

Rivista Giuridica Europea

European Law Journal

MARÍA PÉREZ-UGENA

Transparency and Bias Control in the Judicial Application of Artificial Intelligent. The Case of Spain.

MICAELA LOTTINI

Guardie zoofile nella giurisprudenza: una recente sentenza del giudice amministrativo (nota a sentenza TAR Lazio (Roma), Sez. I, 20 giugno 2023 n. 10428)

MARINA ROMANO

Strumenti di difesa nel settore turistico contro la diffusione di false informazioni in rete

MARIA TERESA CAROTENUTO

Algoritmi informatici e amministrazioni pubbliche: ulteriori chiarimenti dal giudice amministrativo

MATTEO TARASCHI

Come finanziare il non profit: l'applicabilità delle tecniche di project financing agli enti del Terzo settore

SERENA CANCELLIERI

Active ageing and health protection: new healthcare scenarios

SEYED MILAD MAHMOOD KASHANI

Prospects for Big Data in the Shadow of Antitrust and Competition Laws

RIVISTA GIURIDICA EUROPEA

DIRETTORE RESPONSABILE *Marina Valensise*

DIRETTORE SCIENTIFICO *Lucia Picardi*

CONDIRETTORE SCIENTIFICO *Maria Camilla Spena*

COMITATO SCIENTIFICO
E DI VALUTAZIONE
(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)

Filippo Annunziata
(Prof. associato di Diritto dell'Economia Università
degli Studi di Milano Bocconi)

Marco Calabrò
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università
degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

Barbara Cortese
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Uni-
versità degli Studi Roma Tre)

Ruggiero Dipace
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Univer-
sità del Molise)

Delia Ferri
(Professor of Law Maynooth University Depart-
ment of Law)

Roberto Leonardi
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Univer-
sità degli Studi di Brescia)

Paola Lombardi
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università
degli Studi di Brescia)

Micaela Lottini
(Prof. associato di Diritto amministrativo Università
degli Studi Roma Tre)

Giuseppina Mari
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Univer-
sità degli Studi di Napoli Federico II)

Francesco Marone
(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università
degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

Enrico Minervini
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli
Studi di Napoli Federico II)

Lucia Picardi
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università
degli Studi di Napoli Federico II)

Maria Alessandra Sandulli
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Univer-
sità degli Studi Roma Tre)

Renata Spagnuolo Vigorita
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università
degli Studi di Napoli Federico II)

DOCENTI STRANIERI

Cristina Fraenkel-Haeberle

Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

Fernando Garcia Rubio

Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad Rey Juan Carlos

Maria Teresa Carballeira Rivera

Profesora titular de Derecho Administrativo Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)

Jan Lieder

Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg

Ana Munoz Perez

Profesora titular de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos

Francine Macorig-Venier

Professeur Droit Privé et Sciences criminelles Université Toulouse 1 Capitole

SEGRETERIA DEL COMITATO
SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

COMITATO EDITORIALE

Flaminia Aperio Bella

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Alessandro Di Martino

(Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Lorenzo Mariconda

(Assegnista di ricerca di diritto commerciale, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Benedetto Marsili

(Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Nicola Posteraro

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano)

Martina Sinisi

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sabrina Tranquilli

(Ricercatore di Diritto amministrativo Università degli Studi Napoli Parthenope)

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

EDITORE

Edicampus Edizioni

INDICE

Transparency and Bias Control in the Judicial Application of Artificial Intelligent. The Case of Spain 7

María Pérez-Ugena

Abstract 7

1. Introduction

2. Transparency and explainability of artificial intelligence..... 10

3. Bias and Discrimination in AI 15

4. Artificial intelligence in law and enforcement decisions based on automated data processing and their application to the Spanish judicial system. 22

5. Autonomy, Responsibility and AI Personality..... 31

6. Conclusions 34

Guardie zoofile nella giurisprudenza: una recente sentenza del giudice amministrativo (nota a sentenza TAR Lazio (Roma), Sez. I, 20 giugno 2023 n. 10428) 35

Micaela Lottini

Abstract 35

1. Premessa..... 37

2. Guardie zoofile e limitazione territoriale 37

3. Le guardie zoofile e la relativa normativa..... 39

4. Conclusioni 47

Strumenti di difesa nel settore turistico contro la diffusione di false informazioni in rete..... 51

Marina Romano

Abstract 51

1. Internet ed il ruolo delle informazioni nel mercato turistico.... 53

2. La posizione delle grandi piattaforme di intermediazione nella gestione delle informazioni 55

3. Le recensioni degli utenti in rete e la questione della “reputazione digitale”.....59

4. La recente normativa a tutela degli attori del mercato turistico nei confronti della diffusione di informazioni false.....60

Algoritmi informatici e amministrazioni pubbliche: ulteriori chiarimenti dal giudice amministrativo 63

Maria Teresa Carotenuto

Abstract	63
1. Premessa.....	65
2. La sentenza n. 7003/2022 del T.A.R. Campania.....	66
3. I principi conati dalla giurisprudenza	69
3.1 Il principio di trasparenza.....	71
4. Il nodo della discrezionalità quale area di ricorso all'automazione .	81
5. Conclusioni.....	84

Come finanziare il *non profit*: l'applicabilità delle tecniche di *project financing* agli enti del terzo settore

Financing the Non-Profit Sector: the applicability of project financing techniques to third sector organizations..... 89

Matteo Taraschi

Abstract	89
1. Gli enti del terzo settore e le caratteristiche della loro attività..	91
2. ETS e finanziamenti: il complicato rapporto con il sistema bancario	93
3. L'applicabilità delle tecniche di project financing agli ETS.....	100
4. Le esperienze comunicate al mercato: le particolarità del project financing applicato al Terzo settore	105

Active ageing and health protection: new healthcare scenarios 111

Serena Cancellieri

Abstract	111
1. Introduction.....	113
2. Human enhancement and dementia	115
3. Legal nature of cognitive enhancement.....	115
4. Analysis of the concept of capacity in Law 219 of 2017 and supranational sources	116
5. Arguments.....	117
6. Conclusions.....	119

Prospects for Big Data in the Shadow of Antitrust and Competition Laws..... 121

Seyed Milad Mahmood Kashani

Abstract	121
1. Introduction.....	123
2. Benefits of Big Data for Market Competition.....	126
3. Challenges Posed by Big Data Concentration.....	128
4. Antitrust Implications of Big Data: Exploring Future Prospects and Policy Directions.....	133
5. Conclusion	137

Transparency and Bias Control in the Judicial Application of Artificial Intelligent. The Case of Spain.

MARÍA PÉREZ-UGENA

(Associate Professor of Constitutional Law – Rey Juan Carlos University¹)

Abstract

Lo studio è volto ad indagare il crescente interesse in merito all’impatto che le decisioni cd. automatizzate potrebbero avere sui diritti individuali e sull’equità. Nello specifico, ci si soffermerà sulle pronunce rese, mediante sistemi di intelligenza artificiale, da organi giudiziari, evidenziando la rilevanza, in tal senso, del diritto alla trasparenza e di quello alla «spiegabilità», che garantiscono la possibilità per gli utenti di comprendere il processo decisionale ed, eventualmente, di contestarne gli esiti. L’analisi che ci si propone di svolgere con riguardo agli algoritmi utilizzati nel settore d’interesse tenderà all’identificazione dei potenziali pregiudizi e ad eliderne l’influenza sulla decisione finale, sottolineando le loro intrinseche criticità soprattutto rispetto all’ingiustizia della medesima. Inoltre, si proverà ad esaminare con attenzione le iniziative dell’Amministrazione spagnola sul punto, focalizzandosi sui limiti etici e legali necessari per salvaguardare i diritti individuali e preservare una giustizia equa.

This study explores the emerging concern about the impact of automated decisions on individual rights and judicial equity. Specifically, it focuses on decisions made by judicial entities and artificial intelligence systems, highlighting the importance of rights to transparency and explainability. These rights ensure that people understand the decision-making process and could challenge or restrict such decisions. A critical analysis of algorithms is carried out to identify and mitigate potential biases, emphasizing the inherent dangers that could lead to unfair resolutions. In addition, current initiatives in the administration of justice in Spain are examined, emphasizing the ethical and legal limits necessary to safeguard individual rights and preserve equitable justice.

¹Work carried out within the research project: The freedom of expression of the judge in the framework of respect for the principles of judicial ethics in Spain pid2021-127122nb-i00.

Summary: 1. Introduction 2. Transparency and explainability of artificial intelligence 3. Bias and Discrimination in AI 4. Artificial intelligence in law and enforcement decisions based on automated data processing and their application to the Spanish judicial system 5. Autonomy, Responsibility and AI Personality 6. Conclusions

1. Introduction

The purpose of this work is the study of transparency and explainability, on the one hand, and bias and its forms of control, on the other, as determining elements for artificial intelligence to have a certain impact in the legal world, especially in the actions of the Judicial Power.

For these purposes, the concepts of transparency, explainability, bias, and control of artificial intelligence (AI) will be defined, along with their implications. It is argued why these elements are important to ensure trust, responsibility and control of AI in the judicial sphere, and what risks they pose. The understanding of bias and control of AI is also presented, emphasizing their importance in ensuring fairness, impartiality, and legal security of AI in the judicial domain.

The main cases and examples of AI application in the legal world, both nationally and internationally, will be analyzed, assessing their degree of transparency, explainability, bias, and control. Additionally, the functioning of these systems is described, and measures that have been or should be adopted to ensure their transparency, explainability, bias mitigation, and control are discussed.

Finally, the current Spanish regulation is examined, and some recommendations and best practices are proposed to achieve transparent, explainable, unbiased, and controlled AI in the legal realm, from both technical and ethical-legal perspectives.

To address this question, a literature review of the main academic, legal and technical sources on the topic is carried out. The benefits and challenges of applying AI in the judicial field are analyzed, as well as the ethical and legal principles that should govern its use. It is concluded that AI can have a complementary and not substitutive role in judicial decisions, as long as certain conditions are met and mechanisms of control and accountability are established.

2. Transparency and explainability of artificial intelligence

AI systems must be transparent and explainable. This means that it should be possible to understand and communicate how they work, what data and algorithms they use, how they make decisions, and what consequences they have. These aspects are fundamental to ensure respect for fundamental rights in the use of AI, and they are rights in themselves. Transparency and explainability should not only be a concern after implementing AI systems but should be integrated from their design and development². This involves adopting a holistic and multidisciplinary perspective that engages all AI stakeholders, from developers and providers to regulators and users. It also involves applying criteria and standards of quality, verification, and validation to ensure the reliability and auditability of AI systems³.

The General Data Protection Regulation (GDPR) contains a significant set of rules on algorithmic accountability, imposing transparency, processes, and supervision in the use of AI. The GDPR is an undeniable cornerstone in the direction of the new privacy era, setting a minimum standard for rights related to transparency and explainability. These rights apply to decision-making through complex algorithms or AI⁴.

The lack of transparency in AI results may be due to the complexity, opacity, or uncertainty of the algorithms, data, or models that the machine uses to perform a task. Transparency is an objective concept that can vary in content depending on the intended purpose. In the context of AI, it is considered both an obligation for various subjects and a subjective right with multiple contents. Furthermore, it is configured as attributions of subjects overseeing AI systems. Given its instrumental nature, transparency is not a static concept, and its content evolves according to the purpose and context in which it is applied.

² W. ARELLANO TOLEDO, *El derecho a la transparencia algorítmica en big data e inteligencia artificial*, in *RGDA Instel*, no. 50, February 2019, available at: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1.

³ R. GUIDOTTI, A. MONREALE, S. RUGGIERI, F. TURINI, F. GIANNOTTI, D. PEDRESCHI, *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM Computing Surveys*, 2018, vol. 51 (5), 93; L. COTINO HUESO, J. CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*, Valencia, 2022.

⁴ G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *Biolaw journal*, 2021, 1, 381- 403.

Transparency and explainability are essential to guarantee the right to effective judicial protection, enshrined in Article 24 of the Spanish Constitution⁵. This right not only implies that individuals have the right to access justice, obtain a resolution based on the law, be heard, and defend their legitimate interests but also the right of data subjects not to be subjected to a decision “based solely on automated processing”. Article 22 of the GDPR could mean both a right to object to such decisions and a general prohibition on decision-making based solely on algorithms. However, this article applies only when the decision is based “solely” on algorithmic decision-making and applies only when the decision produces “legal effects” or “significantly affects” the individual. Additionally, Article 22 establishes the right of the data subject to human participation in algorithmic decision-making, implying that there must be a person who can listen to and address the objections of the data subject and modify the initial automated decision if it was unfair, biased, or incorrect⁶. This right ensures that no person is subjected to important or significant decisions that affect their rights and daily life when these decisions are based solely on automated processes, through algorithms or computer systems, without direct human intervention⁷. It should, therefore, refer to situations where automated decisions can result in the denial of a right or the loss of a specific opportunity. For example, if an algorithm decides that a person is not eligible for a loan, this automatic decision can deprive that person of the right to access that credit. Even when automated decisions do not have direct legal consequences, they can have a significant impact on a person’s life.

The GDPR includes a series of scenarios in which this prohibition does not apply, which are as follows:

First, necessary for the conclusion or performance of a contract between the data subject and a data controller: It must be demonstrated that the processing is necessary for the execution of a contract, and this necessity must be interpreted strictly. This could occur in cases where developers hire individuals to use their personal data during the system training process. Similarly, the data processing

⁵ Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, adopted on November 23, 2021, by UNESCO.

⁶ *Ibidem*.

⁷ A. PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Madrid, 2022.

controller, providing a service to third parties, could use the data of these parties in the context of the service contract they offer⁸. Second, authorized by Union or Member State law applicable to the data controller and providing appropriate measures to safeguard the rights and freedoms and legitimate interests of the data subject: It is crucial to note that the last two legal bases must be established through EU or Member State law, determining the legal basis for processing. In other words, a data controller cannot claim reasons, such as public interest, unless established in an appropriate-level norm. These exceptions may include situations where automated processing is necessary to prevent fraud, tax evasion, maintain the security and reliability of services.

Third, based on the explicit consent of the data subject⁹: the consent of data subjects, which is any freely given, specific, informed, and unambiguous indication of the data subject's wishes, by which they accept, whether by a statement or a clear affirmative action, indicating the acceptance of the processing of personal data concerning oneself. Explicit consent is an exception to the prohibition of automated decisions and profiling, as established in Article 22, paragraph 1. It is important to remember that consent is not always an adequate basis for data processing. In all cases, individuals must receive sufficient information about the intended use and potential consequences of processing so that the consent they provide is an informed choice.

In any case, appropriate measures must be taken to safeguard the rights, freedoms, and legitimate interests of the data subject, including at least the right to obtain human intervention from the con-

⁸ See: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. AI Actors should commit to transparency and responsible disclosure regarding AI systems. To this end, they should provide meaningful information, appropriate to the context, and consistent with the state of art: to foster a general understanding of AI systems; to make stakeholders aware of their interactions with AI systems, including in the workplace; to enable those affected by an AI system to understand the outcome; and to enable those adversely affected by an AI system to challenge its outcome based on plain and easy-to-understand information on the factors, and the logic that served as the basis for the prediction, recommendation or decision.

⁹ EU Charter of Fundamental Rights enshrines the protection of personal data as a fundamental right under Article 8, distinct from the respect for private and family life as outlined in Article 7. Article 8 establishes the requirement for a lawful basis for processing. Specifically, it stipulates that personal data must be processed "on the basis of the consent of the data subject or some other legitimate basis laid down by law".

troller, to express their point of view, and to contest the decision. Additional protection is provided for special categories of data.

A right derived from the necessary transparency and explainability of AI systems is also recognized, the right to be fully informed when a decision is based on AI algorithms or made with their participation, especially when it affects their security or human rights. Articles 13 and 14 of the GDPR recognize this right in relation to “the existence of automated decision-making”. It must include all information that allows traceability, meaning that the data subject can reconstruct the decision that affects them. To achieve this, it is necessary to inform them about the characteristics and specific logic of the algorithms used, without trade secrets being a pretext to deny any information to the data subject or the judge¹⁰.

From the lack of transparency, significant issues arise regarding trust, verification, and questioning of decisions made by AI systems. Trust implies that people have a reasonable expectation that AI systems¹¹ will act consistently, predictably, and beneficially for them and for society. Verification implies that people can check and validate that AI systems meet established requirements and standards. Questioning implies that people can object and oppose decisions made by AI systems, especially when they consider them unfair, incorrect, or harmful¹².

Obvious problems can arise, for example, with judicial prediction systems that use AI to analyze data from previous legal cases and estimate the probability that a judge or court will issue a particular judgment or resolution. These systems can be useful in guiding lawyers, judges, and parties in the judicial process but can also pose risks of bias, lack of transparency, and violation of professional secrecy and judicial independence¹³.

Similarly, facial recognition systems, understood as AI systems that identify or verify a person’s identity from an image or video of their face, can be useful for crime prevention and investigation but can also

¹⁰ M. E. KAMINSKI, *The right to explanation, explained*, in *Berkeley technology law journal*, 2019, vol. 34 (1), 189-218.

¹¹ K. MCGRATH, *Accuracy and Explainability in Artificial Intelligence: Unpacking the Terms*, Forty-Second International Conference on Information Systems, Austin, 2021, available at <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/26392/4/FullText.pdf>.

¹² See Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, adopted on November 23, 2021, by UNESCO.

¹³ C. POIRSON, *The Legal Regulation of Facial Recognition*, in K. MILLER, K. WENDT (edited by), *The Fourth Industrial Revolution and Its Impact on Ethics*, Cham, 2021, 283-302.

pose risks of invasion of privacy, discrimination, and abuse of power¹⁴. Moreover, legal assistance algorithms, which provide information, guidance, or legal advice to individuals needing to address a legal issue, can be useful in facilitating access to justice but may also pose risks of lack of quality, responsibility, and protection of personal data. Transparency and explainability in artificial intelligence (AI) systems should not be understood as absolute and uniform concepts but rather as concepts that must adapt to the context and purpose of each AI system. Not all AI systems require the same level of transparency and explainability, and not all users need the same amount and quality of information. Therefore, a balance must be struck between transparency and explainability and other legitimate values and interests. In particular, trade secrets may limit access to the source code of algorithms. The goal is to achieve balanced measures that respect both the privacy of individuals and the innovation of companies.

Although the Regulation has established a framework of rights around the use of automated decisions, it is not as prescriptive as it should be and leaves many issues open to interpretation. In fact, its text resembles more a Directive than a Regulation¹⁵.

Finally, notable differences exist between European and American systems regarding this issue. It is noteworthy how the EU's choice is grounded in democracy and connects with citizens' right to know and control public power by giving greater weight to the right to algorithmic explanation. In contrast, in U.S. law, the lack of regulation has led to the protection of trade secrets prevailing over the right to knowledge, favoring private companies¹⁶.

¹⁴ T. MADIEGA, H. MILDEBRATH, *Regulating facial recognition in the EU*, 2021, available at https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA%282021%29698021_EN.pdf

¹⁵ See <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. AI Actors should commit to transparency and responsible disclosure regarding AI systems. To this end, they should provide meaningful information, appropriate to the context, and consistent with the state of art: to foster a general understanding of AI systems; To make stakeholders aware of their interactions with AI systems, including in the workplace; To enable those affected by an AI system to understand the outcome, and; To enable those adversely affected by an AI system to challenge its outcome based on plain and easy-to-understand information on the factors, and the logic that served as the basis for the prediction, recommendation or decision.

¹⁶ G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, cit., 381-403.

3. Bias and Discrimination in AI

The use of algorithms in various fields of society poses important ethical and legal challenges, among which the problem of algorithmic biases stands out. Algorithmic biases are systematic distortions that affect the representation, processing or output of data, and that can generate unfair, inaccurate or discriminatory results. Algorithmic biases can enhance existing or historical biases, which stem from discriminatory attitudes, but are not evident in the applications. They can also create new biases, which arise from the limitations or decisions of the developers, providers or users of the algorithms¹⁷.

