ss.; diversamente F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, p. 889 ss.

<sup>58</sup> G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale*, cit., p. 5.



come un restringimento della portata del parametro di proporzionalità. In particolare, in ragione del valore assolutistico dell'interesse culturale, era stato sostenuto che, la giurisprudenza amministrativa, nell'applicare il criterio di proporzionalità in ipotesi analoghe, avrebbe dovuto limitarsi al controllo della idoneità e/o della necessità del vincolo rispetto allo scopo di tutela, senza possibilità di spingersi a verificarne l'adeguatezza; ciò poiché, mentre quest'ultimo passaggio della proporzionalità implica una ponderazione d'interessi, i primi due determinerebbero solo una gradazione dell'intensità della tutela del patrimonio culturale<sup>59</sup>. Nella sentenza in commento, al contrario, nel tentativo di ricercare il punto di equilibrio tra interessi contrastanti, la prescrizione impartita dall'amministrazione è stata ritenuta sproporzionata poiché frutto di un metodo incongruo al perseguimento dell'obiettivo primario di tutela, raggiungibile con misure più lievi. La dichiarazione di illegittimità del provvedimento non è stata determinata del *test* di idoneità (attinente «al rapporto tra mezzo e fine», «senza alcuna considerazione degli interessi privati coinvolti»), o di necessità (sull'«inesistenza di alternative più miti per raggiungere lo scopo»), bensì di adeguatezza della decisione, o proporzionalità in senso stretto<sup>60</sup>.

Per il Collegio, la Direzione regionale dei Beni Culturali e del Paesaggio si sarebbe preoccupata solo dell'esigenza di evitare alterazioni delle condizioni «del contesto ambientale e di decoro, nonché di prospettiva e di visuale» senza tenere conto dell'interesse ambientale alla transizione ecologica, comportante «la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile». Di conseguenza, il peso gravante sulle particelle catastali vicine al sistema di croci, oltre a non essere comprensibile – considerato che le croci sono visibili solo a chi si avvicini ad esse a pochi

<sup>59</sup> G. SEVERINI, *op. cit.*, p. 6 tratta dei vincoli indiretti per la tutela di beni patrimoniali e precisa che, anche se la proporzionalità «ha la sua applicazione naturale nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi [...] è intrinseca alla ragione del potere di tutela e alle sue valutazioni. Non la trasforma in una comparazione tra interessi [...]».

<sup>60</sup> Ovvero i «tre gradini» della proporzionalità, come spiegato da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, Milano, p. 304; v. anche A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *IdF*, 3, 2016, p. 701.

metri di distanza – è intollerabile dal titolare dell'interesse contrapposto, per questo, inadeguato.

Il Consiglio di Stato rileva che la Direzione regionale avrebbe dovuto verificare se lo strumento selezionato a presidio del patrimonio culturale fosse tale da determinare o meno un peso eccessivo sugli interessi contrapposti, ovvero l'ambiente e la libertà d'installare pale eoliche nella proprietà privata. È una scelta frutto di un apprezzamento discrezionale che viene scrutinata dal giudice avendo riguardo alla congruità e adeguatezza del modo con cui gli interessi sono stati bilanciati.

Invero, i giudici statuiscano di dover «paragonare l'obiettivo perseguito dalla Soprintendenza – la tutela culturale delle croci votive – ed il mezzo utilizzato», consistente nel «radicale svuotamento delle possibilità d'uso alternativo del territorio, soprattutto ai fini della produzione di energia eolica». Dopodiché, gli stessi escludono che il menzionato fine pubblico possa sacrificare «l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica».

Nel verificare, sul piano qualitativo, se la valutazione discrezionale dell'amministrazione sia stata adeguata al perseguimento dell'interesse pubblico, il Consiglio di Stato ha ponderato valori contrapposti ricercandone il punto di equilibrio.

Si tratta di un'operazione che pone almeno due problemi. Anzitutto, è complesso garantire che il giudice non scivoli nell'opportunità dell'atto e invada l'area del merito amministrativo<sup>61</sup>. Riferirsi all'interesse pubblico per vagliare «la giuridicità del provvedimento discrezionale» rende, infatti, molto labile il confine tra giudizio di adeguatezza e di opportunità<sup>62</sup>. In secondo luogo, la proporzionalità lascia spazio alla valutazione soggettiva del giudice e può determinare difformità decisorie tra casi analoghi, in

<sup>61</sup> Per un'analisi v. A. ALBANESE, *op. cit.*, pp. 697-723 o C. CUDIA, *op. cit.*, pp. 302-215 che mettono in luce l'assenza di autonomia della proporzionalità rispetto alla ragionevolezza. Talvolta, la proporzionalità è richiamata addirittura quando il giudizio dovrebbe essere limitato all'accertamento dell'assenza dei presupposti normativi per apporre un vincolo su un certo bene (v. TAR Lombardia, Sez. I, 09/06/2020, n. 436).