The control of biases in AI applied to the judicial system refers to the prevention, detection, and correction of potential unfair, discriminatory, or harmful effects that AI systems may have on the rights and guarantees of individuals involved or affected by judicial processes, such as defendants, victims, witnesses, jurors, etc. Bias control is an ethical and legal requirement aimed at ensuring the fairness, impartiality, and legal certainty of AI in the judicial context. The introduction of potential discrimination in a system can be due to various factors, such as ethnicity, economic status, gender, age, demography, religion or others. These factors can negatively affect minorities or groups underrepresented in the data that are used as reference in computational learning. Data are the key element for the functioning of algorithms, as they determine the quality, accuracy and relevance of the results. However, data are not neutral or objective, but rather reflect the characteristics, values and interests of those who select, collect, label, analyze or interpret them.

This issue is especially worrisome because algorithms, unlike humans, do not have the ability to consciously counteract the biases that they may have incorporated, either consciously or unconsciously, by their developers. Algorithms can act in an opaque, complex or unpredictable way, hindering the understanding, explanation and justification of their results. This can affect the transparency, accountability and trust of algorithmic systems, as well as the rights

¹⁷ See L.H. NAZER , R. ZATARAH, S. WALDRIP, J.X.C. KE, M. MOUKHEIBER, A.K. KHANNA, R.S. HICKLEN, L. MOUKHEIBER, D. MOUKHEIBER, H. MA, P. MATHUR, *Bias in artificial intelligence algorithms and recommendations for mitigation*, 2023, available at <https://doi.org/10.1371/journal.pdig.0000278>.

and freedoms of the people who use them or are affected by them¹⁸. Bias implies a clear risk of discrimination, referring to purely formal equality versus discrimination on grounds of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance. Situations of direct discrimination can occur, when the rule or decision treats differently and unfavorably a person or certain groups or collectives for any of these reasons. For example, direct discrimination on grounds of sex occurs when it is based on sex or on some characteristic related to it¹⁹.

Situations of indirect discrimination can also occur, when the action or rule, without having a discriminatory appearance, produces disproportionately unequal effects for one of the groups²⁰. For example, indirect discrimination on grounds of sex occurs when a criterion that seems neutral is applied, but that affects women more negatively than men²¹.

A bias represents an inappropriate deviation in the inference process. Biases are especially problematic when they lead to discrimination in favor of one group to the detriment of another. This phenomenon is not exclusive to artificial intelligence systems, but is inherent to any decision-making process, whether executed by human beings or automatically²².

¹⁸ N. MEHRABI, F. MORSTATTER, N. SAXENA, K. LERMAN, A. GALSTYAN, *A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning*, 2019, available at <https://doi.org/10.48550/arXiv.1908.09635>.

¹⁹ According to Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council, direct discrimination is defined as “situation in which a person is, has been, or could be treated less favorably than in a comparable situation on the grounds of sex”.

²⁰ The case mentioned in Judgment Spanish Constitutional Court n. 145/1991 is illustrative, referring to the situation of female cleaners in a public hospital who were receiving a lower salary than male laborers. The doctrine established by the Constitutional Court from this Judgment prohibits the unequal valuation of equivalent jobs when this differential treatment is based on the gender of the workers. This implies that, considering that the majority of women occupy the position of cleaners and the majority of men occupy the position of laborers in this specific case, providing a lower salary to cleaners is, in fact, prejudicing women. Even when the harm occurs indirectly. In such cases, the Constitutional Court has understood that the difference becomes suspect unless it is justified that it is not based on gender but on the characteristics of the work. Hence, equal pay is not only required for the same job but also for a different job of equal value (in Judgments nn. 198/1996; 240/1999).

²¹ R. SERRA CRISTOBAL, *La discriminación indirecta por razón de sexo*, in M.J. RIDAURA MARTINEZ, M.J. AZNAR GOMEZ (coord. by), *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, 365-398.

²² E. FERRARA, *Fairness and bias in artificial intelligence: A brief survey of sources, impacts, and*

Algorithmic biases can be of different types, depending on the origin, level or effect of the distortion. For example, one can distinguish between input, process or output biases, depending on whether they affect the data, the algorithms or the results.

These types of biases are related to the stages of the life cycle of an artificial intelligence system, from the collection and selection of data to the design and evaluation of algorithms, through the training and validation of models, and finally the implementation and use of the results.

Each of these stages can introduce errors or deviations that affect the quality, accuracy, fairness and transparency of the system. In addition, one can distinguish between technical, cognitive or social biases, depending on whether they come from the limitations or decisions of the developers, the users or the contexts of application. Technical biases refer to the problems derived from the complexity, opacity or inadequacy of the algorithms or data. Cognitive biases refer to the prejudices or heuristics that influence the reasoning or behavior of the users. Social biases refer to the inequalities or discriminations that affect certain groups or collectives for reasons of gender, race, age, religion, etc.

The introduction of biases can occur in two fundamental ways. First, by selecting data that does not faithfully represent reality, a phenomenon known as sampling bias. A concrete example would be the preference for using more images of white faces than of other colors, thus generating a distortion in the representation of ethnic diversity.

Second, bias can emerge by reflecting prejudices already existing in the training data of the algorithm. For example, the use of historical information on hiring decisions that favored men over women could lead the algorithm to learn and perpetuate that discrimination, as happened in the case of Amazon²³.

mitigation strategies, 2023, available at <https://arxiv.org/pdf/2304.07683.pdf>.

²³ This case is an example of how artificial intelligence (AI) can replicate and amplify human biases if measures are not taken to prevent it. Amazon's recruitment system, which relied on a machine learning algorithm, showed a preference for male candidates and penalized women aspiring to technical positions. This was because the algorithm learned from the company's historical hiring data, which was predominantly male-oriented. The algorithm also assigned a lower score to resumes containing the word "woman" or the names of women's colleges. Amazon attempted to correct the algorithmic bias, but ultimately decided to abandon the project due to a lack of confidence in its neutrality. See: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>.

It is important to emphasize that these biases are not mere technical errors; they have relevant implications. It has been proven that they often reproduce and perpetuate, reinforcing dynamics of domination, privilege, and discrimination. This increases the risk that existing inequalities may be exacerbated and solidified through automation and machine learning²⁴.

Bias manifests in the imbalance in datasets due to the presence of underrepresented groups. A clear example of bias is found in studied datasets that exhibit a noticeable imbalance, as over eighty percent of the reference subjects in the databases have light skin. This implies an overwhelming majority of individuals with this skin tone compared to other shades, indicating an evident imbalance towards this particular group²⁵.

The implication of this imbalance is that when analyzing or using these datasets, the information and conclusions obtained may be biased towards the majority representation of individuals with light skin. This underscores the importance of considering and addressing these imbalances to ensure that the analysis results are not skewed by the lack of adequate representation of diverse groups. This disparity can bias the analysis, favoring light-skinned groups and marginalizing those with dark skin. Additionally, it is necessary to consider not only genders but also subdivisions by race to achieve a more accurate representation²⁶.

The influence of bias also affects widely used datasets in machine learning, such as ImageNet and Open Images. The representation biases in these datasets are evident, and there has been advocacy for the inclusion of geographical diversity as a mitigation measure. In the field of Natural Language Processing (NLP), representational biases are identified in knowledge bases used in various applications²⁷.

Several cases have been raised where courts have ruled on whether there is bias in a particular situation.

The Syri Program (Risk Indication System) is a system used in the Netherlands within the context of the Implementation and Income Structure Organization Act (SUWI), specifically under Article 65.2.

²⁴ N. MEHRABI, F. MORSTATTER, N. SAXENA, K. LERMAN, A. GALSTYAN, *A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning*, cit.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Its main purpose was to assess the risk that an individual or legal entity could illegally use government funds related to social security. The goal was to identify potential cases of fraud or misuse of these funds. To carry out this risk assessment, the system operated in two main phases²⁸:

In the first phase, all relevant data about the individual or entity in question are collected. This data may include information about scholarships, insurance, employment, sanctions, place of residence, and other aspects related to the social security benefits received. This data undergoes a pseudonymization process, meaning that direct personal identifiers are removed, and a unique number is assigned to each dataset. Once the data has been pseudonymized, predefined models and risk factors are used to analyze the collected information. These models and risk factors assign a risk rating to each dataset based on the probability of illegal use of government funds. If the resulting risk rating is high, the process proceeds to the second phase.

In the second phase, cases that have received a high risk rating undergo additional analysis by a specialized unit. This unit is responsible for a more detailed and definitive assessment and rating of the risk. This involves a more thorough review of the data and a more precise decision-making process regarding the likelihood of fraud or misuse of government funds.

In summary, the Syri Program is a system used to assess the risk that individuals or entities are illegally using government funds related to social security in the Netherlands. The process involves data collection, pseudonymization, the use of models and risk factors, and a two-phase evaluation to determine potential and, ultimately, definitive risk. This could help authorities identify possible cases of fraud and take appropriate actions accordingly²⁹.

The Judgment of the District Court of The Hague in the Netherlands, dated February 5, 2020, concluded that the SyRI algorithmic

²⁸ N. APPELMAN, R. Ó FATHAIGH, J. VAN HOBOKEN, *Social Welfare, Risk Profiling and Fundamental Rights: The Case of SyRI in the Netherlands*, in *Jipitec*, 2021, 12 (4), available at <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-4-2021/5407>; M.J. RIVAS VELASCO, *Uso ético de la inteligencia artificial en justicia*, in *Diario La Ley*, N° 10327, Sección Tribuna July 13, 2023, 1-19.

²⁹ N. BELLOSO MARTÍN, *La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?*, in F.H. LLANO ALONSO (dir. by), J. GARRIDO MARTÍN, R.D. VALDIVIA GIMÉNEZ, F.H. LLANO ALONSO (coord. by), *Inteligencia artificial y filosofía del Derecho*, Murcia, 2022, 45-78.

system used for fraud risk assessment in the field of Social Security and the Ministry of Finance was incompatible with the law. It did not meet the required standards of proportionality and transparency and violated the provisions regarding respect for private life as recognized by Article 8 of the European Convention on Human Rights. The basis of this decision focused on the fundamental concern that the system had the potential to discriminate against the citizenry, relying on algorithms for data analysis and risk assessment. The Court maintained that data processing becomes significantly relevant when its consequences are substantial enough to significantly influence the behavior and decisions of the individuals involved. This influence can manifest through long-term or enduring effects on the affected person, or even trigger their exclusion or experiences of discrimination. The government violated citizens' right to privacy by not disclosing the nature of the algorithms used in the risk assessment model or providing information about the method used in risk analysis. This led to the affected individuals being unaware that their personal information was used for such purposes and lacking the ability to verify the accuracy of the data used. As a result, when configuring risk profiles, there was the potential for involuntary connections based on biases or prejudices.

A second example, occurring in the private sector, of bias resulting from the application of AI systems led to the judgment of December 31, 2020, by the Ordinary Court of Bologna (Italy) regarding the Deliveroo case. The company in question utilized an application called "Frank" to manage the allocation of gastronomic orders. A lawsuit was filed alleging discrimination in the reliability and availability indices used by the algorithm to manage the work sessions of its employees, particularly the delivery riders. This application relied on an algorithm designed following the instructions and guidelines provided by the company itself. The primary goal of this algorithm was to score workers and determine their priority for booking work sessions.

The algorithm was based on two key indicators:

First. Reliability: This indicator focused on how often a worker failed to fulfill the work sessions they had reserved. In other words, it evaluated the worker's punctuality and commitment to the booked sessions. Each instance of non-compliance was recorded and affected the worker's score.

Second. Availability: The second index assessed how often a worker

was available during peak demand hours. In this case, particular emphasis was placed on the hours from 8:00 to 10:00 PM on Fridays, Saturdays, and Sundays, when service demand is typically higher.

However, controversy arose because the “Frank” application did not consider, as per the company’s instructions, justified absences of workers. This had a direct impact on the riders’ scores, penalizing workers in such situations. Justified absences could result from situations such as strikes, illnesses, or other valid and legitimate circumstances preventing workers from fulfilling their work reservations.

Justified absences were treated similarly to unjustified ones, negatively affecting workers’ ability to choose their work schedules. This essentially created a discriminatory system where justified absences were unfairly punished, restricting job opportunities for the riders. Although the legal resolution did not provide a detailed explanation of the internal workings of the algorithm or its level of transparency, it was concluded that the information input into the system was biased by the company that commissioned its development. This bias infringed on the workers’ rights in terms of equality and non-discrimination. It was determined to be “indirect discrimination”, indicative of “unconscious and deliberate blindness” on the part of the company.

In Spain, the issue was addressed through Law 12/2021, dated September 28, known as the “Riders Law”³⁰. One of the most prominent aspects of this legislation is the obligation imposed on these companies to adapt to accurately reflect the employment relationship they have with delivery riders. For this purpose, they are required to share the algorithms they use and must also provide detailed information about the rules on which these algorithms are based. Additionally, they are encouraged to share this information with unions, implying greater transparency regarding decisions that may affect the working conditions of employees.

The Riders Law introduces a new provision in Article 64.4, stating that: “*The works council, with the periodicity that corresponds in each case, shall be entitled to: ‘Be informed by the company about the parameters,*

³⁰ This law introduces modifications to the Consolidated Text of the Workers’ Statute Law, which was approved by Royal Legislative Decree n. 2/2015 on October 23, with the primary purpose of guaranteeing labor rights for individuals engaged in the delivery of goods and services through digital platforms, such as Glovo, Deliveroo, or Uber Eats. Principio del formularioFinal del formulario.

*rules, and instructions on which the algorithms or artificial intelligence systems that affect decision-making and may impact working conditions, job access, and maintenance, including profiling, are based*³¹.

Finally, there is another type of bias that may be even more concerning, and that is bias in the interpretation of artificial intelligence results. This human bias manifests when we uncritically accept the results of an artificial intelligence system as true and immutable, adopting an “authority principle” based on the expectations generated by such systems.

In other words, this bias involves blindly trusting the results of AI without questioning or critically analyzing their validity. This can lead to erroneous or unjust decisions, as the biased interpretation of results may be influenced by unfounded biases or expectations. Consequently, it is essential to address both the inherent biases in data and algorithms and human bias in interpreting results to ensure more objective and equitable decision-making³².

To address this issue, a multidimensional approach is proposed, combining different strategies and measures to prevent, detect, and mitigate algorithmic biases. These strategies and measures include the ethical and responsible design of algorithms, auditing and assessing their impact, education and training for the involved stakeholders, user and civil society participation and empowerment, and the regulation and oversight of algorithmic systems. It is concluded that a regulatory and ethical framework is necessary to ensure respect for democratic principles and values, as well as the protection of human rights and fundamental freedoms in the use of algorithms.

4. Artificial intelligence in law and enforcement decisions based on automated data processing and their application to the Spanish judicial system.

In the realm of law enforcement, AI systems focus on what we could term “anticipatory intervention”. Instead of directly addressing the conventional concept of a crime characterized by a typical,

³¹ Ministry of Labor and Social Economy, *Algorithmic Information in the Workplace: Practical Guide and Tool on the Corporate Obligation of Information Regarding the Use of Algorithms in the Workplace*, Government of Spain, May 2022. Available at: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algorithmos.pdf.

³² *Ibidem*.

unlawful, and culpable conduct regarding an event that has already occurred, it is oriented towards a preceding logical and temporal phase. In this sense, the goal is to anticipate when a criminal act might materialize and, above all, prevent it from happening. This approach resembles more of a policing function than a judicial process since courts come into play after the events have taken place.

This involves the use of predictive models, raising intense doubts about their legality. It is necessary to determine whether these tools are legally valid and respect fundamental guarantees³³.

The distinction between predictive and investigative tasks of the police necessarily involves working with profiles. Information is obtained to place individuals who might be involved in criminal activities in predictable times, places, and conditions. In this way, an attempt is made to foresee where, who, when, and why certain crimes occur, even taking into account environmental factors.

The Integral Monitoring System for Gender-Based Violence Cases (VioGén), implemented in Spain since July 2007, within the framework of the Spanish law (Organic Law 1/2004, of December 28, “on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence”)³⁴.

This system represents a significant advancement in the fight against gender violence in the country. This system operates through a centralized database that stores key information about gender violence cases, shared and managed by various institutions and law enforcement agencies.

The objectives of this system are to bring together the different public institutions that have competencies in the field of gender violence, to add all the information that may be related and of interest, to

³³ The AI solutions for law enforcement and judicial authorities in criminal matters, as highlighted by the European Parliament, must fully respect certain principles. Among these are the principles of human dignity, non-discrimination, freedom of movement, presumption of innocence, and the right to defense, including the right to remain silent, freedom of expression and information, freedom of assembly and association, equality before the law, equal defense, and the right to effective judicial protection and a fair trial, in accordance with the Charter and the European Convention on Human Rights.

The report also calls for a mandatory assessment of the impact on fundamental rights before the implementation or deployment of AI systems in the police or judicial context to assess potential risks to fundamental rights.

³⁴ See: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen/>.

predict the risk to which a woman who has been a victim may be exposed, to carry out both monitoring and protection in an adequate way and to carry out a preventive work, issuing warnings, alerts and alarms, through the Subsystem of Automated Notifications, when it is believed that the integrity of the victim is in danger³⁵.

With all the information collected and included in the VioGén System, it will assign a level of risk – “not appreciated”, “low”, “medium”, “high” or “extreme” –, which can be modified upwards by the agents if they consider it necessary to better protect the victim. The result is communicated to the court and the prosecutor in an automated report that is included in the police report. Each level of risk entails specific police measures of mandatory and immediate application.

In cases where that risk is “not appreciated”, the agents focus on informing the woman of the available resources that she can go to and access. When the system determines a level of “low” risk, the woman will be provided with a permanent contact telephone number and telephone or personal contacts will be made discreetly and agreed with the victim.

They will try to find out through her the judicial resolutions of the case, as they may increase the danger for the woman and require greater protection.

The agents must inform the aggressor that his case is subject to police control; if he has weapons, they will initiate the process to withdraw them; and they will punctually control the penitentiary information in the VioGén System to know their possible exits from prison.

With a “medium” level of risk, the measures increase and it is considered whether it is necessary to admit the victim to a shelter. Occasional controls are established at her home, at work and at the children’s schools and the Prosecutor’s Office is urged to assign a telematic control device to the aggressor.

With a high level of risk, and if the aggressor is not located, the victim should be invited to go to a shelter or to change her address and the controls on the home or workplace will be frequent. Random checks will also be carried out on the aggressor, contacting people

³⁵ In the validation phase, it was observed that the tools have a good and similar predictive validity than the other tools of risk evaluation in VCP. VPR 4.0 is sensitive to the detection of the risk of recidivism and presents a probability of risk of detecting false negative of 5,1%. It is a tool capable of detecting those subjects with a low risk of recidivism.

in his environment as well. The protection of the victim in cases of “extreme” risk will be permanent and, if necessary, the entrances and exits of the children at school will also be monitored, in addition to establishing an exhaustive control over the aggressor.

Each victim is also provided with a personalized security plan (PSP) with self-protection measures, such as always carrying a mobile phone, making safe use of social networks, adopting security routines in travel or planning an escape routine in case of new aggression.

In this way, interinstitutional coordination works as a fundamental pillar of the system. VioGén promotes collaboration among various entities, including the police, the courts, the social services and the victim support organizations. This coordination ensures an effective and well-orchestrated response to gender violence situations.

The system is continuously updated to adapt to the changing needs in the fight against gender violence. This flexibility guarantees that VioGén remains an effective and modern tool to address this social problem³⁶.

One of the most notable features of VioGén is its personalized monitoring approach. This allows individual monitoring of victims, facilitating the implementation of specific measures designed to ensure their safety. When an incident or a risk situation is detected, the system is activated through automated notifications.