<sup>62</sup> C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI, *op. cit.*, p. 74 rileva come in tutte queste ipotesi c'è un rischio continuo «di scivolare nell'opportunità dell'atto».

quanto coniuga l'impostazione casistica del giudizio di bilanciamento alle sensibilità «etico-valoriali» del singolo organo decidente<sup>63</sup>.

In definitiva, i giudici, prudenti dinanzi alla valutazione tecnica richiesta per la dichiarazione di interesse storico artistico, hanno recuperato l'intensità del sindacato, spingendosi fino alle porte del merito, per disporre l'illegittimità del vincolo indiretto. Così, l'impianto motivazionale, seppur soddisfi l'esigenza di aumentare la produzione di energia rinnovabile, non è del tutto condivisibile. Da un lato, i giudici privilegiano la soluzione prospettata dall'amministrazione senza prima nominare un consulente tecnico; dall'altro, vuoi per l'utilizzo dell'insidioso meccanismo della proporzionalità, vuoi per la risonanza politica di una decisione funzionale all'ambiente, scivolano nell'area riservata all'amministrazione in presenza di una scelta discrezionale

##### ***5. Il ruolo dei principi giuridici nel giudizio di proporzionalità***

Con il *test* di proporzionalità, e in particolare con il suo terzo "gradino" dell'adeguatezza, il Consiglio di Stato entra nell'attività di comparazione tra interessi, tipicamente riservata all'amministrazione. Occorre però chiedersi se nel compimento di tale giudizio sussistano norme in grado di limitare la discrezionalità, e quindi di vincolare l'amministrazione. Nel qual caso, i problemi causati dall'applicazione della proporzionalità si ridimensionerebbero.

A questo riguardo, nella sentenza in commento, per «individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale» vengono richiamati i principi di integrazione e di sviluppo sostenibile, ormai da tempo parte del bagaglio europeo e nazionale dei principi posti a presidio della protezione dell'ambiente.

Il primo è stato riconosciuto come principio guida dell'azione comunitaria fin dall'introduzione di un titolo autonomo, dedicato all'ambiente, all'interno del Trattato di Roma, avvenuta per mezzo del Quarto programma di azione in materia ambientale (1987- 1992), ed è poi stato elevato a

<sup>63</sup> A. PERSICO, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167), in [www.giustizia-insieme.it](http://www.giustizia-insieme.it), 2022; G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte prima)*, in *Dir. pubb.*, 2, 2020, pp. 574-576.

principio-obiettivo dell'Unione dal Trattato di Amsterdam (1997)<sup>64</sup> Esso è strettamente collegato allo sviluppo sostenibile<sup>65</sup>, ovvero quel principio dalle origini internazionali (una prima definizione si riscontra nel Rapporto di Brundtland del 1987), tutt'ora usato in modo diffuso, ma la cui essenza viene criticata da vari Autori<sup>66</sup>. Tale correlazione si evince dall'art. 11 TFUE, in base al quale «le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie (dell'Unione), in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Similmente, l'art. 37 della Carta di Nizza (2000) richiede un'integrazione di «un elevato livello di tutela dell'ambiente e un miglioramento della sua qualità» in conformità allo sviluppo sostenibile. L'integrazione impone che le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente vengano sempre considerate, elevando l'ambiente a «ingrediente imprescindibile per qualsiasi decisione [pubblica]»<sup>67</sup>e, quindi, a valore dalla rilevanza trasversale. Lo sviluppo sostenibile richiede la ricerca di un «equo bilanciamento tra esigenze economiche ed esigenze di protezione ambientale sia delle presenti che delle future generazioni». Tali principi sono stati recepiti dal nostro ordinamento con la modifica compiuta nel 2008 all'art. 3-quater d.lgs. 152/2006, il quale sancisce, al suo secondo comma, che «nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

Le definizioni dei due principi implicano, quindi, un'operazione di bilanciamento che sia al contempo in grado di favorire lo sviluppo economico e di preservare l'ambiente.