These actuarial tools of VioGén support the strong evidence of the need for a plan for the protection of victims according to the risk assessment obtained from each case. Neither VPR nor VPER are designed to evaluate psychological aspects or constructs. The transparency and reliability of these tools are designed to make predictions and identify the subjects with the highest risk of recidivism in order to be able to assign the protection resources in the most efficient way possible.

It is necessary to differentiate between different situations or areas of action when analyzing the possible effects of applying artificial intelligence to the Administration of Justice. Distinctions have been made among procedural processing, criminal investigation, and judicial decision-making, as it is evident that artificial intelligence can

³⁶ Since the creation of the Integral Monitoring System for Gender-Based Violence Cases in July 2007, a total of 701,563 cases have been analyzed, of which 73,072 (10.4%) remain active. See: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/estadisticas/2023/ESTADISTICA-ENERO-2023.pdf>

play a very different role in each of these three areas³⁷.

Firstly, concerning procedural processing, artificial intelligence in this case would be a complement or auxiliary means for the judiciary by automating various facets of the judicial process. Not always does the incorporation of new technologies in the judicial process solve all problems and expedite the administration of justice. While technology can improve the speed and efficiency of justice, it is important to maintain a realistic approach and not overestimate its benefits. The judicial process must continue to respect fundamental principles such as immediacy, contradiction, orality, and publicity³⁸. The use of algorithms to predict criminal behaviors and assign risk levels, whether for initial or repeat offenses, poses the inherent risk of intrusive surveillance and affecting fundamental guarantees of society members regarding privacy and individual rights. The automated collection and evaluation of data can have significant implications in terms of freedom and fairness.

Additionally, algorithms can be used to automate various aspects of the judicial process, such as reviewing past cases for consistent jurisprudence, generating reports, and even making judicial decisions. However, this automation carries the risk of affecting fundamental guarantees, as the absence of direct human supervision could result in biased or unjust decisions.

In the Spanish system, the current regulation, in accordance with the Organic Law 7/2021, of May 26, on the protection of personal data processed for the prevention, detection, investigation, and prosecution of criminal offenses and the execution of criminal sanctions, prohibits, in Article 14, decisions based solely on automated individual processing³⁹:

³⁷ C. LORENZO PÉREZ, *Inteligencia artificial en la administración de Justicia: regulación española y marco Europeo e Internacional*. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España. Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, 2022, available at <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13637>, follows the classification proposed by A. DEL MORAL GARCÍA, which can be seen in *Robotización e Inteligencia Artificial en la Justicia, organizado por el Ministerio de Justicia en colaboración con AMETIC, 16 de Marzo de 2022* (see: <https://youtu.be/0S8kfKm8GZI>).

³⁸ C. MIRA ROS, *El expediente judicial electrónico*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2010.

³⁹ In the same vein, every data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or significantly affects him in a similar way (Art. 22 GDPR). This right ensures that no individual is subjected to important or significant decisions

“Decisions based solely on automated processing, including profiling, that produce negative legal effects for the data subject or significantly affect them, unless expressly authorized by a law or by European Union law. The enabling regulation for the processing must establish appropriate measures to safeguard the rights and freedoms of the data subject, including the right to obtain human intervention in the review process of the decision taken. 2. The decisions referred to in the preceding paragraph shall not be based on the special categories of personal data referred to in Article 13, unless appropriate measures have been taken to safeguard the rights, freedoms, and legitimate interests of the data subject. Profiling that leads to discrimination of natural persons on the basis of special categories of personal data established in Article 13 is prohibited”.

In the Draft Law on Digital Efficiency Measures of the Public Service of Justice, the existing regulation is expected to be expanded to incorporate the possibility of proactive and assisted automated actions, for which the use of artificial intelligence techniques will be allowed. The project distinguishes between automated, proactive, and assisted actions⁴⁰.

An automated action is a procedural action produced by a properly programmed information system without the need for the intervention of a natural person in each individual case. The computer systems used in the Administration of Justice will enable, according to the project, the automation of simple procedural or decision-making actions that do not require legal interpretation. These include numbering or paging of files, referring matters to the archive when procedural conditions allow it, generating copies and certificates,

that impact their rights and daily life when these decisions are solely based on automated processes, through algorithms or computer systems, without direct human intervention. Thus, the denial of a loan, a job offer, the approval or rejection of an insurance application, or the allocation of public resources should not be based solely on algorithms without a person having had the opportunity to influence the decision. It should, therefore, pertain to situations where automated decisions can result in the denial of a right or the loss of a specific opportunity. For example, if an algorithm decides that a person is not eligible for a loan, this automatic decision may deprive that person of the right to access that credit. Even when automated decisions do not have direct legal consequences, they can have a significant impact on a person’s life, emphasizing the need to ensure fairness and transparency in an increasingly automated world.

⁴⁰ Draft Law on Digital Efficiency Measures for the Public Judicial Service, which transposes into the Spanish legal system Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of June 20, 2019, amending Directive (EU) 2017/1132 with regard to the use of digital tools and processes in the field of Company Law. See: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf.

generating books, checking representations, and declaring finality, in accordance with procedural law⁴¹.

Proactive actions are a type of automated actions that self-initiate by information systems without human intervention. These actions leverage the information incorporated into a file or procedure of a public administration for a specific purpose, to generate notices or direct effects for other purposes, in the same or other files, of the same or another public administration, in any case in accordance with the law. It is expected that the State Technical Committee for Electronic Judicial Administration will collaborate with other public administrations to identify processes that can be proactive and define the necessary parameters and compatibility requirements for them.

Assisted actions, finally, aim to facilitate the work of justice professionals, streamline processes, and improve the quality of resolutions. An assisted action is one for which the information system of the Administration of Justice creates a draft of a complex document, in whole or in part, from data that can be generated by algorithms. This draft can serve as a basis or support for a judicial or procedural resolution but does not have validity on its own without the approval of the competent authority. Justice Administration systems ensure that the user can request, modify, and reject the documentary draft to their liking. For the draft to become a judicial or procedural resolution, it is necessary for the Judge, Magistrate, Prosecutor, or Legal Officer, as appropriate, to validate the final text and identify, authenticate, or electronically sign it as established by law, in addition to complying with the requirements that procedural laws demand.

The Administration of Justice must ensure in all these actions: a) That it can be identified, tracked, and explained if an action is automated or proactive. b) That the same action can be performed in a non-automated way. c) That automated actions that have already been carried out can be deactivated, undone, or invalidated.

In addition, certain common requirements for automated, proac-

⁴¹ Articles 56 to 58 of the Draft Law on Digital Efficiency Measures in the Public Justice Service, transposing into the Spanish legal system Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of June 20, 2019, amending Directive (EU) 2017/1132 regarding the use of digital tools and processes in the field of company law. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf

tive, and assisted actions are demanded. On the one hand, the State Technical Committee for Electronic Judicial Administration will, if necessary, be responsible for defining the specifications, programming, maintenance, supervision, quality control, and audit of the information system and its source code when it comes to an automated, assisted,

Furthermore, with the same guaranteeing spirit, the criteria for automated decision-making will be public and objective in the cases mentioned above, and the decisions made at each moment will be recorded. Finally, the systems will have management indicators determined by the National Judicial Statistics Commission and the Technical State Committee of Judicial Electronic Administration, each within its scope of competence.

Lastly, there is a regulation of automated actions in the field of Justice Administration in Spain through Law 18/2011, dated July 5, which regulates the use of information and communication technologies in the Administration of Justice in Spain. Article 42 of this law establishes that automated actions in the field of Justice Administration must be defined in advance by the Technical State Committee of Judicial Electronic Administration (CTEAJE).

The Technical State Committee of Judicial Electronic Administration (CTEAJE) is the entity responsible for establishing the specifications, programming, maintenance, supervision, quality control, and, where appropriate, auditing of the information systems used in automated actions.

These automated systems must include management indicators defined by the National Judicial Statistics Commission and the Technical State Committee of Judicial Electronic Administration, each within its scope of competence.

In comparative law, a reference is the study of the Loomis case, which was brought before the Wisconsin Supreme Court in 2016. It sheds light on the use of artificial intelligence (AI) systems in the field of criminal justice. In particular, it focused on the COMPAS program (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)⁴², which uses a predictive machine learning algorithm adopted by the United States Justice Administration to

⁴² The program is based on a machine learning algorithm that analyzes 137 variables about an individual's profile, such as age, gender, race, criminal history, educational level, drug consumption, or family situation, among others. Based on this data, the algorithm assigns a risk of recidivism score ranging from 1 to 10, with 10 being the highest.

determine the risk of an individual's recidivism at various stages of the criminal process, and how this probability of recidivism can influence the decision of whether a person should be released or remain detained.

This case sparked a significant debate about respecting the “due process” and raised fundamental questions about transparency and fairness in the use of algorithms in the justice system⁴³. The judge who issued the verdict partially relied on the risk score of COMPAS, which was 8 out of 10. Loomis appealed the verdict, arguing that the use of COMPAS violated his right to an individualized sentence and to know the evidence against him, thereby violating the right to “due process”. The plaintiffs argued that decision-making based on the COMPAS program did not provide individuals with a fair and equitable opportunity to be heard before being deprived of their freedom. However, despite concerns, the deliberate existence of bias in the program due to the racial origin of individuals could not be proven. Nevertheless, evidence was presented indicating that COMPAS consistently yielded a higher percentage of recidivism for people of African descent⁴⁴.

Despite everything, the Wisconsin Supreme Court rejected his appeal and endorsed the use of COMPAS as a complementary tool for judicial decision-making, provided that defendants were adequately informed of its limitations and constitutional principles were respected⁴⁵.

This case highlighted a critical issue related to the opacity and lack of understanding of how these AI systems operate⁴⁶. Although conclusive evidence of intentional racial discrimination was not found,

⁴³ M.P. ROA AVELLA, J.E. SANABRIA-MOYANO, K. DINAS-HURTADO, *Uso del algoritmo compas en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2022, vol. 8, 1, 275-310, available at <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>; L. MARTINEZ GARAI, *Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State v Loomis*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, 3.a Época, n.o 20, 485-502, available at: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/72730/135792.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁴⁴ N. BELLOSO MARTÍN, *Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre?*, in *Revista de la Faculdade Mineira de Direito*, 2019, 22 (43), 1-31; D. BONSIGNORE FOUQUET, *Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación*, in *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento Jurídico*, 2021, 29, 248-277.

⁴⁵ A. L. WASHINGTON, *How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPASProPublica Debate*, in *The Colorado Technology Law Journal*, 2019, 17(1), 1-37.

⁴⁶ See: <https://www.technologyreview.es/s/13800/caso-practico-probama-por-que-un-algoritmo-judicial-justo-es-imposible>.

the apparent disparity in results raised doubts about the fairness of the COMPAS program. This debate underscores the importance of transparency in the operation of algorithms and in decision-making based on them.

It is essential to understand that the reliability and fairness of these systems depend to a large extent on the quality of the data used and the impartiality of the algorithms. In the case of COMPAS, it was discovered that there was a higher probability of false positives for African-American offenders compared to Caucasian offenders. This means that COMPAS was more prone to incorrectly predict that African-Americans had a higher risk of recidivism in the commission of crimes, which could have serious consequences for the affected individuals.

The resolution of the Loomis case, while not confirming intentional racial discrimination, emphasizes the importance of transparency in the operation of these systems. A better understanding of how algorithms assess and score individuals, as well as the data on which they are based, is essential to ensure fairness and justice in the criminal justice system. It also highlights the need to address potential biases in AI systems and establish adequate mechanisms to ensure that decisions based on these algorithms are fair and non-discriminatory.

In conclusion, the Loomis case and the use of COMPAS emphasize the importance of critically addressing the use of algorithms in criminal justice and the need to ensure transparency and fairness in decision-making based on AI systems. The bias in the results of COMPAS underscores the importance of a careful evaluation and consideration of the limitations of these systems to avoid making decisions solely based on their results, especially when individual liberties are at stake.

5. Autonomy, Responsibility and AI Personality

The autonomy of AI refers to the degree of independence and self-control that algorithms have to perform a task without human intervention or supervision. AI autonomy can range from the simple execution of pre-programmed instructions to the generation of its own actions based on learning and adaptation to the environment. Additionally, these elements have an unpredictable nature and the ability to inflict physical harm, marking the beginning of a

new phase in the relationship between humans and technology. Unlike software and the Internet, they are designed to interact with the offline world. Their ability to act physically in the real world translates into the potential to cause material harm to people or objects. From these considerations arise important questions about the responsibility, ethics, and safety of decisions made by the machine, as well as the respect for the fundamental rights of individuals affected by such decisions⁴⁷.

The autonomy of AI has potential benefits and risks for human society. Some of the benefits include that autonomous AI can enhance efficiency, productivity, and innovation across various sectors and activities. Additionally, it can broaden the capabilities and opportunities for individuals by facilitating access to information, knowledge, learning, communication, and collaboration. This, in turn, translates into an enrichment of diversity and creativity in human culture, giving rise to new forms of expression, art, entertainment, and knowledge.

It poses, likewise, risks, such as physical, moral, or economic harm to individuals or the environment, whether due to accidents, errors, malfunctions, sabotage, or misuse. Secondly, autonomous AI can threaten the privacy, security, autonomy, dignity, and rights of individuals, especially in vulnerable or marginalized groups, by collecting, processing, and using their personal data or influencing their decisions and behaviors. Additionally, autonomous AI can lead to unemployment, precarity, inequality, and social exclusion by replacing or displacing human workers or reducing their incomes, benefits, and opportunities.

Lastly, it is noteworthy that autonomous AI poses the risk of eroding trust, responsibility, transparency, and democracy in society by complicating the understanding, control, supervision, and regulation of its processes and outcomes. To maximize the benefits and minimize the risks of AI autonomy, several measures are required, such as developing and implementing ethical, legal, and technical standards for autonomous AI based on universal values and principles of human rights, democracy, and justice. It involves encouraging participation, collaboration, and dialogue among different stakeholders affected by autonomous AI, including developers, users, regulators, researchers, educators, the media, and civil society.

⁴⁷ M. BARRIO ANDRÉS, *Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercrimitos*. Madrid, 2018.

It also entails promoting education, training, awareness, and empowerment of individuals to leverage opportunities and address the challenges of autonomous AI by developing their digital, critical, creative, and ethical competencies. Furthermore, it requires ensuring equity, inclusion, and solidarity in the access, use, and impact of autonomous AI, protecting and supporting the most vulnerable or disadvantaged groups, and reducing social and digital gaps.

One crucial aspect is determining whether AI has legal personality⁴⁸. Identifying a robotic personality is essential to determine the potential civil liability arising from the widespread actions of robots⁴⁹. Thus, if subject to liability, legal consequences for the machine's actions or omissions could be attributed, both in civil and criminal contexts⁵⁰. From this perspective, the existence of two types of AI responsibility can also be considered. Direct responsibility implies that the machine is considered a legal subject, capable of being accountable for its own actions, thereby recognizing its legal personality. Indirect responsibility implies that the machine is considered an object of law, and responsibility falls on the user, programmer, manufacturer, or owner of the machine, depending on the case. Currently, there is no consensus on the most suitable legal framework to regulate AI responsibility⁵¹.

Each type of responsibility has certain advantages and disadvantages, as well as criteria for assigning it in each case. It could be considered whether the direct responsibility of AI requires the machine to have certain cognitive abilities or if it is sufficient for it to have a sufficient degree of autonomy and intelligence. It could also be examined whether the indirect responsibility of AI depends on the nature of the task, the level of risk, the predictability of behavior, or the possibility of controlling the machine. Additionally, it could be assessed whether there are legal, technical, or ethical mechanisms to ensure the transparency, traceability, and accountability of AI, as well as to protect the rights and interests of individuals involved or affected by its decisions. These issues are relevant to the develop-

⁴⁸ A. CARRASCO PERERA, *A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de Inteligencia Artificial avanzada. (Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten)*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 218, 2018, pp. 155-205), in *CE.SCO*, January 2019, (See: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>), 2.

⁴⁹ J. GARCÍA-PRIETO CUESTA, *¿Qué es un robot?*, in M. BARRIO ANDRÉS (dir. by), *Derecho de los Robots*, Madrid, 2018, 25 ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ S. DÍAZ ALABART, *Robots y responsabilidad civil*, Madrid, 2018.

ment and regulation of AI, as they involve legal, social, and philosophical aspects that must be addressed with rigor and prudence⁵².

6. Conclusions

Artificial intelligence poses risks and opportunities in the legal field, especially in judicial decision-making, making it necessary to establish limits on its use.

The cases analyzed regarding the use of artificial intelligence systems in the judicial domain highlight the problems arising from their application, both due to discrimination and the potential lack of transparency and explainability of biased algorithms. This experience serves as a reference to understand the limits being set in legislative provisions in Spain.

Furthermore, the transparency of the algorithms used and the “explainability” of judicial decisions are fundamental aspects to ensure justice and protect fundamental rights in the legal process.

The determination of responsibility, because of the autonomy of artificial intelligence systems, is another issue affecting the application of these systems in decision-making, without a currently resolved consensus. Therefore, a regulatory framework is required to govern the criteria and guarantees for the use of artificial intelligence in the legal domain.

Finally, it is important to note that artificial intelligence is not a threat but an opportunity to enhance the functioning and efficiency of the judicial system, as long as the principles and values governing it are respected. AI can bring benefits such as streamlining processes, optimizing resources, reducing human errors, and improving decision quality. However, it also entails challenges and risks that need to be assessed and prevented through appropriate regulation and human oversight. Artificial intelligence should not replace but complement the role of legal operators, who should be the guardians of justice and fundamental rights.

⁵² D. CARNEIRO, P. VELOSO, *Ethics, Transparency, Fairness and the Responsibility of Artificial Intelligence*, in J.F. DE PAZ SANTANA, D. HERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, A.J. LÓPEZ RIVERO (edited by), *New Trends in Disruptive Technologies. Tech Ethics and Artificial Intelligence*, Cham, 2022, 109-120.

Guardie zoofile nella giurisprudenza: una recente sentenza del giudice amministrativo (nota a sentenza TAR Lazio (Roma), Sez. I, 20 giugno 2023 n. 10428)

MICAELA LOTTINI

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Abstract

La richiesta di autorizzazione per la nomina a ‘guardia particolare giurata’ zoofila, anche se avviene ai sensi dell’art. 138 del TULPS che non prevede dei limiti territoriali per la nomina generica a guardia giurata, deve nondimeno prevedere siffatto limite, in attuazione della specifica normativa relativa alle guardie ‘zoofile’ ex art. 6, comma 2 della legge n. 189/2004.

The request for authorization for the appointment of an animal protection guard, even if it takes place pursuant to art. 138 of the TULPS which does not provide for territorial limits for the generic appointment as security guard, must nevertheless provide for such a limit, in implementation of the specific legislation relating to animal protection guards pursuant to art. 6, paragraph 2 of law n. 189/2004.

Sommario: 1. Premessa 2. Guardie zoofile e limitazione territoriale 3. Le guardie zoofile e la relativa normativa 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La Sezione I (ter)¹ del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio chiarisce che, nel caso in cui venga fatta una richiesta di autorizzazione per la nomina a ‘guardia particolare giurata’ zoofila, anche se questa avviene ai sensi dell’art. 138 del TULPS che non prevede dei limiti territoriali per la nomina generica a guardia giurata, la stessa richiesta deve nondimeno prevedere siffatto limite, in attuazione della specifica normativa relativa alle guardie ‘zoofile’ ex art. 6, comma 2 della legge n. 189/2004, *Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*.

La sentenza testimonia ancora una volta le difficoltà interpretative ed applicative della normativa sulle guardie zoofile, difficoltà sulle quali si soffermerà il presente scritto per, poi, presentare alcune conclusioni finali.