Coerentemente a tale impianto normativo il Consiglio di Stato, nel caso specifico, afferma che l'applicazione di detti principi richiede al patri-

<sup>64</sup> B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 86-90.

<sup>65</sup> Sull'evoluzione di tale concetto a livello internazionale ed europeo v. G. ROSSI, (a cura di), *op. cit.*, pp. 31-42.

<sup>66</sup> J.A. DU PISANI, *Sustainable development – historical roots of the concept*, in *Environmental Sciences*, 3/2, 2007, pp. 83-96.

<sup>67</sup> F. FRACCHIA, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2021, p. 64.

monio culturale di «integrarsi con la necessità di preservare» l'ambiente. Non fornisce, però, alcuna indicazione su come l'integrazione debba essere compiuta.

Peraltro, il concetto di preservazione dell'ambiente – in assenza di indicatori scientifici in grado di definire, per esempio, il livello di inquinamento consentito – è suscettibile di essere valorizzato in modo differente a seconda delle sensibilità del singolo organo giudicante. La visione olistica che discende dalle norme richiamate non è perciò in grado di apportare alcun elemento aggiuntivo rispetto agli approdi della giurisprudenza costituzionale in base ai quali nessun interesse può essere posto «alla sommità di un ordine gerarchico assoluto», dal momento che ciascuno si trova «in rapporto di integrazione reciproca»<sup>68</sup>. Né indicazioni più puntuali discendono dal riformato art. 9 Cost., che sembra piuttosto essere una mera riproduzione del principio di sviluppo sostenibile<sup>69</sup>, nella misura in cui non introduce alcun «primato ecologico»<sup>70</sup>.

Si aggiunga, infine, che la multidimensionalità e la genericità dello sviluppo sostenibile lo rendono un principio di difficile attuazione, non in grado di vincolare le amministrazioni, ma al più di chiamarle – con quella che viene denominata dal Collegio una «direttiva di metodo» – a considerare l'ambiente prima di assumere una decisione. Il fatto che lo sviluppo sostenibile sia un criterio guida è un aspetto importante, se si considera la tradizionale visione monoculare della Soprintendenza e della giurisprudenza amministrativa che in passato ricorreva alla tutela parallela degli interessi c.d. differenziati<sup>71</sup>, ma ancora troppo prudente, se ne consideriamo le complicazioni applicative. Ciò, non solo perché il principio in questione implica il richiamo a concetti metagiuridici<sup>72</sup>, ma

<sup>68</sup> Come statuito dalla Corte Cost., 85/2013.

<sup>69</sup> D. VALLETTA, *La tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile e il giudice amministrativo*, in *Riv. Corte dei conti* 3, 2022, p. 48.

<sup>70</sup> V., per tutti, M. CECCHETTI, *La disciplina*, cit., p. 817.

<sup>71</sup> Sulla tutela parallela v. P. CHIRULLI *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 1, 2015, p. 50 ss.; A. CROSETTI, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2018, p. 81 ss.

<sup>72</sup> Così M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. Ita. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2019, p. 203.

anche perché non salva dal rischio d'invadere l'area di merito. La sua genericità e la sua astrattezza impongono, infatti, di ricorrere al parametro di proporzionalità per conferire a esso un contenuto tangibile<sup>73</sup>.

### 6. *I segni della riforma dell'art. 41 Cost.: una "nuova assiologia compositiva" tra attività produttive e ambiente?*

Un ultimo aspetto meritevole di attenzione attiene al rapporto tra attività produttiva e ambiente, che è presentato in un breve inciso della pronuncia in commento e fa emergere un possibile mutamento di prospettiva in conseguenza della legge cost. 1/2022.

Il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato il principio di sviluppo sostenibile, specifica che il novellato art. 41 Cost. «nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata [...] segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva». Una simile affermazione, se concretizzata, può avere un impatto notevole sul modo di concepire il rapporto tra questi due termini, storicamente sottoposti a una complessa ponderazione da cui non necessariamente l'ambiente usciva trionfante<sup>74</sup>. Solo negli ultimi anni, ma in modo del tutto marginale, la Corte Costituzionale ha aperto una fessura a favore del concetto di funzionalizzazione

<sup>73</sup> Lo si evince nei casi che coinvolgono le Procedure di VAS, VIA e IPPC, ma anche nei casi di gestione del territorio o di tutela delle bellezze naturali e storiche. Di rado il principio di sviluppo sostenibile vive isolatamente, essendo piuttosto affiancato alla «logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività». (V. Cons. Stato, Sez. V, 2/10/2014, n. 4928; Cons. Stato, Sez. IV, 05/07/2010, n. 4246; Cons. Stato, Sez. VI, 22/02/2007, n. 933). Esemplificativa è la sent. Cons. Stato, Sez. IV, 18/04/2023, n. 3892 sulla protezione del patrimonio culturale e dell'ambiente, in cui viene richiamato l'art. 9 Cost. congiuntamente al principio di sviluppo sostenibile. Per un approfondimento sullo svolgimento delle suddette procedure O. H. KASSIM, *Le valutazioni ambientali*, in G. Rossi, (a cura di), cit., pp. 262-275.

<sup>74</sup> Si pensi alla sent. Corte Cost., 85/2013 con cui sono state respinte delle questioni relative alla violazione del diritto alla salute «da cui deriva il diritto all'ambiente salubre», in «favore delle ragioni della produzione economica» e, in particolare, del diritto al lavoro (art. 4 Cost.). In senso opposto, sempre nel caso Ilva, la Corte Cost. si è orientata con la sent. 58/2018 (a tal riguardo si rinvia a S. LAFORGIA, *Il lavoro sicuro nella cosmogonia costituzionale: il "caso Ilva"*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 2023). Di recente, mostra l'esigenza di non introdurre gerarchie assolute nei rapporti tra ambiente e attività economiche la pronuncia Cons. Stato, Sez. IV, 06/03/2023, n. 2279 relativa alla realizzazione di un impianto da sci. In essa ha prevalso, all'esito di un complesso bilanciamento, l'esigenza di svolgere l'attività produttiva.

delle attività produttive alla tutela dell'ambiente<sup>75</sup>; ma ciò non è valso né a superare l'ottica del bilanciamento, e dunque della limitazione reciproca degli interessi per il raggiungimento di un punto di equilibrio, né, tantomeno, a intendere l'ambiente come valore sovraordinato a cui preordinare le scelte economiche.

La riforma Costituzionale dell'art. 41 ha però spinto alcuni Autori a parlare di «una transizione dal modello teorico dello Stato del benessere a quello dallo Stato circolare»<sup>76</sup>, o in altri termini una transizione alla «*blue economy*»<sup>77</sup>, nella misura in cui «esplicita l'interesse ambientale tra i fini verso cui può essere indirizzata (e per cui può essere coordinata) l'attività economica»<sup>78</sup>. L'accostamento compiuto dal Collegio potrebbe dischiudere una nuova linea ricostruttiva. Detto in altri termini, l'«assiologia compositiva», a cui i giudici fanno riferimento, determina il superamento dell'approccio olistico e apre le porte a una «primazia ecologica»?

Il Collegio non si premura di spiegare in che modo la composizione tra interessi debba essere realizzata ed è semmai, dall'intero impianto della sentenza, che emerge una possibile chiave di lettura di un eventuale cambiamento di prospettiva.

In primo luogo, il Consiglio di Stato censura l'illegittimità degli atti in questione richiamando l'indirizzo di matrice europea (Direttiva n. 2001/77) da cui è discesa la normativa italiana in materia di promozione di energia da fonti rinnovabili (d.lgs. 387/2003)<sup>79</sup>. Non è una novità che la giurisprudenza amministrativa, in linea con la Corte costituzionale, faccia utilizzo del principio di massima diffusione di parchi eolici e

<sup>75</sup> Corte Cost., 267/2016 ha dichiarato illegittima una norma di una legge regionale che, prevedendo termini e scadenze, ha ostacolato la libertà d'iniziativa economica «funzionalizzata alla cura interessi ambientali».

<sup>76</sup> M. CECCHETTI, *La disciplina*, cit., p. 815.

<sup>77</sup> F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica*, cit., p. 796; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2021, p. 5 ss.

<sup>78</sup> A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 425.

<sup>79</sup> C. FELZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione della rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, pp. 859-861. A tal proposito si richiama il n. 2/2022 in *IdF* «Il PNRR come motore di cambiamento dell'amministrazione».

fotovoltaici<sup>80</sup>, ma la pronuncia in esame assume un approccio peculiare, da cui emerge il progressivo rafforzamento del legame tra energia rinnovabile e ambiente. Infatti, mentre in passato era più marcato il contrasto tra questi due termini, il Consiglio di Stato fonda ora il giudizio di sproporzione e di irragionevolezza della decisione sottolineando l'esigenza di procedere a una trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile, in base all'«interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica».