2. Guardie zoofile e limitazione territoriale

La Sezione I (ter) del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Roma) è chiamata a pronunciarsi su ricorso presentato dall’associazione di volontariato, ICARO ODV - Agenzia Europea per la Tutela Ambientale (d’ora in poi l’Associazione) per l’annullamento del decreto emesso dalla Questura di Roma (su delega del Prefetto) di respingimento dell’istanza di autorizzazione presentato dalla stessa Associazione per il rinnovo del decreto di nomina a guardia particolare ‘giurata’ zoofila del suo presidente, per adibirlo all’espletamento dei servizi di vigilanza volontaria zoofila; la domanda, presentata ai sensi dell’art. 138 del TULPS, riguarda le provincie di Roma, Frosinone e Latina.

L’Associazione ricorrente dichiara di essere iscritta, dal 2005, nel Registro regionale delle Organizzazioni di volontariato della Regione Lazio, di cui alla legge regionale n. 29/1993, e di svolgere attività di collaborazione alla vigilanza sull’osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e locali relativi alla salvaguardia della natura, dell’ambiente, del mare, della protezione degli animali e alla difesa del patrimonio zootecnico, ivi compresa caccia e pesca, avvalendosi di proprie Guardie.

¹ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 20 giugno 2023, n. 10428.

Il Questore di Roma accoglie la richiesta con riguardo alla Provincia di Roma, ma la respinge per le altre due Province, facendo riferimento alla disciplina in materia di guardie zoofile volontarie, ossia l'art.6, comma 2 della legge n. 189/2004, il TULPS e la Determinazione della Regione Lazio G09381, del 14 agosto 2016, con la quale sono state introdotte *“Le nuove procedure per la nomina e per l'impiego delle Guardie Zoofile volontarie del territorio della Regione Lazio”*.

In particolare, il punto c) della Determina stabilisce che: *“la nomina prevede l'assegnazione di un territorio di competenza a livello provinciale. Anche in considerazione del contingentamento del numero di guardie zoofile regionali, quotato per ambito provinciale, la guardia zoofila può operare esclusivamente all'interno di una sola provincia, che viene indicata nell'atto di nomina”*.

Con riguardo alla individuazione della competenza territoriale concernente il procedimento di rilascio del decreto di nomina a guardia giurata (anche zoofila)², i giudici ricordano come, con Circolare del Ministero dell'Interno del 29 giugno 2018 (in attuazione del Parere del Consiglio di Stato n. 1490 del 6 dicembre 2017), è stato chiarito che questa si determina in base alla residenza dell'interessato. Nel caso in cui la residenza dell'aspirante guardia giurata ricada in una provincia diversa da quella dove ha sede l'Associazione alla quale è affiliata, il Prefetto del luogo di residenza chiederà a quello del luogo ove ha sede l'Associazione di esprimere il proprio avviso.

Sicché, nel caso di specie, in applicazione di queste norme, è stato rilasciato il titolo solo per la Provincia di Roma.

Nel decreto impugnato, secondo il TAR, viene ad operarsi correttamente un coordinamento tra la disciplina propria della 'guardia particolare giurata' di nomina prefettizia' e quella soggetta alla disciplina regionale; dato che per la nomina a guardia 'giurata' zoofila il destinatario deve anche avere il titolo di 'guardia zoofila volontaria' con assegnazione di un territorio di competenza, anche il titolo di polizia prefettizio non potrà che essere limitato al medesimo territorio nel quale opera il titolo presupposto di guardia volontaria zoofila.

Pertanto, se il rilascio del titolo di fonte statale di 'guardia giurata zoofila' presuppone per l'associato anche quello di 'guardia zoofila volontaria' e quest'ultima può operare come tale solo in un territorio limitato, il rifiuto dell'amministrazione provinciale di Roma di

² Ai sensi dell'art. 6 della legge 20 luglio 2004, n. 189, *Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*.

rilasciare più titoli per territori diversi deve considerarsi coerente con il presupposto.

Il riferimento all'art. 138 TULPS riguarda, poi, i requisiti che devono possedere tutte le guardie giurate, ivi comprese quelle zoofile.

In conclusione, per i motivi suesposti e dato che non è per la mancanza dei requisiti previsti dall'art. 138 che il Questore di Roma ha respinto le richieste avanzate, ma per la mancanza del presupposto a monte della verifica di detti requisiti, il TAR ritiene di respingere la richiesta di annullamento del decreto impugnato.

3. Le guardie zoofile e la relativa normativa

Le guardie zoofile volontarie (ossia quei soggetti privati a cui sono attribuiti compiti di vigilanza e protezione degli animali) sono individuate dalle leggi più risalenti come 'guardie giurate' agenti di pubblica sicurezza (nominate attraverso decreto prefettizio); in questo senso, per esempio, l'art. 7 della legge 12 giugno 1913, n. 611, *Provvedimenti per la protezione degli animali*; ovvero la legge 19 maggio 1954, n. 303, *Modificazioni all'ordinamento dell'Ente Nazionale per la protezione degli animali*.

Più di recente, invece, le guardie zoofile vengono individuate come guardie giurate (ma senza la qualifica di agenti di pubblica sicurezza) che possono "essere utilizzate a titolo volontario e gratuito dai comuni singoli o associati e comunità montane per la prevenzione e repressione delle infrazioni dei regolamenti generali e locali, relativi alla protezione degli animali ed alla difesa del patrimonio zootecnico" (art. 5 del Decreto del Presidente della Repubblica del 31 marzo 1979, *Perdita della personalità giuridica di diritto pubblico dell'Ente nazionale protezione animali*).

Venendo a normative molto più recenti, la legge del 14 agosto 1991, n. 281, *Legge quadro in materia di animali d'affezione e prevenzione del randagismo*, all'art. 3, commi 3 e 4, lett. b, prevede che le regioni debbano adottare un programma di prevenzione del randagismo, comprendente anche l'organizzazione di corsi di aggiornamento o formazione "per il personale delle regioni, degli enti locali e delle unità sanitarie locali [...], nonché per le guardie zoofile volontarie che collaborano con le unità sanitarie locali e con gli enti locali".

Ancora. La legge n. 157, dell'11 febbraio 1992, *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*, all'art. 27, comma 2, affida la vigilanza venatoria anche "alle guardie ecologiche e zoofile riconosciute da leggi regionali".

Con riguardo agli animali d'affezione, in attuazione dei principi in-

dicati nella legge 14 agosto 1991, n. 28, *Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*, molte regioni, nell'ambito delle relative leggi riguardanti la tutela degli animali hanno previsto e disciplinato la figura della guardia zoofila volontaria.

In linea generale, viene previsto che le associazioni iscritte all'albo regionale delle associazioni animaliste possano chiedere al Presidente della Giunta Regionale la nomina a guardia zoofila volontaria per i propri aderenti.

In alcune regioni, è poi necessario il rilascio di un decreto prefettizio, ovvero la frequenza di un corso di formazione e il superamento del relativo esame.

A titolo d'esempio, la legge regionale del Lazio 21 ottobre 1997, n. 34, *Tutela degli animali di affezione e prevenzione del randagismo*, all'art. 27, prevede che per la vigilanza e l'osservanza delle disposizioni della stessa legge, possano essere utilizzate anche guardie zoofile volontarie dei comuni, in conformità al (summenzionato) art. 5 del Decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1979, *Perdita della personalità giuridica di diritto pubblico dell'Ente nazionale protezione animali*. Il testo dell'articolo 27 stabilisce che le guardie zoofile siano nominate dal Presidente della Giunta regionale, ma con la Deliberazione della Giunta regionale 21 giugno 2016, n. 337, *Legge Regionale 34/97, Procedure per la nomina e per l'impiego delle guardie zoofile volontarie nel territorio regionale*, e successive Determinazioni attuative³, la nomina delle guardie zoofile è stata attribuita alla Direzione Regionale Salute, su proposta delle associazioni di volontariato attive per la protezione degli animali.

Ancora, l'art. 27 della legge regionale n. 34 chiarisce che le guardie zoofile svolgono i loro compiti a titolo volontario e gratuito, in collaborazione con i servizi veterinari ed in collegamento con le associazioni di volontariato.

Con riguardo alle procedure per la nomina e l'impiego delle guardie zoofile, si prevede⁴ che l'aspirante guardia zoofila debba essere cittadino italiano o di Paese facente parte della UE, debba essere iscritto ad una associazione inserita nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore nella Sezione delle Organizzazioni di Volontariato, debba

³ Da ultimo, Determinazione direttoriale G18974, del 29 dicembre 2022, *Revisione delle procedure per la nomina e per l'impiego delle guardie zoofile volontarie nel territorio regionale. Allegato A.*

⁴ Nelle Determinazioni attuative della Deliberazione della Giunta regionale 21 giugno 2016, n. 337.

svolgere un corso di formazione obbligatorio. Inoltre, la guardia zoofila nominata ai sensi dell'art. 22 della legge regionale 34/97, si configura quale agente accertatore di violazioni amministrative, senza funzioni di polizia giudiziaria, ed in quanto tale può essere considerato 'pubblico ufficiale', ai sensi dell'art. 357 c.p.; pertanto, sono richieste al candidato qualità morali e di condotta che assicurino la tutela della credibilità e del prestigio connessi al ruolo e alle funzioni svolte.

Ancora, viene chiarito che le guardie zoofile volontarie operano per conto delle associazioni cui sono iscritte e svolgono le loro attività in collaborazione con l'Azienda sanitaria locale territorialmente competente, con la polizia locale e ogni altra forza dell'ordine (le quali possono delegare attività di controllo) all'interno del territorio indicato nel provvedimento di nomina. Il programma di attività delle guardie zoofile viene concordato con i servizi veterinari della ASL competente per territorio e con i Comuni; i Presidenti delle associazioni vigilano sull'osservanza delle prescrizioni impartite.

Più in particolare, le guardie zoofile svolgono attività di promozione ed informativa sulla legislazione vigente in materia di tutela del benessere animale e prevenzione del randagismo, vigilando sul rispetto delle relative disposizioni; supportano il personale delle ASL, dei Comuni e delle altre forze dell'ordine nei sopralluoghi attinenti il benessere degli animali e in accertamenti tecnico-sanitari; vigilano sull'iscrizione all'anagrafe canina regionale; informano il servizio veterinario competente, qualora rilevino la non osservanza delle norme che tutelano il benessere degli animali o atti di crudeltà; ecc. Le discipline regionali sono sostanzialmente equivalenti e inserite nell'ambito delle leggi in materia di animali d'affezione e relativa normativa di attuazione; a titolo d'esempio, per la Regione Campania, il Regolamento Regionale 20 gennaio 2020, n. 1 (*Disciplina delle attività delle guardie zoofile volontarie regionali*), prescrive che le guardie zoofile volontarie regionali siano nominate dal Presidente della Giunta regionale, su proposta delle associazioni protezionistiche riconosciute in base alla legge regionale 11 aprile 2019, n. 3 (*Disposizioni volte a promuovere e a tutelare il rispetto ed il benessere degli animali d'affezione e a prevenire il randagismo*); prevede, inoltre, che possano essere nominate guardie zoofile regionali coloro che siano in possesso di un attestato di idoneità conseguito a seguito di partecipazione ad un corso di formazione o di aggiornamento autorizzato dalla Struttura amministrativa regionale competente in materia e che le guar-

die zoofile operano per conto delle associazioni cui sono iscritte, svolgendo le loro attività in collaborazione con l'ASL competente, secondo un programma annuale preventivamente definito dall'ASL che prevede attività di varia natura sostanzialmente in supporto alla stessa ASL nella concreta attuazione delle norme a tutela degli animali in particolare d'affezione.

Nell'ambito di questo contesto, si inserisce la previsione dell'art. 6, comma 2 della legge n. 189/2004 che prevede la possibilità che vengano nominate con decreto prefettizio guardie zoofile volontarie, le quali, a differenza delle guardie zoofile previste dalla normativa precedente, sono considerate pubblici ufficiali⁵ e svolgono delle funzioni di polizia giudiziaria.

La qualifica di guardia particolare giurata volontaria zoofila è riconosciuta dal Prefetto, ai sensi dell'art. 138 del TULPS (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), per una durata biennale, a chi intende esercitare attività di vigilanza sul rispetto delle norme relative alla protezione degli animali, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della legge n. 189/2004, per conto di una associazione legittimata a chiederne il rilascio⁶.

L'articolo in oggetto limita, però, le funzioni delle guardie zoofile alla garanzia del rispetto della legge n. 189 e delle altre norme relative alla protezione degli animali, con riguardo agli animali di affezione e nei limiti dei compiti attribuiti dai rispettivi decreti prefettizi di nomina.

⁵ Con riguardo alla possibilità da parte delle guardie giurate di ottenere al rilascio della licenza di porto di pistola a tariffa ridotta, cfr., la sentenza TAR Campania, Napoli, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 427, nell'ambito della quale si chiarisce come: *“se può ritenersi ragionevole che il rilascio e il rinnovo del porto d'arma siano consentiti nei soli casi di dimostrata effettiva necessità di difesa personale, non altrettanto ragionevole appare il mutato indirizzo nei confronti di una categoria (quella delle guardie giurate volontarie, con compiti di vigilanza zoofila), che per ragioni di servizio - ovvero per l'assolvimento di compiti, che la stessa amministrazione definisce di 'rilevante importanza' - possono trovarsi ad affrontare situazioni di potenziale conflitto, per il ripristino nell'interesse pubblico della legalità violata, con maggiore frequenza rispetto alla generalità dei cittadini, con conseguente interesse qualificato al possesso di titolo abilitativo per la detenzione di un'arma, pur non assegnata in dotazione come per gli agenti di p.s.”* (in linea, la sentenza, Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2010, n. 2673; nonché, le sentenze Cons., Sez. III, 3 novembre 2017, n. 5120 e 20 maggio 2013, n. 2577).

⁶ I decreti di nomina a guardia giurata volontaria per lo svolgimento della vigilanza zoofila, vengono rilasciati ai volontari, in quanto appartenenti a una delle associazioni protezionistiche o zoofile riconosciute e istituzionalmente addette alle predette attività, su espressa richiesta dei loro rappresentanti, che attestano il rapporto fiduciario con i loro iscritti. Il venir meno del su riferito antecedente della nomina, ovvero il sopraggiungere di una frattura nel rapporto fiduciario tra la guardia volontaria e l'associazione, per conto della quale la prima opera, legittima, pertanto, l'adozione dell'atto di revoca da parte del Prefetto. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 3 agosto 2020 n. 3487.

L'interpretazione di questa norma ha prodotto una serie di interventi giurisprudenziali volti a chiarire i confini della competenza e delle possibilità di intervento delle guardie zoofile volontarie.

In particolare, con la sentenza n. 4653, del 9 novembre 2016, la Sez. III del Consiglio di Stato ha concluso che le guardie zoofile (*ex art. 6*) devono limitarsi alla vigilanza dei soli 'animali d'affezione'; i giudici escludono la partecipazione delle guardie all'esercizio della funzione di vigilanza per la prevenzione e repressione delle infrazioni previste dai regolamenti generali e locali relativi alla protezione degli animali ed alla difesa del patrimonio zootecnico, in senso lato; confermano soltanto la possibilità che le guardie zoofile collaborino con le amministrazioni, nell'ambito dei programmi di controllo disposti dall'autorità nazionale o dagli enti locali, ma non le ammette a svolgere attività generalizzata di tutela a favore di specie diverse da quelle inquadrabili come animali d'affezione. Già la Sez. III del Consiglio di Stato, con sentenza n. 3329, del 23 giugno 2016, aveva sottolineato come la precisazione 'con riguardo agli animali di affezione' escluda la partecipazione delle guardie ad altre attività, perché diversamente l'inciso non avrebbe senso.

Su questa linea, si pone la Circolare del Ministero dell'Interno (n. 557/PAS/U/009889/10089 del 28 giugno 2017) dove si chiarisce, infatti, che le guardie *ex art. 6* sono abilitate a compiti di vigilanza relativi al campo di applicazione della legge n. 189 e limitatamente alla tutela degli animali d'affezione, in particolare, quindi "*riguardo agli illeciti penali commessi mediante maltrattamento degli animali e loro impiego in combattimenti clandestini o in competizioni non autorizzate, con esclusivo riguardo agli animali domestici o di compagnia*".

In senso contrario, però, la sentenza TAR Umbria n. 193, del 27 aprile 2005, nell'ambito della quale si prevede che la valutazione della legittimità di un provvedimento prefettizio di diniego del rinnovo del decreto di approvazione a guardia particolare giurata per la vigilanza zoofila, alla luce della legge n. 189, debba tenere conto (fra l'altro) "*non solo e non tanto dei compiti di vigilanza riferiti agli animali di affezione, ma anche dei più generali compiti di vigilanza che detta legge prevede per assicurare il divieto di maltrattamento degli animali*".

Se, quindi, la giurisprudenza, seppure non unanime e le disposizioni ministeriali sembrano avere di fatto ristretto l'intervento delle guardie zoofile alla vigilanza dei soli animali d'affezione, deve comunque rilevarsi che questo limite si scontra con le difficoltà interpretative

del concetto stesso di animale d'affezione⁷, ovvero di quello di animale 'da compagnia' o 'domestico' che sembrano coincidere.

La Convenzione europea, *Per la protezione degli animali da compagnia* (conclusa a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata in Italia con la legge n. 201/2010, *Protezione degli animali da compagnia*) fornisce una definizione di animale da compagnia (o d'affezione), ossia: "ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto dall'uomo, in particolare presso il suo alloggio domestico, per suo diletto e compagnia" (art. 1, n.1).

In normative successive, in particolare, nel Regolamento (UE) n. 576/2013, *Sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia*, questa definizione viene specificata, per esempio, attraverso l'utilizzo di un elenco di specie, nell'ambito delle quale l'animale deve rientrare⁸, ossia, cani, gatti, furetti, uccelli, anfibi, rettili, invertebrati e alcuni mammiferi come i conigli ed i roditori.

La legge n. 281 del 1991, *Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*, sembra, in realtà, circoscrivere la categoria degli animali d'affezione ai soli cani e gatti, salvo che all'art. 5, nel disciplinare le sanzioni, prevede che le stesse vengano applicate "a chiunque abbandona cani, gatti o qualsiasi altro animale custodito nella propria abitazione".

L'accordo Stato-Regioni, *Sul benessere degli animali da compagnia e pet-therapy*, all'art. 1, comma 2, definisce quale animale da compagnia: "ogni animale tenuto, o destinato ad essere tenuto, dall'uomo, per compagnia o affezione senza fini produttivi od alimentari, compresi quelli che svolgono attività utili all'uomo, come il cane per disabili, gli animali da pet-therapy, da riabilitazione, e impiegati nella pubblicità".

In questo senso, la Sez. II del TAR Puglia, Lecce, con una sentenza del 6 marzo 2018, n. 388 ha specificato che può considerarsi 'animale da compagnia' anche un equide (nel caso di specie un pony), nonostante le rilevanti norme non lo prevedano espressamente, con il risultato di consentirne la detenzione in un locale di servizio di una abitazione sita in un centro urbano.

In senso contrario, sembra porsi la sentenza della Sez. I del Con-

⁷ In argomento, cfr., M. PALADINO, *La disciplina pubblicistica dell'animale d'affezione*, in D. BUZZELLI (a cura di), *Animali e diritto. Modi e forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, 71; C. FOSÀ, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del "pet" da bene (di consumo) a "tertium genus" tra "res" e "personae"?*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2020, 527; ci sia consentito rinviare anche a, M. LOTTINI, *La tutela degli animali d'affezione tra diritto italiano ed europeo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 1, 2017, 104.

⁸ Regolamento (UE) n. 576/2013, del 12 giugno 2013, «*Sui movimenti a carattere non commerciale di animali da compagnia*», GUE L 178, 28 giugno 2013.

siglio di stato, del 10 gennaio 2018, n. 293, nell'ambito della quale si afferma che nella categoria di 'animali da affezione', "*rientrano esclusivamente gli animali domestici o di compagnia con esclusione della fauna selvatica, non potendo essere attribuito al dato normativo un significato rimesso a criteri di valutazione meramente soggettiva*"; la sentenza, non entra però nel merito e non opera, in realtà, un vero chiarimento, si limita solo a proporre un'interpretazione restrittiva.

Possiamo concludere, quindi, che la categoria degli animali d'affezione può estendersi potenzialmente a tutti gli animali, o quantomeno non ne esistono criteri univoci di determinazione.

Sicché, il limite previsto dall'art. 6, relativo agli animali d'affezione richiede un'interpretazione che travalica le caratteristiche etologiche degli animali, ma non può essere nemmeno legato ad un criterio strettamente soggettivo; la norma sembra, invece, volere escludere le guardie zoofile dallo svolgimento di un'attività di vigilanza 'generalizzata', per legarla al rispetto delle previsioni della legge n. 189 stessa, nonché delle specifiche norme regionali in materia di prevenzione e lotta al randagismo, ovviamente sulla base di quanto indicato nei singoli decreti di nomina.

La previsione dell'art. 6 riapre, poi, la mai sopita questione sulla possibilità di considerare le guardie zoofile quali ufficiali di polizia giudiziaria.

A questo proposito, la Circolare del Ministero dell'Interno (n. 557/PAS/U/009889/10089) distingue nettamente tra, da una parte, le guardie nominate ai sensi di norme di leggi regionali e guardie comunali (che svolgono delle funzioni generali di prevenzione e repressione delle infrazioni dei regolamenti generali e locali, relativi alla protezione degli animali ed alla difesa del patrimonio zootecnico) le quali non sono ufficiali di polizia giudiziaria⁹; e, dall'altra, le guardie zoofile *ex art. 6* a cui viene riconosciuta detta qualità.

In questo senso, il TAR Veneto, Sez. I con sentenza n. 25, del 9 gennaio 2018 che, appunto, esclude l'attribuzione, alle guardie giurate che svolgono funzioni generali, della qualifica di agente di polizia giudiziaria, richiamando a sostegno l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 27 della legge n. 157/1992 *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*. Tale articolo che disciplina la vigilanza venatoria, alla lettera a) del primo comma, riconosce tale qualifica agli agenti dipendenti degli enti locali delegati dalle regioni, mentre alla successiva lettera b) che prende in considera-

⁹ Non essendo ad esse applicabile la previsione di cui all'art. 6, comma 2.

zione gli appartenenti alle associazioni di volontariato, esclude un analogo riconoscimento “*sulla base della notoria delicatezza delle funzioni di polizia giudiziaria, presupponenti una stabile inserzione del soggetto che le esercita nel contesto organizzatorio pubblico*”¹⁰.

Ancora su questo punto, la III Sez. del Consiglio di Stato, nel 2022¹¹, ha sentenziato che non può riconoscersi la veste di agenti di polizia giudiziaria alle guardie zoofile ENPA, alla luce dell’ art. 6 l. n. 189/2004 e a seguito della perdita della personalità di diritto pubblico dello stesso ente, se non rispetto agli animali d’affezione, tra cui non considerarsi rientrante la fauna selvatica.

Ad ogni modo, le guardie giurate che svolgono funzioni generali, per esempio *ex art. 5 del D.P.R. 31 marzo 1979*, ossia quelle concernenti la prevenzione e repressione delle infrazioni dei regolamenti generali e locali, relativi alla protezione degli animali ed alla difesa del patrimonio zootecnico, possono anche vedersi attribuiti *ex post* i poteri della polizia giudiziaria conferiti sulla base dell’articolo 6, ma limitatamente all’ambito della vigilanza sugli animali d’affezione. Infatti, la norma in oggetto, secondo i giudici, “*non limita i poteri che già altre fonti hanno riconosciuto alle guardie giurate delle associazioni protezionistiche e zoofile [...] e non sottrae alcuna competenza alle guardie giurate, ma anzi ne aumenta i poteri attribuendo loro – per il solo limitato ambito della protezione degli animali di affezione – quelli della polizia giudiziaria*” (TAR Piemonte, Sez. I, 5 settembre 2016, n. 1129).

Con riguardo ai requisiti necessari in capo alle associazioni ambientaliste per ottenere il rilascio del decreto prefettizio di nomina per i propri associati, il giudice amministrativo ne propone un’interpretazione restrittiva.

In particolare, il TAR Puglia¹² chiarisce come le associazioni protezionistiche e zoofile che possono richiedere alla Prefettura il rilascio del decreto di nomina delle suddette guardie, debbano avere ottenuto uno ‘specifico riconoscimento’ dal Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, anche se la norma non è chiara sul punto, ma solo richiede ‘genericamente’ che le associazioni siano ‘riconosciute’¹³.

¹⁰ In questo senso, ancora sentenza TAR Veneto, Sez. II, 18 marzo 2004, n. 3913.

¹¹ Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2022, n. 5202.

¹² TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 17 settembre 2018, n.1344.

¹³ Su questa linea, peraltro, si era già posta la Sezione I del Cons. Stato con il parere n. 1141 del 15 aprile 2015 (reso nell’ambito di una decisione di un ricorso straordinario presentato al Presidente della Repubblica), in cui la stessa aveva chiarito che: “*le associazioni di volontariato che perseguono finalità di natura protezionistico-ambientale per poter richiedere direttamente al prefetto i decreti di nomina a guardia particolare devono essere riconosciute*”.

Questa posizione in realtà contrasta con la prassi di diverse Prefetture che sembrano riconoscere la possibilità di proporre degli associati quali guardie zoofile, non solo ad associazioni ‘riconosciute’ dal Ministero dell’Ambiente, ma anche, per esempio, ad associazioni genericamente iscritte negli albi regionali.

Di questo avviso è anche il TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, con sentenza n. 9670, del 1 ottobre 2018, ove viene chiarito che: *“nel caso di specie, dall’esame degli atti di causa risulta che l’associazione ricorrente [...], ha ottenuto l’autorizzazione ad adottare, per le associate guardie giurate zoofile volontarie l’uniforme (consistente in un fratino e in un distintivo) per l’espletamento dell’attività di vigilanza volontaria zoofila ai sensi della legge 189/2004, previa verifica della validità dei titoli prodotti, ovvero per l’associazione l’iscrizione al registro regionale quale associazione protezionistica e, per gli operatori volontari, l’avvenuto riconoscimento di guardia zoofila regionale, ai sensi della legge Regionale 21/10/1997 n. 34/97”*.

4. Conclusioni

La figura delle guardie zoofile ha dato luogo ad un intenso dibattito giurisprudenziale che riguarda, sia le modalità di nomina, che i relativi poteri e limiti di intervento, riguardanti nel caso della sentenza in oggetto l’ambito territoriale.

Le difficoltà interpretative ed applicative, come emerge dalla giurisprudenza citata, nascono anche dalla sovrapposizione di normative che individuano diverse tipologie di guardie zoofile.

Ad ogni modo, la figura delle guardie zoofile, sia nominate *ex art. 6*, che sulla base delle diverse leggi regionali in materia, persegue lo scopo di rafforzare gli strumenti di tutela giuridica degli animali e può rappresentare un valido ausilio delle amministrazioni competenti per il controllo del territorio e la prevenzione/repressione di reati contro gli animali o per evitare comportamenti che possano compromettere il loro benessere, anche in cooperazione con i Garanti degli animali che sono sempre più spesso istituiti a livello comunale¹⁴.

Il tema è divenuto ancora di maggiore interesse dopo la riforma

con provvedimento del Ministero dell’Ambiente, presupposto indefettibile ai fini dell’art. 6, secondo comma della legge n. 189/2004”.

¹⁴ Sul tema ci sia consentito rinviare a, M. LOTTINI e G. GALLO, *Le iniziative a garanzia del benessere degli animali tra ordinamento interno ed ordinamento europeo: la EU Platform on animal welfare e il Garante degli animali*, in *Cultura e Diritti*, 1/2, 2018, 103.

costituzionale che, come è noto, ha indicato all'art. 9¹⁵ la tutela degli animali quale compito della Repubblica¹⁶, poiché viene sancito che la legge dello Stato disciplini (debba disciplinare) i modi e le forme di tutela degli animali.

Nonostante nel nuovo testo costituzionale si eviti di definire gli animali come 'esseri senzienti' e si utilizzi una formula ambigua, prevedendosi una riserva di legge statale che potrebbe trovare forse migliore collocazione nell'ambito dell'art. 117 della Costituzione, la riforma del 2022 rappresenta un indubbio e fondamentale passo in avanti, che ci pone in linea con le esperienze di altri Paesi dell'Unione europea (e non solo)¹⁷, nonché con il diritto eurounitario.

In particolare, infatti, la Costituzione tedesca prevede un articolo (20 a – introdotto nel 2002) secondo cui, tenendo in considerazione gli interessi delle future generazioni, lo Stato federale deve proteggere le basi naturali della vita e gli animali, attraverso un'azione legislativa, esecutiva e giudiziaria nel rispetto delle previsioni costituzionali (*“Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung”*). Sulla stessa linea, la Costituzione lussemburghese, art. 11 bis e la Costituzione austriaca.

Inoltre, il nuovo articolo 9 opera una netta distinzione concettuale tra la tutela degli animali e quella dell'ambiente/biodiversità, conformandosi così perfettamente al testo dell'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea; quest'articolo, introdotto con la riforma di Lisbona, impone a Stati membri ed Unione di tenere pienamente conto, nell'ambito delle rispettive competenze, del benessere degli animali, qualificati come 'esseri senzienti'. L'animale deve essere tutelato nella sua individualità, come titolare di specifici interessi e, quindi, non può essere considerato come 'cosa'. In altre parole, la tutela dell'animale, a differenza (per esempio) della tutela

¹⁵ F. RESCIGNO, *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?*, in D. BUZZELLI (a cura di), *Animali e diritto. Modi e forme di tutela*, Pisa, 13; C. DE ANGELIS, *Il letto di Procuete. Note a margine sul diritto degli animali in Costituzione*, Ibid., 35; C. CUPELLI, *La salvaguardia degli animali in Costituzione: le ricadute sul sistema penale della legge costituzionale n. 1 del 2022*, Ibid., 61.

¹⁶ Ci sia, ancora, consentito rinviare a, M. LOTTINI, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *CERIDAP*, 3, 2022, 56.

¹⁷ La Costituzione indiana, tra le altre cose, inibisce gli atti di crudeltà verso gli animali e promuove la tutela degli animali selvatici e degli uccelli.

dell'ambiente, viene concepita come una tutela diretta, ossia non legata al soddisfacimento di interessi umani, ovvero alla realizzazione di diritti (fondamentali);

Sicché, con l'inserimento degli animali in Costituzione viene effettuato un enorme salto teorico, poiché viene garantita tutela costituzionale a dei 'soggetti senzienti non-umani' e viene previsto che la tutela sia un 'dovere' della Repubblica; il benessere degli animali è riconosciuto come un valore¹⁸ da tutelare ed un interesse pubblico che deve essere ponderato e non può essere sacrificato *sic et simpliciter*, ma solo a seguito di una valutazione di necessità e proporzionalità, sul presupposto che gli animali sono esseri 'senzienti'; siffatta valutazione deve coinvolgere tutti gli attori del panorama costituzionale, non solo il legislatore, ma anche le amministrazioni e i giudici. Su questa linea, giova ricordare che al diritto alla vita degli animali, è stata attribuita una tutela rafforzata¹⁹ dal massimo giudice amministrativo, in linea appunto con il disposto dell'art. 9 che si chiarisce contiene un principio supremo inviolabile della nostra Costituzione²⁰. In questo contesto, si inseriscono le varie previsioni normative riguardanti le guardie zoofile che, seppure non prive di criticità, si pongono perfettamente in linea con gli sviluppi normativi e con il mutato sentire collettivo, che richiede un sempre maggiore impegno a tutti i livelli per garantire il benessere animale, non solo da un punto di vista normativo, ma anche operativo, in sinergia tra le varie autorità competenti e le organizzazioni di volontariato che agiscono sul territorio.

Benessere animali, guardie zoofile, limiti territoriali

¹⁸ G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2022, 362.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. III, decr. pres., 21 settembre 2023, n. 3880.

²⁰ Cons. di Stato, Sez. III, ord., 14 luglio 2023, n. 2920.

Strumenti di difesa nel settore turistico contro la diffusione di false informazioni in rete

MARINA ROMANO

Ricercatore IUS01 Università degli Studi di Napoli Parthenope

Abstract

Internet è attualmente il più rilevante canale di distribuzione di prodotti e servizi turistici. Il mercato è infatti dominato dalle grandi piattaforme informatiche che consentono alle imprese turistiche di accedere ad una vetrina virtuale che non ha confini geografici, quindi praticamente illimitata. Dal lato degli utenti, invece, l'accesso a queste piattaforme permette loro di poter comparare in qualsiasi momento le varie offerte, sia dal punto di vista qualitativo che economico.

La facilità di accesso alla rete e la sua gratuità, hanno altresì generato il fenomeno delle recensioni e dei commenti veicolati dagli stessi utenti attraverso le piattaforme di condivisione, relativi a strutture ricettive dove hanno soggiornato, o di ristoranti e siti turistici che hanno visitato. Questa realtà implica la diffusione in rete di una enorme quantità di informazioni, rispetto alle quali si pone la necessità che siano veritiere, sia in ragione del corretto funzionamento del mercato che della tutela dell'utente.

Si rende pertanto necessario attenzionare gli strumenti normativi posti a presidio di questi obiettivi.

Internet is currently the most important distribution channel for tourism products and services. The market is in fact dominated by large IT platforms that allow tourism businesses to access a virtual showcase that has no geographical boundaries and is therefore practically unlimited. On the user side, however, access to these platforms allows them to compare the various offers at any time, both from a qualitative and economic point of view.

The ease of access to the network and its free nature have also generated the phenomenon of reviews and comments conveyed by users themselves through sharing platforms, relating to accommodation facilities where they have stayed, or restaurants and tourist sites they have visited.

This reality involves the dissemination of an enormous amount of information online, which requires that it be truthful, both for the correct functioning of the market and for the protection of the user.

It is therefore necessary to pay attention to the regulatory instruments established to safeguard these objectives.

Sommario: 1. *Internet* ed il ruolo delle informazioni nel mercato turistico 2. La posizione delle grandi piattaforme di intermediazione nella gestione delle informazioni 3. Le recensioni degli utenti in rete e la questione della “reputazione digitale” 4. La recente normativa a tutela degli attori del mercato turistico nei confronti della diffusione di informazioni false

1. *Internet* ed il ruolo delle informazioni nel mercato turistico

L'avvento di *internet* ha determinato un profondo cambiamento nelle dinamiche del settore turistico; questo infatti è diventato il principale canale di distribuzione dei servizi turistici, non solo nella forma dei tradizionali pacchetti turistici, ma soprattutto in quella, oramai molto più diffusa, dei pacchetti “personalizzati” dallo stesso utente. L'intermediazione nella vendita di prodotti turistici, che fino a qualche tempo fa era riconducibile alle “tradizionali” agenzie di viaggi, è diventata progressivamente un'attività svolta prevalentemente da grandi piattaforme informatiche a cui i clienti si rivolgono direttamente ed attraverso le quali possono acquistare in autonomia il proprio servizio turistico, realizzando essi stessi la “combinazione” più rispondente alle loro specifiche esigenze.

I siti *web* dei fornitori dei vari servizi turistici e dei *tour operator*, insieme con le grandi piattaforme quali *Booking*, *Expedia*, *Edreams*, attraverso cui sono veicolate le varie offerte, costituiscono dunque l'ambito entro cui si concludono oggi la maggioranza degli scambi che avvengono nel mercato turistico.

Dal punto di vista degli operatori turistici, difatti, l'accesso alla rete ha consentito loro di poter utilizzare una sorta di vetrina virtuale, senza confini geografici, pertanto illimitata, con un enorme vantaggio in termini di ampiezza nella diffusione dell'offerta ed un sostanziale risparmio di costi di pubblicità; questo ha determinato la possibilità di proporre ai clienti servizi e pacchetti turistici “tutto compreso” a prezzi sempre più competitivi.

Dal lato dell'utente, l'accesso alla rete ha reso possibile la comparazione in qualunque momento delle diverse offerte sia sul piano qualitativo, che economico, potendo scegliere così la formula turistica più conveniente e conforme alle proprie specifiche esigenze¹.

Ciò si traduce nell'effetto rete, secondo cui l'incremento delle transazioni che avviene in una determinata piattaforma è, esso stesso, causa dell'aumento del “valore di mercato e reputazionale” della

¹ Il fenomeno è descritto in modo dettagliato sia dal lato dell'impresa che da quello del cliente, da: F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione on line e i motori di ricerca*, in *Dir. inf.*, 2021, 397.

medesima piattaforma².

Il descritto fenomeno implica la circolazione in rete di un'enorme quantità di informazioni³ veicolate attraverso queste piattaforme digitali che raccolgono, e quindi gestiscono, una grande mole di dati anzitutto dal lato dell'offerta delle strutture recettive e dei *tour operator*; ciò le rende pertanto profonde conoscitrici dell'andamento del mercato. Dal lato dei turisti, invece, queste piattaforme acquisiscono i dati relativi alle loro preferenze, alla loro capacità di spesa ecc.; in altre parole, gli utenti divengono oggetto di mirate attività di profilazione, utilizzate poi per influenzarne i gusti.

In argomento, la dottrina ha avuto modo di segnalare che le implicazioni giuridiche della circolazione di queste informazioni coinvolgono svariati aspetti: dalla tutela della *privacy*, alla utilizzazione e cessione a terzi del complesso delle informazioni, al diritto *antitrust* in ragione della tutela delle condizioni di concorrenza nel mercato⁴.

L'utilizzo di *internet* ha inoltre generato il fenomeno delle informazioni diffuse dagli stessi utenti che veicolano attraverso le piattaforme di condivisione le loro recensioni sulle strutture recettive in cui hanno soggiornato, sui ristoranti e sui siti turistici che hanno visitato, orientando in tal modo le scelte e le preferenze di altri utenti.

Il fenomeno ha assunto dimensioni notevoli tanto che alcune piattaforme di condivisione devono il loro successo proprio a questa "pratica del passaparola". Tale pratica è spesso anche corredata da documentazione fotografica, in cui tutto può "fare informazione"⁵. La diffusione delle informazioni in rete è peraltro un fenomeno che attualmente coinvolge tutto il sistema di scambi; tuttavia il ruolo delle informazioni ha un valore particolarmente intenso nel settore turistico in ragione delle stesse caratteristiche del prodotto viaggio/vacanza, la cui valutazione potrà essere effettuata dal turista/viaggiatore solo al momento della sua completa fruizione. Pertanto, la ricerca in via preventiva delle informazioni sulla futura mèta di viaggio, allo scopo di trovare la combinazione più congeniale, è un'attività che oramai ogni utente effettua sempre prima di procedere alla scelta.

² Così, testualmente: F. RUGGERI, *Regole di trasparenza* cit., 397.

³ Sul ruolo delle informazioni nell'ottica di eliminare le disuguaglianze tra gli attori del mercato: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, n *Rass. dir. civ.*, 1990, 327.

⁴ Sul punto: E. CAPOBIANCO, *La diffusione e la circolazione delle informazioni nel mercato turistico*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 515.

⁵ Così: M. COLANGELO, V. ZENO ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e snago*, in *Dir. inf.*, 2015, 74.

La necessità quindi che le informazioni che circolano in rete siano veritiere, se costituisce un'esigenza diffusa in tutto il sistema economico⁶, nel settore turistico, si pone proprio come una condizione essenziale, sia nella prospettiva della tutela del turista/viaggiatore, il quale dovendo scegliere il servizio turistico fondandosi unicamente sulle caratteristiche e le qualità promesse dall'intermediario o dall'organizzatore, è facilmente influenzabile da recensioni o commenti che provengono da altri utenti, sia nella prospettiva della tutela degli stessi gestori delle strutture turistiche, che possono essere molto danneggiati in conseguenza di false recensioni.