Tale orientamento è coerente con la linea di sviluppo avviata nel 2019 dalla Commissione Europea con il *Green Deal*, dove l'idea di fondo mira a preordinare ciascuna strategia agli ambiziosi obiettivi di *carbon neutrality* e di una crescita economica dissociata dall'uso delle risorse<sup>81</sup>. Esso è altresì conforme al disegno complessivo del PNRR, all'interno del quale il programma teso all'efficienza energetica diviene una componente della seconda missione, specificatamente dedicata alla «Rivoluzione verde e transizione ecologica». Ma soprattutto, appare in linea con «il modello di sviluppo economico»<sup>82</sup> intravedibile nel riformato terzo comma dell'art. 41<sup>83</sup>. Nel corso del giudizio, la volontà di realizzare le pale eoliche è stata presa in esame avendo maggiore riguardo all'interesse ambientale, piuttosto che in termini di esclusiva espressione dell'iniziativa produttiva, iniziativa che quindi non può dirsi pienamente libera, bensì libera a condizione di essere funzionale alla transizione ecologica.

A fronte dell'opposizione, prospettata nel caso di specie, tra ambiente e patrimonio culturale – entrambi interessi che hanno acquisito una

<sup>80</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12.04.2021, n. 7550; Cons. Stato, Sez. VI, 05.05.2016, n. 1768; Cons. Stato, Sez. V, 10.09.2012, n. 4768. Nella giurisprudenza Costituzionale v., per tutte, Corte Cost., 221/2022.

<sup>81</sup> V. nota n. 12.

<sup>82</sup> M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale*, cit., p. 815. Altri Autori rilevano la scarsa utilità di un intervento sull'art. 41 Cost., «visto che il bilanciamento in tema di diritti di iniziativa economica era già un metodo acquisito in sede legislativa e giudiziale»; così M. FERRARA, *La forma dell'ambiente*, cit., p. 871.

<sup>83</sup> Come rileva F. FRACCHIA, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2021, p. 27 «nella modifica all'art. 41 risuona l'eco di una “funzionalizzazione” dell'attività economica privata in vista della tutela dell'ambiente, costituzionalizzando i principi già statuiti dal d.lgs. 152/2006». Al contrario, i profili di novità non si riscontrerebbero nell'art. 41 c. 2, dal momento che, già prima della riforma, la Corte Cost. ha configurato l'ambiente quale limite di “utilità sociale” a cui è sottoponibile la libertà di iniziativa economica (v. Corte Cost. 270/2010; Corte Cost., 151/2021; Corte cost., 82/2021).



propria autonomia – il rapporto tra ambiente e iniziativa economica si pone invece in termini di “dialogo” e non necessariamente di conflitto<sup>84</sup>. Ne derivano due conseguenze. Anzitutto, il fatto che l’ambiente e il paesaggio non vengano più intesi come manifestazioni alternative e non contraddittorie di un unico oggetto concettuale amplia gli spazi per la massima diffusione dell’energia rinnovabile (diversamente, l’interesse a installare fonti energetiche rinnovabili sarebbe significativamente ridimensionato dall’esigenza di conservare il territorio *latu senso* concepito<sup>85</sup>). In secondo luogo, tale diffusione si può realizzare solo a condizione di essere strettamente necessaria alla transizione ecologica (mettendo così il territorio al riparo da iniziative economiche non coerenti con tale finalità). Tuttavia, nonostante l’esito nel caso di specie sia stato quello di fornire una tutela più forte all’ambiente, il Consiglio di Stato non si distacca dal concetto di sviluppo sostenibile, che invero viene richiamato immediatamente prima di riferirsi al superamento dell’esigenza di un bilanciamento tra interessi. Qui si riscontra l’ultimo profilo di ambiguità della sentenza, oltre che di prudenza dei giudici: il principio di sviluppo sostenibile implica e necessita una permanente ricerca di equilibrio tra consumo delle risorse e crescita economica, nel tentativo di conciliare in maniera armonica la sostenibilità ambientale con l’interesse economico. Tale principio si fonda proprio sul bilanciamento da cui il Collegio afferma di voler tagliare i legami, poiché poggia sull’idea di perseguire in modo olistico obiettivi difficilmente conciliabili. Ciò preclude alla sostenibilità ambientale di assurgere a effettivo «elemento di strutturale condizionamento del modello economico e sociale»<sup>86</sup>, stridendo così con il cambio di prospettiva dell’art. 41 c. 3.

<sup>84</sup> Si dischiude la possibilità di riscontrare una «compatibilità dei meccanismi di mercato con interessi pubblici che trascendono largamente l’efficienza del sistema economico: quello alla sostenibilità ambientale [...]» come affermato da E. BRUTI LIBERATI, *Decarbonizzazione, costituzione economica e governance*, in *Dir. pubb.*, 2, 2021, pp. 415-442.

<sup>85</sup> Questa concezione ampia di territorio si scorge nella sent. Corte Cost., 221/2022, in cui è affermato che il principio di massima diffusione è «volto a bilanciare l’esigenza di potenziare le fonti rinnovabili con quella di tutelare il territorio nella dimensione paesaggistica, storico-culturale e della biodiversità».

<sup>86</sup> Come rivela A. MOLITERNI, *Transizione ecologica*, cit., p. 399 lo sviluppo sostenibile impedisce di giungere all’esito menzionato.

Per adesso, dunque, la frase in commento, essendo affiancata al principio di sviluppo sostenibile, non consente di concretizzare in modo pieno la transizione auspicata con la riforma dell'art. 41 c. 3, che presupporrebbe la preservazione dell'ambiente come fine primario e ultimo. Questo passaggio della pronuncia si limita semmai, da un lato, ad attuare il principio di derivazione europea di massimo sviluppo di impianti di energia rinnovabile e, dall'altro, ad avere una valenza simbolica che potrebbe condizionare l'evoluzione giurisprudenziale futura.

### *7. La necessità di un “adeguato equilibrio” tra conservazione dei beni culturali e tutela dell'ambiente*

Come emerge dall'analisi fin qui condotta, la motivazione della sentenza esaminata riecheggia il peso acquisito dall'ambiente nel corso degli ultimi anni sul piano politico e giuridico. Ciò è percepibile nel momento in cui la libertà economica viene concepita in termini strumentali rispetto alla transizione ecologica, all'insegna di una «nuova assiologica compositiva» tra ambiente e attività produttive: è qui che si riflette l'evoluzione normativa più recente volta a promuovere, sempre più intensamente, la diffusione dell'energia rinnovabile. La connotazione “ambientalista” della sentenza si scorge in modo più lieve, invece, nella contrapposizione tra beni culturali e istanze ambientali, i giudici, infatti, pur ribadendo il principio di integrazione sì da escludere una tutela “assoluta” dell'uno e dell'altro valore, precisano che, in virtù di quello stesso principio, da leggersi come finalizzato allo sviluppo sostenibile, l'amministrazione preposta alla salvaguardia del patrimonio culturale deve raggiungere un «adeguato equilibrio» tra interessi, garantendo anche la conservazione dell'ambiente. La tutela ambientale non ha carattere necessariamente prevalente (non siamo cioè di fronte a una “primazia ecologica”), tuttavia rappresenta un limite per le scelte dell'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali. Non sembra, cioè, che l'ambiente assuma le vesti di un interesse preminente rispetto a interessi pubblici ad esso antagonisti. Di conseguenza, la discrezionalità decisionale è compressa solo in parte, ovvero nella misura in cui l'amministrazione competente non può ignorare o sacrificare automaticamente l'ambiente in nome del patrimonio culturale<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> Chiedersi se la sostenibilità ambientale sia configurata come un interesse prioritario e preminente rispetto ad altri interessi pubblici è una domanda «ineludibile», alla quale, «allo stato non

Poiché oggi sia l'interesse culturale che quello ambientale hanno un esplicito rango costituzionale, le esigenze di salvaguardia di entrambi potranno limitarsi reciprocamente, in base al principio di sviluppo sostenibile, senza però dar luogo a un giudizio di soccombenza totale di un interesse a favore dell'altro. Ciò, da un lato, pone le basi per tagliare ogni legame con l'approccio monoculare della Soprintendenza e delle altre diramazioni del Ministero della Cultura, che non possono più giustificare una decisione improntata unicamente sull'esclusiva conservazione del patrimonio culturale o del paesaggio facendo riferimento al loro valore primario o assoluto<sup>88</sup>; dall'altro lato, sottopone tali amministrazioni a una sfida complessa, poiché le chiama a concretizzare il concetto indefinito di «adeguato equilibrio».