Si rende pertanto opportuno, dopo aver analizzato il fenomeno nelle sue dirette implicazioni, verificare sul piano normativo quali solo le difese che il legislatore ha predisposto in funzione della tutela degli attori del mercato turistico contro tale fenomeno fortemente distorsivo.

2. La posizione delle grandi piattaforme di intermediazione nella gestione delle informazioni

Con il recepimento della direttiva 2011/83/UE, avvenuta nel nostro ordinamento con il dlgs. 21 febbraio 2014 n. 21, il legislatore ha apportato significative modifiche al codice del turismo in ragione dei cambiamenti avvenuti nel settore, connessi all'utilizzo crescente di *internet* nell'acquisto di servizi turistici. Ciò ha comportato l'esigenza di aggiornare la disciplina di tutela del turista/viaggiatore, principalmente sotto il profilo del rafforzamento dell'apparato informativo gravante sugli intermediari e sugli organizzatori di viaggio.

Questi nuovi obblighi informativi, sono oggi distinti più dettagliatamente in: obblighi nella fase precontrattuale, obblighi al momento della conclusione del contratto di viaggio ed obblighi resi all'inizio del viaggio/vacanza⁷. Essi sono funzionali alla tutela del turista/

⁶ Peraltro, la questione della circolazione in rete di informazioni non veritiere è solo uno degli aspetti del fenomeno; è stato evidenziato, difatti, che un'informazione non aggiornata, anche se inizialmente era completa e vera, finisce comunque per diventare falsa nella misura in cui è superata. Inoltre, nella medesima prospettiva, è stata altresì sollevata la questione della contestualizzazione dell'informazione, che estrapolata dal suo ambito iniziale, perde il senso con cui era stata inserita inizialmente e si considera de-strutturata. Pur tuttavia, entrambi i tipi di informazione restano per sempre in rete. Così: L. CAROTA, *Diffusione di infomazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2017, 627.

⁷ Prima delle modifiche del 2018, l'attività informativa si concentrava nel rilascio dell'o-

viaggiatore contro possibili “sorprese” che potrebbero sorgere durante la fase di fruizione dei servizi acquistati.

Le informazioni rese all’utente in queste fasi⁸ costituiscono, infatti, il parametro per valutare successivamente il sorgere della responsabilità contrattuale sia dell’organizzatore che dell’intermediario, nelle ipotesi di difetti di conformità dei servizi turistici rispetto a quanto promesso⁹.

Riguardo a questo apparato informativo, che potremmo qualifica-

puscolo informativo, c.d. *depliant* illustrativo, che doveva contenere una serie di informazioni considerate obbligatorie allo scopo di consentire al cliente di operare una scelta quanto più possibile consapevole in riferimento alle caratteristiche del prodotto, come gli *standard* qualitativi, l’ubicazione delle strutture, le caratteristiche del trasporto ecc.

⁸ In ordine alla fase precontrattuale, il legislatore ha prescritto ai sensi dell’art. 34 cod. tur. che allo scopo di tutelare l’utente “prima” della scelta, deve essere rilasciato un modulo informativo standard ed una serie di informazioni che sono dettagliatamente elencate al comma 1, relative, tra l’altro, anche alle caratteristiche del viaggio in riferimento a persone con mobilità ridotta. In argomento: G. GIANDOTTI, *sub art. 34 cod. tur., Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI, Napoli, 2018, 1214.

L’obbligo grava indifferentemente sull’organizzatore del viaggio e sul venditore, ed anche, ai sensi dell’art. 34, 3° comma, su ogni professionista coinvolto in un servizio turistico collegato di cui all’art. 33, 1° comma, lettera c), n. 2/4, in cui la vendita è avvenuta mediante un processo collegato di prenotazione telematica, dove il professionista con cui è stato concluso il primo contratto, trasmette i dati dell’utente al professionista successivo con cui sarà concluso il contratto non oltre le ventiquattro ore dalla conferma della prenotazione del primo. A tale ultimo proposito, occorre altresì dar conto che la previsione dei “servizi turistici collegati” è stata un’altra novità della riforma del 2018, con cui il legislatore ha inteso adeguare la tutela del turista/viaggiatore alle nuove modalità di conclusione delle vendite dei pacchetti turistici, dovute all’utilizzo massiccio di *internet*. In argomento, tra i tanti: R. SANTAGATA, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2021, 283.

Per quanto concerne le informazioni al momento della conclusione del contratto, ai sensi dell’art. 36, 2° comma, queste sono relative, tra l’altro, alla dichiarazione dell’organizzatore sulla sua responsabilità per l’esatta esecuzione di tutti i servizi dedotti nel contratto, e del suo impegno nel prestare assistenza in caso di difficoltà del viaggiatore, oltre che ai recapiti di un suo rappresentante nel luogo di destinazione.

Al momento dell’inizio del viaggio sono poi previste le informazioni di cui all’art. 36, 8° comma, relative più specificamente agli orari di partenza, di arrivo e delle eventuali coincidenze.

⁹ Il turista/viaggiatore potrebbe ricorrere, in presenza del requisito della gravità dell’inadempimento, anche all’azione di risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno, anche di quello “da vacanza rovinata” previsto dall’art. 46 cod. tur. esperibile in presenza di determinati presupposti, oppure anche alla riduzione del prezzo in misura proporzionale al difetto che si è verificato.

re come quello prodromico alla conclusione del contratto con uno specifico cliente, l'art. 37, 2° comma, cod. tur., stabilisce il divieto di informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto. Inoltre, anche nella fase di pubblicità o in quella precontrattuale, vige il divieto di pratiche commerciali scorrette di cui al Titolo III, Capo II, cod. cons, qualora le informazioni rese o pubblicizzate, sotto forma di informazioni ingannevoli, incomplete o di omissioni, siano state idonee ad indurre il viaggiatore medio in errore¹⁰.

Per quanto riguarda, invece, il complesso delle informazioni acquisite e gestite in rete dalle grandi piattaforme di intermediazione e veicolate agli utenti che si rivolgono ad esse per prenotare attraverso il loro sito *internet*, voli, hotels e pacchetti turistici, la questione della falsità, ingannevolezza od omissione di esse ha dirette ripercussioni sulle scelte degli utenti che possono essere attirati da offerte, apparentemente vantaggiose, che li induce ad accantonare altre possibilità che sono parse alla comparazione come meno convenienti. Può invece accadere che successivamente le offerte opzionate si possano rivelare non veritiere, inesistenti o addirittura molto onerose, determinando in tal modo un'alterazione delle condizioni di mercato per le imprese.

La casistica è piuttosto ampia, soprattutto in riferimento alle c.d. OTA (On Line Travel Agencies), come Edreams o Expedia, che hanno riportato nei loro siti alcune informazioni, relative alla disponibilità di voli e sistemazioni alberghiere non veritiere, oppure informazioni relative a sistemi di pagamento dei prodotti e servizi turistici con carte di credito o di debito che comportavano l'addebito di somme non dovute dal cliente e che sarebbero state rimborsate solo dopo un tempo relativamente lungo, non giustificabile. Tali pratiche, hanno determinato l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che le ha sanzionate in quanto pratiche commerciali scorrette, nella forma di informazioni ingannevoli perché riferite ad offerte non più valide; dunque un comportamento contrario alla diligenza professionale ed idoneo ad indurre confusione nel destinatario, al quale non sarebbe stata così consentita

¹⁰ Così: R.SANTAGATA, *Manuale di diritto del turismo* cit., 298. In argomento: C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 705; G. CHIAPPETTA, *Il rapporto da comunicazione commerciale ed il principio di autodeterminazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 267; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 699.

l'esatta ed immediata percezione di tutti gli elementi che componevano l'offerta¹¹.

In argomento, è interessante osservare che l'AGCOM ha operato una ricostruzione dell'attività di queste OTA in chiave di intermediarie che svolgerebbero la loro attività come mandatarie del viaggiatore; ciò imporrebbe l'assolvimento dei doveri di diligenza che devono essere valutati con particolare rigore in funzione dell'obbligo di protezione della posizione del viaggiatore. L'Autorità ha sostanzialmente equiparato le OTA alle agenzie di viaggio tradizionali che collocano nel mercato i servizi turistici assemblati dall'organizzatore¹².

Un caso più recente è quello che ha visto coinvolta la nota piattaforma di prenotazione di strutture ricettive Booking che ha pubblicato sul suo sito, e poi consentito la prenotazione da parte di un gruppo di clienti, di un'offerta da parte di una struttura alberghiera, risultata poi inesistente¹³. In argomento i Giudici di merito hanno deciso di condannare Booking al risarcimento del danno, poichè in qualità di mediatore tra le parti ed in adempimento del dovere di correttezza e di veridicità delle informazioni veicolate attraverso il proprio sito, avrebbe dovuto controllare sia i requisiti minimi della struttura pubblicizzata, come i recapiti e la rispondenza alla realtà di quanto "caricato" sul sito, sia soprattutto l'esistenza della struttura stessa.

¹¹ Come detto, la casistica è molto ampia e solo esemplificativamente si riportano i casi Expedia e Edreams, peraltro molto noti, che hanno comportato le sentenze dell'AGCOM del 16 febbraio 2011 n. 22120 (PS1442), in *Boll.*, 8/2011 e AGCOM del 16 febbraio 2011 n. 22119 (PS680), *ivi*.

¹² Con le modifiche del 2018 al codice del turismo, è stata distinta la figura dell'intermediario di viaggio da quella dell'organizzatore. In argomento, si rinvia, per tutti, a: R. SANTAGATA, *Manuale di diritto del turismo* cit., 322.

Sulle OTA, cfr. anche: M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on line* cit., 78.

¹³ La vicenda ha visto coinvolti un gruppo di turisti che avevano prenotato con largo anticipo il pernottamento in una struttura ricettiva sita in una nota isola delle Baleari. In prossimità della partenza, si vedevano cancellare la prenotazione da parte di Booking e, effettuata un'indagine, avevano scoperto che tale intervento della piattaforma era dovuto alla circostanza che la struttura ricettiva fosse inesistente. Erano stati dunque costretti, all'ultimo momento, a prenotare un nuovo alloggio. Da qui la richiesta del risarcimento del danno, sia di quello patrimoniale, dovuto al maggior esborso economico per la differenza di prezzo tra le strutture, sia di quello non patrimoniale, relativo allo stress, conseguente alla difficoltà di dover riorganizzare la vacanza in modo frettoloso. Sul punto: C. RUGGIERO PERRINO, *Responsabilità di Booking.com per non aver controllato le informazioni caricate sul proprio sito web*, nota a Trib. Modena, 5 ottobre 2021, in *Riv. dir. tur.*, 2022, 251.

3. Le recensioni degli utenti in rete e la questione della “reputazione digitale”

Le stesse caratteristiche della rete, quali la gratuità dell'accesso e la rapidità delle comunicazioni, consentono agli utenti, attraverso le c.d. piattaforme di condivisione, di veicolare a loro volta informazioni, conversazioni e recensioni di hotels, ristoranti, siti turistici ecc. in cui hanno soggiornato, influenzando così le scelte di altri utenti. E' evidente come anche questo fenomeno, che ha assunto notevoli dimensioni, possa avere delle ripercussioni sul mercato¹⁴, potendo decretare il successo o viceversa l'insuccesso, di alcune imprese turistiche. Si parla, a tal proposito, di reputazione digitale¹⁵, in riferimento proprio a tutto ciò che riguarda una determinata struttura turistica e che ne determina “il gradimento” presso gli utenti. Anche in questo caso, si rende necessario che queste informazioni siano rispondenti alla verità, poiché false informazioni potrebbero recare gravi danni alle imprese alle quali queste recensioni o informazioni si riferiscono.

Un caso emblematico si è posto in riferimento alla notissima piattaforma di condivisione TripAdvisor che, pur avendo pubblicizzato sul suo sito che le “informazioni, i consigli di viaggio e le opinioni riportate sono di viaggiatori veri”, si è poi scoperto che invece questa non era in grado di controllare tali circostanze¹⁶.

La questione è stata posta all'attenzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha sanzionato TripAdvisor, riscontrando la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere. A giudizio dell'Autorità, le condotte contestate avrebbero violato gli artt. 20, 21 e 22 cod. cons., “risultando idonee a indurre in errore una vasta platea di consumatori in ordine alla natura e alle caratteristiche principali del prodotto e ad alterarne il comportamento economico”¹⁷.

¹⁴ Così: M. COLANGELO, V. ZENO ZENCOVICH, *La intermediazione* on line cit., 73.

¹⁵ In argomento: L. CAROTA, *Diffusione di informazioni in rete* cit., 624; A. RICCI, *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2011, 1299; B. BLASCO, *Falsità della recensione in internet, astroturfing e scorrettezza delle pratiche commerciali*, in *Contr.*, 2017, 232.

¹⁶ L'impulso alla vicenda è stato dato dalla Associazione Federalberghi che, dopo essersi registrata sul sito della piattaforma con un *account* di fantasia di Google+, ha poi rilasciato una recensione inventata su una struttura alberghiera non più presente sul mercato, e tale recensione è poi rimasta visibile sulla piattaforma anche per un certo tempo, per poi essere rimossa.

¹⁷ AGCOM 19 dicembre 2014 n. 25237 (PS9345), *Boll.* 50/2014. Per un approfondi-

Un altro caso di false recensioni ha riguardato il noto motore di ricerca Google, che è stato chiamato in causa da un ristorante di Genova che aveva scoperto di essere stato oggetto di recensioni diffamatorie in modo ripetuto da parte di soggetti ignoti, subendo così un grave pregiudizio economico conseguentemente al calo del punteggio ad esso attribuito al proprio locale proprio dal motore di ricerca¹⁸. Anche in questo caso, è stato evidenziato che la piattaforma era manchevole sotto il profilo dell'obbligo di diligenza, obbligo che le avrebbe consentito di riconoscere facilmente la falsità delle recensioni. In tal modo avrebbe potuto così provvedere tempestivamente ed in modo autonomo alla rimozione, evitando il pregiudizio sofferto dalla struttura.

4. La recente normativa a tutela degli attori del mercato turistico nei confronti della diffusione di informazioni false

Il contrasto alla circolazione di informazioni false rientra nel più generale obiettivo del legislatore di garantire nella rete condizioni di trasparenza, a presidio dell'affidabilità delle relazioni contrattuali tra tutti gli attori del mercato, quale premessa per lo sviluppo dell'economia digitale.

In questa prospettiva, il Regolamento 2022/2065/UE – Digital Service Act del 19 ottobre 2022, destinato a sostituire la normativa sul commercio elettronico di cui al d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70,

mento: L. VIZZONI, *Recensioni non genuine su TripAdvisor: quali responsabilità?* in *Resp. civ. prev.*, 2018, 708; L. CAROTA, *Diffusione di informazioni in rete* cit., 637.

Occorre dar conto, che il Tar Lazio ha accolto l'appello della piattaforma TripAdvisor con sentenza 13 luglio 2015 n. 9355, in *Dir. inf.*, 2015, 494. Per una critica alla decisione del Tar: E. CAPOBIANCO, *La diffusione e la circolazione delle informazioni* cit., 528.

Successivamente, invece, il Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 15 luglio 2019 n. 4976, ha confermato la posizione dell'AGCOM e ha riconosciuto l'esistenza di una pratica commerciale scorretta, in quanto idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore medio in relazione ai servizi promossi.

¹⁸ Trib. di Roma, ordinanza del 21 settembre 2020, in *www.dirittoegustizia.it*, 9 dicembre 2022, con nota di M. ALOVISIO, *Responsabilità degli hosting provider e rimozione delle recensioni false*. In particolare, le recensioni false si riferivano a prodotti addirittura non commercializzati dal ristorante, ed inoltre riportavano l'indicazione di una città diversa da quella in cui era realmente ubicato il ristorante. Il Giudice di merito ha anche ordinato al motore di ricerca di rendere inaccessibili le recensioni oggetto di causa, nonché di ripristinare il punteggio che era stato assegnato al ristorante nel periodo precedente alla divulgazione incriminata.

ha sostanzialmente lo scopo di rendere la rete un ambiente sicuro ed affidabile, imponendo alle piattaforme di intermediazione di presentare prodotti e veicolare informazioni, in modo tale che sia evidente, per il consumatore medio e ragionevolmente informato, che tali prodotti o informazioni siano riconducibili alla piattaforma stessa oppure a soggetti sui quali la piattaforma abbia esercitato il suo controllo, anche rimuovendo i contenuti illegali¹⁹.

Successivamente, con l'emanazione del d.lgs. 7 marzo 2023 n. 26 il legislatore ha finalmente recepito nel nostro ordinamento la direttiva 2019/2161/UE, c.d. direttiva "omnibus" che ha introdotto specifiche disposizioni, che hanno modificato il codice del consumo, in quanto deputate a contrastare le insidie nella rete nella suindicata prospettiva.

Nello specifico, l'art. 22, comma 5 *bis*, cod. cons. prescrive che le piattaforme di condivisione debbano rendere palese le modalità con cui garantiscono agli utenti che le recensioni che in esse sono veicolate, siano anzitutto realmente provenienti da consumatori, ed in secondo luogo che siano provenienti da consumatori che hanno effettivamente utilizzato il prodotto.

In altre parole, è compito della piattaforma garantire "l'esatta provenienza" dell'informazione, nel senso che questa sia riconducibile ad un soggetto che abbia realmente espresso in rete un commento, che può essere anche negativo, purchè sia veritiero, sul prodotto o sulla struttura recettiva, relativamente al settore turistico. La questione centrale è infatti che il commento o la recensione sia veritiera, e pertanto riconducibile ad una manifestazione trasparente di pensiero.

In secondo luogo, il successivo art. 23 cod. cons. lett. *bb-ter*), e *bb-quater*) qualifica come pratiche commerciali, in ogni caso ingannevoli, l'inserire l'informazione da parte delle piattaforme, nelle proprie comunicazioni agli utenti, che le recensioni, cui si consente l'accesso, siano provenienti da consumatori che hanno realmente utilizzato il prodotto in questione, senza aver adottato invece tutte

¹⁹ Cfr.: A. SARDINI, *La "product liability" e il commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, 2021, 95.

Il concetto di contenuto illegale è particolarmente ampio, in quanto si considera illegale qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato Membro.

In argomento: G. CACCIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolamentazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione Europea*, in G. CACCIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, 3; G. MORGESE, *Proposta di Digital Service Act e rimozione dei contenuti illegali online*, *ivi*, 31.

le misure volte a verificare la veridicità di tale affermazione.

Infine, costituisce una pratica commerciale in ogni caso ingannevole, invitare o incaricare un'altra persona, fisica o giuridica, ad inviare false recensioni, oppure falsi apprezzamenti, oppure ancora fornire false informazioni a scopi commerciali.

In quest'ultimo caso, si vuole contrastare un fenomeno, certamente contrario all'obbligo di correttezza che deve sussistere nelle relazioni tra gli attori del mercato, volto ad incrinare la "reputazione digitale" di una struttura recettiva oppure di un prodotto, al solo scopo di eliminare per tale via un proprio concorrente.

In conclusione, l'apparato normativo suindicato presenta sicuramente degli elementi di novità nella prospettiva di una tutela più completa e stringente sia dell'utente della rete, il quale vuole acquistare prodotti o servizi turistici corrispondenti alle proprie necessità, che delle imprese virtuose, che devono poter contare su relazioni contrattuali affidabili. Occorrerà, tuttavia, attendere la fase dell'applicazione di tali norme e di monitoraggio, affinché possa essere più chiaro in che misura si possono considerare centrati gli obiettivi iniziali.

Algoritmi informatici e amministrazioni pubbliche: ulteriori chiarimenti dal giudice amministrativo

MARIA TERESA CAROTENUTO

(Dottoranda in Diritto delle amministrazioni pubbliche - Università di Napoli Suor Orsola Benincasa)

Abstract

Negli ultimi anni, tutti gli ambiti economici e sociali sono stati permeati da un'incessante diffusione delle nuove tecnologie intelligenti. Tale innovazione tecnologica ha influenzato in modo pervasivo e dirompente anche l'attività amministrativa.

In particolare, la sentenza del TAR Campania in esame si interroga circa i limiti del ricorso agli algoritmi informatici all'interno dei procedimenti amministrativi.

Il presente contributo, muovendo dall'analisi della normativa vigente, delle posizioni della dottrina e delle acquisizioni della giurisprudenza, mira ad indagare se l'impiego di tali strumenti tecnologici possa ledere la tenuta del reticolo normativo ordinario e i principi ad esso sottesi.

In recent years, all economic and social sectors have been penetrated by the relentless spread of new smart technologies. This technological innovation has also had a profound and disruptive impact on administrative activity.

In particular, this case note focuses on the ruling of the Campania Regional Administrative Court, which questions the limits of the use of computer algorithms in administrative procedures. On the basis of an analysis of the legislation in force, the doctrinal positions and the case law, this contribution aims to examine whether the use of such technological tools can undermine the tightness of the ordinary regulatory framework and its underlying principles.

Sommario: 1. Premessa 2. La sentenza n. 7003/2022 del T.A.R. Campania 3. I principi conati dalla giurisprudenza 3.1. Il principio di trasparenza 3.2. Il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e la centralità della “riserva di umanità” 3.3. La non discriminazione algoritmica come declinazione dell’amministrazione imparziale 4. Il nodo della discrezionalità quale area di ricorso alla automazione 5. Conclusioni.

1. Premessa

L’azione della Pubblica Amministrazione si sostanzia nella cura degli interessi pubblici stabiliti dalla legge. Al fine di perseguire tale scopo, gli organi pubblici operano, di norma, mediante procedimento amministrativo¹.

In particolare, giova rilevare che quest’ultimo sia stato influenzato dall’incessante progresso tecnologico attuatosi nell’ultimo trentennio². In un’era connotata da un’agevole accessibilità alla rete internet e da un’esponentiale diffusione di contenuti mediante mezzi telematici³, anche la P.A. ha fatto ricorso, nello svolgimento del procedimento amministrativo, agli algoritmi informatici⁴.

Questi ultimi rappresentano una sequenza ordinata di operazioni di calcolo che, in via informatica, è in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande⁵.

¹ Non essendo questa, per evidenti ragioni di economia espositiva, la sede per analizzare l’evoluzione della nozione di procedimento amministrativo, ci si limita a rinviare a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 ss.; M. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 259 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

² Secondo G. BUONO, *Rapporto 4/2022 – Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, 261 le applicazioni di IA possono essere classificate in tre categorie: a) la IA “fisica”, con un importante livello di indipendenza nel mondo fisico (robotica, auto a guida autonoma, droni); b) la “IA di facilitazione”, utilizzata a supporto di attività operative effettuate dagli umani (quale per esempio comprensione del linguaggio naturale piuttosto che riconoscimento delle immagini); c) la IA “cognitiva”, adoperata per l’analisi di ampie moli di dati a supporto di processi cognitivi o decisionali (*machine learning*, sistemi predittivi, algoritmi di ricerca e ottimizzazione, gestione della conoscenza...).

³ G. DYSON, *La cattedrale di Turing, Le origini dell’universo globale*, Torino, 2012, 356 afferma che: “Facebook definisce chi siamo, Amazon definisce cosa vogliamo e Google definisce cosa pensiamo”.

⁴ Sul punto P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 87-89 dichiara che: “Magnifico da un’importanza scientifica che si estende dai fondamenti teorici alle più imprevedibili applicazioni materiali”, il codice algoritmico sta, infatti, rapidamente assurgendo a “portatore autonomo di una credibilità che sconfigge, a tratti, in una veridicità di stampo divino”.

⁵ Così la cit. sentenza di Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in www.giustizia-amministrativa.it con la quale, in accoglimento dell’appello, viene riformata la sentenza del TAR. Lazio, 1 dicembre 2016, n. 12026. V. anche F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere*

Invero, inizialmente l'uso di tali strumenti è stato visto in dottrina con una certa diffidenza, giacché si è ritenuto che gli stessi fossero frutto di asettici e freddi calcoli razionali basati su dati. È stato, infatti, rilevato che essi non potessero mai sostituire l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria, affidata ad un funzionario, è in grado di svolgere. Per tale motivo, tali procedure sono state relegate ad un ruolo strumentale e meramente ausiliario e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo.

Recentemente, la giurisprudenza amministrativa ha, invece, statuito che l'utilizzo di tali meccanismi non deve essere stigmatizzato, ma anzi incoraggiato poiché permette alla P.A. di ridurre le tempistiche procedurali e le risorse impiegate, nonché di addivenire ad una maggiore imparzialità della decisione⁶.

Tuttavia, la capacità degli algoritmi informatici di effettuare operazioni automatizzate, in grado di sostituirsi all'attività umana, ha portato in emersione il rischio di un'incompatibilità di tali strumenti con i principi vigenti nell'ordinamento.

A tal riguardo nel novembre del 2022 si è pronunciato il Tar Campania (sent. n. 7003/2022), che ha in parte confermato l'indirizzo maggioritario formatosi in giurisprudenza amministrativa circa l'uso di tali algoritmi informatici all'interno del procedimento, chiarendo e dissipando molteplici dubbi che erano sorti in materia.

2. La sentenza n. 7003/2022 del T.A.R. Campania

La pronuncia del Tar Campania ha ad oggetto la domanda di annullamento di due provvedimenti adottati dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (d'ora innanzi AGEA), mediante l'utilizzo di algoritmi informatici, nei confronti del privato Aniello Lamanna.

In particolare il ricorrente si doleva dell'illegittimità di tali provvedimenti, giacché frutto di un ricalcolo, in suo danno, delle somme di denaro dallo stesso già percepite a titolo di indennità compensativa. Quest'ultima gli era stata, infatti, devoluta al fine di remunerare almeno parzialmente i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dov-

delle decisioni amministrative tra open e big data, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 799 ss. Per una definizione di algoritmo si veda M.C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DE MININ, G. MONTEMAGNI, *Paper sui principi tecnici*, in *Statuto etico e giuridico dell'IA*, Fondazione Leonardo – *Civiltà delle macchine*, 2019, 13 che richiama www.treccani.it.

⁶ G. COCOZZA, *Il provvedimento amministrativo mediante algoritmo*, in www.dirittoamministrativo.it, 2021.

ti alla particolare ubicazione dei fondi agricoli, di cui lo stesso era proprietario.

In proposito, l'art. 6 dei bandi attuativi di tali provvedimenti compensativi aveva specificamente disciplinato la procedura di calcolo dell'algoritmo adoperato per il computo della misura.

Proprio in base a tale operazione, l'AGEA aveva devoluto al ricorrente un'indennità. Tuttavia, essa aveva successivamente rielaborato le domande del privato, facendo applicazione di un nuovo algoritmo di calcolo degli importi delle riduzioni e delle sanzioni. Dall'esperimento della nuova procedura si era riscontrato che erano stati versati in favore del ricorrente delle somme in eccesso e, quindi, da recuperare.

Il Tar Campania ha, pertanto, accolto il ricorso, confermando in parte l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario profilatosi circa l'utilizzo degli algoritmi informatici all'interno del procedimento amministrativo.

In particolare, i giudici partenopei hanno, addirittura, rinvenuto le origini di tali strumenti nei papiri di Ahmes del XVII secolo a.C. e si sono soffermati sui numerosi vantaggi derivanti dall'uso degli stessi. Nello specifico essi hanno affermato che l'algoritmo porta sempre ad una decisione imparziale, spogliata da ogni margine di soggettività. Sicché tali espedienti hanno il pregio di addivenire ad un esito invariabile.

Il Tar Campania ha, poi, precisato che l'uso della tecnologia all'interno del procedimento ha rilevanti ricadute anche sulla qualità della decisione, poiché persegue l'obiettivo, non solo della semplificazione⁷, ma anche quello della buona amministrazione.

Tuttavia tali vantaggi devono essere controbilanciati dall'opposta esigenza di assicurare pur sempre un controllo umano del procedimento (cd. *human in the loop*). Il funzionario amministrativo deve, dunque, mantenere il costante controllo del procedimento, potendo intervenire per compiere interlocuzioni con il privato e per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare.

⁷ C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 2022, 1-2, 94 affermano che: "In questa traiettoria «lunga» di ripensamento dell'amministrazione che ne ha segnato il passaggio da un modello autoritativo ad un modello reticolare e partecipato, persino nel segno della demarchia per taluno, e la progressiva identificazione del cittadino da amministrato in utente dei servizi erogati dalla P.A., la digitalizzazione va riguardata come una delle vesti più di recente assunta dalla esigenza semplificatrice, nella prospettiva della fruizione e del godimento dei servizi da parte dei cittadini".

L'uso di tali strumenti non può, infatti, mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sulle garanzie partecipative, sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica e sull'obbligo di motivazione.

Per tali motivi il Tar Campania ha accolto il ricorso presentato dal Lamanna. Secondo i giudici partenopei, i provvedimenti adottati dall'Agea non avevano specificato quali fossero le norme interne ovvero le indicazioni della Commissione europea che avrebbero imposto una differente modalità di calcolo per le domande già accolte e finanziate.

D'altra parte, gli atti impugnati non contenevano alcun tipo riferimento all'algoritmo utilizzato, che veniva semplicemente menzionato come il "nuovo algoritmo", in questo modo venendo meno tanto all'obbligo di indicare quale sia stato il meccanismo informatico di decisione impiegato (c.d. conoscibilità), quanto all'obbligo di spiegare il suo funzionamento in termini comprensibili per l'utente non dotato di competenze tecniche (c.d. comprensibilità).

L'assenza dell'obbligo motivazionale frustrava, infatti, le garanzie sottese al pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, nonché al pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.

Del resto, il procedimento amministrativo si era svolto in violazione delle norme procedurali basilari poste dalla l. n. 241/1990. È stato rilevato il mancato rispetto dell'art. 21 *quinquies* della suddetta legge, poiché i provvedimenti impugnati si erano risolti in revoche implicite delle precedenti determinazioni ed erano stati emanati in assenza dei requisiti a tale scopo richiesti dalla legge (la manifestazione delle ragioni di inopportunità dell'atto da ritirare e la previsione dell'indennizzo per il destinatario).

Oltre alla violazione delle norme della l. 241/1990, è stata riscontrata altresì una violazione *della lex specialis*, in quanto la manovra di ricalcolo della indennità compensativa avrebbe comportato una modifica *ex post* delle regole contenute nell'art. 6 del bando attuativo, nonché illegittime modalità di recupero del credito vantato.

La pronuncia in esame chiarisce, pertanto, i principi sottesi all'amministrazione algoritmica, chiarendo e soppesando numerosi dubbi che erano sorti. Tuttavia, essa non dissipa tutte le perplessità sollevatisi in materia, come l'ambito applicativo degli strumenti di automazione. La sentenza li limita, infatti, ai procedimenti caratterizzati da "bassa discrezionalità".

3. I principi conati dalla giurisprudenza

Negli ultimi anni, tutti gli ambiti economici e sociali sono stati permeati da un'incessante diffusione delle nuove tecnologie intelligenti. Si suole, infatti, discorrere dell'attuazione di una “*quarta rivoluzione industriale*”⁸ o della cd. “*digital transformation*”⁹.

Tale innovazione tecnologica ha influenzato in modo pervasivo e dirompente anche l'attività amministrativa. In particolare, il Codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione¹⁰. L'art. 12, comma 1, di tale decreto statuisce, infatti, che “*le pubbliche amministrazioni, nell'organizzare autonomamente la propria attività, utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese*”.

⁸ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 106. D.U. GALETTA, J.G. CORVOLÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, 2019 ha coniato la definizione di “Amministrazione 4.0” per descrivere il fenomeno in atto che sta mutando le vesti classiche della P.A.

⁹ Sul punto C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L'automazione delle decisioni nel quadro della riforma della P.A.*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021, 187, segnala che: “*I processi che si vengono descrivendo (rivoluzione tecnologica, digitalizzazione, datismo, uso di strumenti di intelligenza artificiale) non producano necessariamente, secondo automatismi, dei benefici; che la loro sempre più pervasiva diffusione non sia da considerare di per sé un bene. Si tratta infatti di semplici “cose del mondo”, che si iscrivono peraltro in percorsi molteplici e non univoci che, come si dirà, ancor di più per questa multipolarità della rivoluzione tecnologica digitale, interrogano la volontà, la quale poi si manifesta imprimendo una curvatura funzionale all'impiego di tali strumenti*”. Con riguardo alla capacità delle amministrazioni pubbliche di regolare i cambiamenti in cui tale innovazione tecnologica si traduce, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 7 ss.: “*Questo ingresso, come è proprio delle innovazioni tecnologiche o se si vuole dei cambiamenti di paradigma, non avviene in virtù di azioni pianificate dalle istituzioni pubbliche. Queste restano necessarie però per tentare di indirizzare tali sviluppi in direzione dell'interesse generale*”.

¹⁰ Invero, C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 100 evidenziano che: “*nonostante la disciplina di un apposito codice dell'amministrazione digitale, i numerosi interventi legislativi e le ripetute esortazioni provenienti dal dibattito scientifico ad intraprendere un processo di adeguamento dell'apparato amministrativo alle sfide che presenta il «mondo digitale», si sia ancora lontani, come rimarcato dal rapporto Desi del 2021, dal perseguimento dell'obiettivo*”. Il «Digital economy and society index» del 2021 ha, infatti, collocato l'Italia al 25° posto – sui 27 Stati membri dell'Ue – con riferimento alla presenza di personale dotato delle abilità teorico-applicative necessarie per affrontare la transizione digitale in atto.

Anche l'art. 3 *bis* della legge n. 241/90 promuove l'uso della telematica, sia nei rapporti interni alle pubbliche amministrazioni sia nelle relazioni con i privati, al fine di conseguire "maggiore efficienza".

La dottrina ha, pertanto, elaborato la nozione di "e-government", ossia l'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgono delle tecnologie informatiche ed elettroniche.

Peraltro, giova rilevare che il crescente interesse del legislatore per la digitalizzazione dell'amministrazione è dovuto anche all'incidenza della normativa comunitaria¹¹, la quale ha evidenziato come il progresso tecnologico possa contribuire alla crescita economica¹².

Tale evoluzione, però, non si è limitata all'uso delle tecnologie di informazione e comunicazione, ma si è spinta, più recentemente, fino all'utilizzo degli algoritmi informatici all'interno dei procedimenti amministrativi¹³.

Nel 2019, il Consiglio di Stato ha tracciato, per la prima volta, i confini tra potere pubblico e l'uso dell'algoritmo robotizzato. Nella sentenza n. 2270/2019, esso ha statuito che l'utilizzo di tali meccanismi deve essere incoraggiato, poiché esso comporta numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata¹⁴.

¹¹ N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 2, 474 precisa che: "Un importante stimolo all'uso dell'intelligenza artificiale nell'organizzazione e azione amministrativa è svolto dagli incentivi europei di tipo economico (da ultimo il Recovery and Resilience Facility) e non economici che derivano dal confronto delle pratiche in sede internazionale ed europea".

¹² A tal proposito, giova rilevare che il 13 luglio 2021 è stato approvato il Pnr, con cui l'Italia si è impegnata, dinanzi alle istituzioni europee, ad attuare un processo di digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A. (Missione 1). Sul punto, si veda M. CARDONE, *Lo Stato digitale nel Pnr – Il rafforzamento delle competenze digitali del personale della PA*, in *www.irpa.eu.*, 2021. B. CAROTTI, *Digitalizzazione della PA e interoperabilità: lo stato dell'arte secondo la Commissione europea*, in *www.irpa.eu.*, 2021.

¹³ In tale contesto, si può richiamare la definizione di intelligenza artificiale offerta dal Consiglio di Stato, per cui il *machine learnig* "crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico" (punto 9.1, Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

¹⁴ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 4, 773 ss.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde, infatti, ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento¹⁵ (art. 97 Cost.), impongono alla P.A. il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse.

Tuttavia, l'utilizzo di siffatte procedure non può essere motivo di elusione dei principi che conformano l'ordinamento nazionale e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

In particolare, è necessario il rispetto dei principi di trasparenza, di non esclusività del processo decisionale automatizzato e, infine, di non discriminazione algoritmica.

La sentenza del Tar Campania si conforma in parte a tale indirizzo profilatosi e si sofferma sull'osservanza di siffatti principi.

3.1 Il principio di trasparenza

Le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a rispettare il principio di trasparenza della decisione automatizzata. Quest'ultima deve essere intesa nelle sue quattro declinazioni di conoscibilità, piena conoscenza, comprensione e controllo¹⁶.

Per tale motivo, i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che è, innanzitutto, necessario che l'algoritmo informatico sia conoscibile, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza¹⁷.

Ovviamente, però, la mera conoscenza dell'esistenza di un algoritmo non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica, cioè se non si possa comprendere come tale procedimento metta assieme i dati e, quindi, effettui le valutazioni (che possono essere calcoli, decisioni, predizioni, stime, misure etc.)¹⁸.

¹⁵ Una ricostruzione del principio di buon andamento viene svolta da A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

¹⁶ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 5945 ss.

¹⁷ In tal modo, si attua il passaggio da una forma di trasparenza di tipo proattivo, ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle informazioni indicate dalla legge, ad una trasparenza di tipo reattivo, cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Si è, pertanto, invertito il tanto bramato passaggio dal "bisogno" al "diritto" di conoscere, potendosi davvero evocare la nota immagine di Turati della P.A. trasparente come una casa di vetro (F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano. Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 22962).

¹⁸ A. SIMONICINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 78.

Sicché, la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, deve poi essere corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice¹⁹. Il soggetto interessato deve, infatti, essere messo nelle condizioni di comprendere il modello adottato e la logica insita nello stesso, così come il peso di determinati *input* e la relativa influenza sull'assunzione della decisione finale.

In tal senso si è espresso anche il Tar Campania, laddove ha evidenziato che il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto sia a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, così come previsto dagli artt. 13 e 14 del GDPR (Regolamento 2016/679)²⁰, i quali risultano formulati in maniera generale e, perciò, applicabili sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici²¹.

Peraltro, i giudici partenopei hanno richiamato anche l'art. 41 della Carta di Nizza ed il diritto ad una *"good administration"*, laddove hanno affermato che, quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione, che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, nonché di motivare le proprie decisioni.

Ne consegue che il Tar Campania ha statuito che la P.A. sia tenuta a motivare il provvedimento²².

Del resto, l'obbligo motivazionale rafforzato, a carico della stessa,

¹⁹ Vedi A. G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, 2020, Bari.

²⁰ Sul tema, in generale, si veda O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Napoli, 2017, 773 ss.

²¹ Secondo A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 3, 374: *"L'allocazione più appropriata di tale prerogativa può forse essere rinvenuta non già nell'obbligo di motivazione bensì nell'istituto dell'accesso agli atti ex art. 22, L. n. 241/1990, ove correttamente inteso quale strumento di trasparenza dell'azione amministrativa, finalizzato a rendere pienamente comprensibile al soggetto interessato l'operato dell'amministrazione agente"*.

²² In tal senso, già Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo il quale la motivazione deve includere tutti gli elementi rilevanti *"al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato improntato"*.

garantisce il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del soggetto inciso dal provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., nonché il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo²³.

Tuttavia, ci si chiede se siffatto obbligo contraddica la *ratio* di tali strumenti, il cui beneficio è quello della semplificazione.

Al fine di garantire il rispetto del principio di conoscibilità, è poi necessaria la divulgazione del codice sorgente alla base dell'algoritmo. Il linguaggio di programmazione potrebbe, però, non solo risultare illeggibile per i non esperti del settore, ma potrebbe creare difficoltà anche per i più abili conoscitori della materia. La diffusione di un codice incomprensibile ai più potrebbe, dunque, sul piano concreto minare il principio di trasparenza²⁴.