Da ultimo, si vince l'importanza acquisita dall'ambiente anche dall'intensità del sindacato sui provvedimenti impugnati: mentre il Consiglio di Stato arretra dinanzi alla valutazione tecnica del bene come di interesse culturale, avanza dinanzi alla decisione riguardante il vincolo di conservazione dell'ambiente<sup>89</sup>, giungendo a valutare la congruità del bilanciamento compiuto dall'amministrazione. Attraverso il parametro della proporzionalità, il giudice indica la via da percorrere per individuare un equilibrato assetto tra gli interessi in gioco. L'approccio olistico, assente in sede procedimentale, vuoi per la tradizionale visione settoriale della Soprintendenza, vuoi per motivi di ordine pratico, è recuperato in sede giudiziale, dove il Consiglio di Stato, sulla base della più recente evoluzione ordinamentale, individua il punto di equilibrato incontro tra i diversi interessi pubblici.

sembra possibile dare una risposta definitiva». Si v. a tal proposito E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, p. 435.

<sup>88</sup> L. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, *op. cit.*, pp. 1119-1120 con riferimento alla funzione tradizionale del Ministero della cultura.

<sup>89</sup> Sul punto v. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritto delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 0, 2010, pp. 13-42 e G. A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, *cit.*, pp. 143-161.

Energy Transition, Environment, and Cultural Heritage Protection: A Recent Ruling of the Council of State

*Beatrice Baldini*

Abstract: Il presente contributo approfondisce una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di sviluppo di fonti di energia rinnovabile e di tutela del patrimonio culturale. L'analisi mira a comprendere come si rapportano i diversi interessi coinvolti in simili decisioni alla luce del peso acquisito dalle istanze ambientaliste nel corso degli ultimi anni. In via preliminare, ci si sofferma sul sindacato giudiziale dei provvedimenti impugnati, distinguendo tra valutazioni tecniche e decisioni discrezionali, per passare poi all'esame del parametro utilizzato dal giudice amministrativo per censurare l'illegittimità degli atti. Nel percorso seguito dai giudici, un ruolo centrale è rivestito dai principi di sviluppo sostenibile e di integrazione che, applicati congiuntamente al parametro della proporzionalità, conducono all'individuazione di un punto di equilibrio tra interessi contrapposti funzionale alla transizione energetica.

Abstract: This contribution explores a recent Council of State ruling on developing renewable energy sources and protecting cultural heritage. The analysis aims to understand how the different interests involved in such decisions relate in light of the weight acquired by environmentalist demands in recent years. As a preliminary point, we focus on the judicial review of the contested measures, distinguishing between technical assessments and discretionary decisions, and then examine the parameter used by the administrative judge to censure the illegitimacy of the acts. In the path followed by the judges, a central role is played by the principles of sustainable development and integration, which, applied in conjunction with the parameter of proportionality, make it possible to identify a point of balance between opposing interests functional to the energy transition.

Parole chiave: Energia rinnovabile, patrimonio culturale, ambiente, riforma Costituzionale, giurisprudenza

Keywords: Renewable energy, Cultural heritage, Environment, Constitutional reform, Jurisprudence



---

## — Criteri editoriali —

---

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

*Criteri di revisione.* Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

*Saggi e articoli.* La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

*Note e commenti.* In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

*Osservatorio regionale.* La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

*Letture e segnalazioni.* In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.









## EDITORIALE

La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione  
*Elena D'Orlando, Giorgio Orsoni*

## SAGGI E ARTICOLI

Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione  
e le conseguenze legate all'uso delle ICT  
*Diana-Urania Galetta*

La differenziazione attesa, la differenziazione praticata:  
spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica  
*Enrico Carloni*

Digitalizzazione, autocertificazione e diritto dell'Unione europea  
*Jacques Ziller*

La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica  
amministrazione  
*Gherardo Carullo*

La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e *data analysis*  
*Gabriella M. Racca*

La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione  
della pubblica amministrazione  
*Jean-Bernard Auby*

## NOTE E COMMENTI

Il giudice, la faggeta e la tutela delle foreste vetuste  
*Edoardo Chiti, Gianluca Piovesan*

Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale:  
un recente orientamento del Consiglio di Stato  
*Beatrice Baldini*