Per tale motivo *“un algoritmo per essere oggetto di un effettivo diritto alla conoscenza ed alla comprensibilità dovrebbe essere, non tanto ragionevole - perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo - quanto “razionabile” cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali”*²⁵.

Tra l'altro, si potrebbe verificare che il soggetto interessato - per riuscire a decifrare la sequenza binaria del codice algoritmico - debba necessariamente ricorrere alla mediazione di un interprete tecnico. La presenza di quest'ultimo comporterebbe una riconfigurazione del rapporto tra cittadino e amministrazione, che diverrebbe trilatero.

In tale contesto, occorre poi esaminare l'intricato rapporto sussistente tra il principio di trasparenza e il diritto di riservatezza delle imprese produttrici dei sistemi informatici.

Consentire la conoscibilità degli algoritmi informatici vorrebbe dire, infatti, rivelare anche i segreti commerciali delle aziende che producono gli stessi.

Sicché la necessità di rendere edotto il singolo mediante l'accesso a dati, documenti ed informazioni delle autorità pubbliche rinviene il proprio limite nell'opposta esigenza di tutelare il diritto delle imprese alla riservatezza²⁶. Nello specifico, quest'ultima può essere

²³ Così la decisione del TAR. Lazio, sez. III-bis, 27 maggio 2019, n. 6606.

²⁴ A. PAVAN, *Pubblica Amministrazione e Intelligenza artificiale: a che punto siamo?*, in www.altalex.it, 2021.

²⁵ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 79.

²⁶ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 417 afferma che: *“Il diritto alla privacy può essere definito in maniera ampia come diritto a non subire intrusioni nella propria sfera di intimità. La nostra Costituzione non contempla espressamente questo diritto, nonostante lo stesso non fosse ignoto ai giuristi dell'epoca, essendo già stato ampiamente ricostruito*

definita come l'interesse di un soggetto a mantenere il riserbo in ordine a vicende che coinvolgono la sfera personale o economico-patrimoniale del medesimo²⁷.

Essa assurge, pertanto, a strumento posto a presidio della sfera privata del singolo in grado di arginare la divulgazione di dati ed informazioni senza il previo consenso dell'interessato.

Ci si chiede, dunque, se il rispetto del principio di trasparenza sia lesivo delle richieste di riservatezza delle imprese produttrici dei sistemi informatici.

Per la giustizia amministrativa, le esigenze commerciali di queste aziende soccombono di fronte ai fini di trasparenza. Il soggetto interessato deve, infatti, essere sempre messo nelle condizioni di conoscere e comprendere il modello adottato e la logica insita nello stesso. Il legislatore nazionale ha, invece, stabilito, una tutela prevalente del segreto industriale e commerciale dei sistemi decisori automatizzati, ostacolando così il diritto dei lavoratori di accedere al procedimento informatico che li riguarda.

La lett b) dell'art. 26 del D. L. 4 maggio 2023, n. 48 rubricato "*Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro*"²⁸ dispone, infatti, che "*gli obblighi informativi di cui al presente articolo non si applicano ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale*"²⁹.

dalla giurisprudenza dei paesi anglosassoni che lo definiva (in negativo) come right to be left alone. Ad ogni modo, il diritto alla riservatezza trova riconoscimento nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale afferma che ogni persona ha diritto al rispetto nella vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Il codice della privacy del 2003 intende la riservatezza in una nozione più ristretta rispetto a quella appena fornita, come interesse di un soggetto a controllare il flusso delle informazioni che lo riguardano".

²⁷ Per un'attenta analisi, vedi F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it, 2013.

²⁸ E. FALLETTI, *Algoritmi: la discriminazione non è uguale per tutti*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, 2, 9 afferma che: "*Tale disposizione, oltre a presentare dubbi di costituzionalità, in particolare per quel che concerne la tutela dei diritti inviolabili ex art. 2 e al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., e contrarietà al diritto dell'Unione Europea, nello specifico dell'art. 22 GDPR, relativo alla conoscibilità delle decisioni automatizzate non soltanto è in controtendenza rispetto al summenzionato autorevole orientamento del Consiglio di Stato, ma introduce una ingiustificata disparità nella disciplina degli effetti discriminatori legati all'uso degli algoritmi. In altri termini: il Legislatore italiano parrebbe considerare il contrasto degli effetti discriminatori legati alle decisioni automatizzate soltanto nel caso in cui tali effetti si manifestino sugli "operatori economici" che partecipano alle gare d'appalto pubbliche, ma non nei confronti dei lavoratori sottoposti alle decisioni automatizzate prodotte dalle piattaforme digitali, come nel caso dei crowdworker".*

²⁹ Tale disposizione risulterebbe in linea con quanto statuito dalla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali. Il considerando 33, infatti, afferma che

Dalla lettura della norma, si evince che il diritto di informazione, in capo a lavoratori e ai loro rappresentanti, risulterebbe disapplicato completamente al ricorrere delle condizioni di segretezza previste dalla normativa.

La scelta del legislatore del 2023 è stata, quindi, ancora una volta nel senso di restringere ulteriormente l'ambito applicativo degli obblighi informativi sul c.d. *algorithmic management*.

Tuttavia, quanto meno nel medio periodo, si attendono delle modifiche e nuovi interventi sul punto alla luce del percorso normativo intrapreso dall'Ue sul cd. Regolamento AI.

Il diritto all'informazione e quello alla *privacy* rappresentano, infatti, due interessi di rango primario che, in quanto tali, devono ritenersi entrambi meritevoli di costante e adeguata tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

3.2 Il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e la centralità della “riserva di umanità”

I giudici partenopei hanno rilevato, poi, il ruolo fondamentale, detenuto in tale contesto, dal principio di non esclusività della decisione algoritmica (art. 22 GDPR)³⁰. In particolare, quest'ultimo affida al responsabile del procedimento il compito di controllare, e quindi validare o, al contrario, smentire la decisione automatica³¹. Egli rappresenta, pertanto, l'unico *dominus* del procedimento³², dovendo restare assegnato alle tecnologie informatiche un ruolo meramente strumentale e ausiliario³³.

“Le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi, che possono intaccare i diritti contemplati dalla presente direttiva”.

³⁰ C. ACOCELLA, A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 108 precisano che: “La transizione digitale non possa essere garantita prevalentemente da uno sviluppo della dotazione di strumenti tecnologici, ma piuttosto costituisca il punto di approdo di una «transizione burocratica», conformata da un serio piano di rafforzamento delle competenze organizzative funzionali a migliorare la capacità amministrativa”.

³¹ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 367 sostiene che: “Anche quando sono capaci di auto-apprendere, grazie alle tecniche di *machine learning* e *deep learning*, gli algoritmi restano artefatti umani, espressione del progresso tecnico raggiunto in un dato momento storico”.

³² In realtà, occorre distinguere il modello di cd. *machine learning*, in cui l'algoritmo necessita di un *feedback* umano, che lo indirizzi e ne migliori l'impiego, ed il mondo di cd. *deep learning*, in cui si ha la piena autonomia del sistema intelligente.

³³ M. A. SANDULLI, *Cultura e carattere nella formazione. Spunti per una riflessione*, in *Diritto e società*, 2018, 3, 345-356 afferma che: “Saranno le *character skills* dei lavoratori a fare la diffe-

Tale modello di gestione è noto ai programmatori o ai *coders* come “*human in the loop*” (HITL), in cui, per produrre il suo risultato, è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, rilevato che “*la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo³⁴ e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima³⁵, anche se ciò avviene in via esclusiva³⁶*”.

Sicché, la decisione giudiziaria non può basarsi esclusivamente sull’algoritmo; quest’ultimo può piuttosto supportare la decisione – fornendo predizioni - ma mai sostituirla.

Un algoritmo può, pertanto, essere usato legittimamente solo se rimane “*servente*” rispetto all’attività “*dianoetica*” del funzionario³⁷.

La riserva umana rappresenta, dunque, un presidio fondamentale, che resta però indeterminato nella sua dimensione attuativa.

Gli interrogativi che si pongono sono numerosi, tra questi, non solo quanto intervento umano vada assicurato, ma soprattutto come evitare che il decisore finale si appiattisca sulle risultanze istruttorie elaborate da sistemi di intelligenza artificiale, che si tratti di un funzionario richiesto di una licenza o di un ispettore chiamato a valutare quale impresa sottoporre a controllo³⁸.

Del resto, la tutela dell’intervento umano può essere falsata dalla presenza di *bias* cognitivi, che implementano ovvero esacerbano l’utilizzo degli algoritmi³⁹.

renza nell’applicazione degli strumenti tecnici in continuo sviluppo”.

³⁴ A. PAJINO, *L’uso dell’intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, 208 sostiene che: “*La decisione basata su algoritmi è, pur sempre, una decisione umana e quella che può essere definita l’insopprimibile soggettività sta proprio nella costruzione e selezione dei dati, siano essi atti normativi, precedenti giurisprudenziali, fatti raccontati dalle parti, dal momento che è proprio questa “costruzione” della realtà che consente di percepirla*”.

³⁵ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, precisa che: “*Occorre, infatti, tenere presente che la formulazione matematica della regola amministrativa non consiste in una mera operazione di traduzione da una lingua all’altra, ma comporta un duplice passaggio logico e sintattico: la normalizzazione del testo giuridico in un ragionamento informatico e la sua traduzione in un linguaggio binario leggibile dalla macchina*”.

³⁶ Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270. In senso analogo, T.A.R. Lazio, Sez. III ter, 10 settembre 2018, n. 9224, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: “*Alcuna complessità o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l’attività amministrativa*”.

³⁷ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 77.

³⁸ N. RANGONE, *op. ult. cit.* 484.

³⁹ G. BUONO, *op. ult. cit.*, afferma che: “*Nel mettere insieme esperti di dominio fiscale, piuttosto*

Al fine di assicurare l'effettivo controllo del funzionario sulla decisione algoritmica, sarebbe dunque auspicabile una precisa regolamentazione giuridica anche del procedimento di traduzione della regola amministrativa nel codice macchina⁴⁰.

Tale scelta avrebbe rilevanti benefici anche sotto il profilo della responsabilità, che è necessariamente riferita al funzionario titolare dell'organo. Quest'ultimo deve, infatti, essere in grado di comprendere il sistema sotteso all'algoritmo informatico.

Invero, il tema della responsabilità, con riguardo al caso specifico degli algoritmi informatici, non trova ancora un compiuto sviluppo nella giurisprudenza.

Come evidenziato dalla Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, *“le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati”*^{41 42}.

In tal senso, si è espresso anche il Consiglio di Stato, il quale ha sostenuto che, *“al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere”*⁴³.

Tale assunto si basa sul noto principio di immedesimazione organica, in virtù del quale si attribuiscono direttamente alla persona giuridica gli

che informatici statistici, esperti di protezione dei dati e giuristi, è chiaro che ci dev'essere un coordinamento che ha il compito di orchestrare queste competenze verso un risultato concreto. Questa affermazione sembra banale, ma è importante, perché l'ambito dell'intelligenza artificiale può essere un ambito in cui soprattutto i tecnici specializzati possono essere propensi verso algoritmi molto sofisticati, oppure possono essere tentati di sperimentare algoritmi nuovi in un ambito in cui le tecnologie e le metodologie e le tipologie di algoritmi sono molto variegati e si aggiornano in continuazione”.

⁴⁰ La necessità di un controllo amministrativo di tipo “bifasico” era già stata espressa da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 104.

⁴¹ P8TA (2017) 0051 Norme di diritto civile sulla robotica, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INI)).

⁴² Nel marzo 2018, l'AgID ha pubblicato il Libro bianco sull'Intelligenza artificiale al servizio del cittadino, in cui ha affermato che sia laddove tali algoritmi agiscano come “assistenti di esseri umani”, sia come soggetti autonomi, l'intelligenza artificiale “genera degli effetti sulla vita delle persone in relazione ai quali è necessario poter configurare una responsabilità giuridica”. Vedi Libro bianco sull'Intelligenza artificiale al servizio del cittadino, marzo 2018, pubblicato in <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>.

⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, punto 10.6.

atti ed i relativi effetti nonché, più in generale, l'attività dei suoi organi. Ne consegue che, secondo parte della dottrina, la decisione algoritmica non può che essere imputata al funzionario amministrativo.

Del resto, la dimostrazione che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo si traduce molto spesso in una *probatio diabolica*: per quanto il funzionario amministrativo possa sostenere che, nella decisione, si è semplicemente avvalso dell'algoritmo, è pur sempre vero che egli abbia aderito alla valutazione effettuata dallo strumento automatizzato.

Per tale motivo, *si dovrebbe ritenere rispettato il principio di non esclusività solo quando il decisore umano è in grado, comunque, di esprimere una propria motivazione che giustifichi l'adesione alla valutazione effettuata dall'algoritmo o quantomeno di dare informazioni sulla logica utilizzata*⁴⁴.

Al contempo, ritenere responsabile un funzionario pubblico per aver privilegiato una strada che avrebbe dovuto garantire una maggiore effettività del pubblico interesse (ancorché questo sia tutelato a monte dal legislatore), nonché una maggiore efficienza ed economicità del procedimento amministrativo risulta estremamente problematico dal punto di vista dell'elemento soggettivo.

L'adesione a tale orientamento celerebbe, nondimeno, anche il rischio di generare nel personale una certa paura di amministrare per non incorrere in profili di responsabilità per danni causati da uno strumento informatico⁴⁵.

D'altronde, non solo la P.A. è tenuta a selezionare e verificare *ex ante* gli algoritmi, ma anche il giudice deve compiere valutazioni e accertamenti sulla correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti⁴⁶.

⁴⁴ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 81.

⁴⁵ In dottrina, si è discusso circa la natura di siffatta responsabilità. Un primo orientamento ha qualificato la stessa come oggettiva, riconducendola nell'ambito dell'art. 2050 c.c. inerente all'esercizio delle attività pericolose o dell'art. 2051 c.c. In tal modo, si permetterebbe un ribaltamento dei carichi probatori a favore del danneggiato, il quale dovrebbe dimostrare la condotta, il danno e il nesso causale tra questi due elementi. Spetterebbe, invece, al danneggiante provare di aver adottato qualsiasi misura volta ad evitare il danno.

Nei casi in cui si riesca, invece, a desumere la sussistenza di un intervento umano nella dinamica automatizzata che conduce all'adozione il provvedimento finale, il modello di responsabilità invocabile sarebbe essere quello delineato dall'articolo 2043 c.c., con la conseguenza di onerare il danneggiato della dimostrazione di tutti gli elementi tipici dell'illecito extra contrattuale, incluso quello soggettivo.

⁴⁶ A. PAVAN, *op. ult. cit.*

È fuor di dubbio, infatti, che ad egli compete il potere di esaminare e validare la decisione robotica adottata. Tuttavia, ci si chiede se l'autorità giudiziaria sia titolare di un sindacato forte o debole.

Ci si domanda, infatti, se al giudice amministrativo sia consentita la sola verifica dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione o se, viceversa, lo stesso possa spingersi fino a valutare la correttezza dei criteri tecnici e del metodo applicativo seguito, se del caso sostituendo a quello dell'amministrazione il proprio giudizio tecnico.

A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'autorità giudiziaria ha il potere di controllare i criteri utilizzati, il meccanismo adottato e l'esito finale della procedura. Chiaramente un sindacato così profondo, che viene fatto da contraltare all'apertura a questi innovativi sistemi di decisione amministrativa, pone un problema in riferimento alle decisioni discrezionali: il giudice amministrativo, per tali tipologie di attività, non potrà entrare nel merito dell'adozione dei criteri, a meno che essi non siano irragionevoli e discriminatori.

Le indicate criticità si riverberano, dunque, sulla valutazione di legittimità della decisione amministrativa che l'autorità giudiziaria è chiamata ad effettuare.

3.3. La non discriminazione algoritmica come declinazione dell'amministrazione imparziale

L'utilizzo di tali strumenti non può, poi, essere motivo di elusione del principio di non discriminazione algoritmica⁴⁷. In particolare, quest'ultimo prescrive che il titolare debba mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti delle persone sottoposte a siffatte operazioni⁴⁸. La corretta impostazione di un algoritmo può, infatti, dare risposte

⁴⁷ Reg. GDPR considerando n. 71 dispone che: *"Tenendo in considerazione le circostanze ed il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inaspettate dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti"*.

⁴⁸ In tema, si veda F. COSTANTINO, *Rischi o opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, 43 ss.

più “certe” del giudice umano e, soprattutto, una volta che sia condivisa, può dare soluzioni uniformi a domande analoghe.⁴⁹

Del resto, la gestione informatizzata di procedure seriali o standardizzate, dalle quali esulerebbe ogni residua potestà di apprezzamento discrezionale, permetterebbe una reale semplificazione amministrativa, contribuendo soprattutto ad arginare la corruzione delle amministrazioni pubbliche in piena sintonia con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost.⁵⁰

Tuttavia, se da un lato, l’uso di tali modalità consente di ridurre discriminazioni ingiustificate in situazioni identiche, dall’altro lato, esso può essere il veicolo attraverso il quale sono perpetrate “*le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani*”⁵¹.

D’altronde, si può verificare che, durante tali fasi, il *software* incorpori i valori e i pregiudizi (i c.d. “bias”) dei programmatori che hanno costruito l’algoritmo o anche - nel caso di sistemi dotati di *machine learning* - dei pregiudizi insiti nei dati utilizzati dal programma per allenarsi⁵².

Questo accade quando l’algoritmo predittivo è costruito su un *set* di dati che è già in partenza discriminatorio. È il principio noto tra i data scientists come GIGO – “*garbage in garbage out*” – per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito. In questi casi, come afferma il GDPR, occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell’*output* decisionale; *operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni*⁵³.

Il rischio paventato è, poi, che la P.A., nell’attuare il principio di non discriminazione algoritmica, possa diventare addirittura neutrale⁵⁴. Si ricordi, infatti, che essa è chiamata a perseguire, nell’esercizio dell’attività cui è preposta, lo specifico interesse pubblico affidatole,

⁴⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

⁵⁰ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 4, 773 e ss.

⁵¹ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 370.

⁵³ A. SIMONICINI, *op. ult. cit.*, 86.

⁵⁴ In senso contrario A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 367: “Proprio la contestualizzazione storica degli algoritmi consente di rimetterne in discussione la supposta neutralità ed efficienza in termini assoluti: se la sfera tecnica è necessariamente intrecciata con la sfera sociale, allora anche un artefatto tecnologico non è mai veramente neutro, né tanto meno naturale”

tenendo però conto degli altri interessi presenti nella vicenda. La neutralità, invece, indica l'indifferenza di un'autorità rispetto agli interessi che è chiamata a regolare e comporre.

Invero, secondo parte della dottrina, lo sviluppo del *software* non può definirsi quale sintomo neutralità⁵⁵, poiché ogni qualvolta il programmatore presceglie una specifica decisione - anche quando si tratta soltanto di una soluzione tecnica - compie delle scelte. Queste ultime, pertanto, restano cristallizzate nel *software* e vengono e replicate dal programma nel suo successivo funzionamento.

Per pervenire ad una decisione, è infatti necessario che i dati, alla base degli algoritmi, siano selezionati e filtrati.

Nonostante i riconosciuti vantaggi che l'algoritmo comporti, non si deve infatti giungere ad obliterare la funzione di garanzia del procedimento amministrativo. Il dubbio non è, pertanto, se tale modulo organizzativo possa perseguire l'interesse pubblico, giacché la risposta può essere certamente positiva, piuttosto è se lo stesso garantisca sempre una tutela adeguata al cittadino.

4. Il nodo della discrezionalità quale area di ricorso all'automazione

Negli anni, ci si è interrogati circa la possibilità di estendere l'impiego di tali strumenti di intelligenza artificiale non solo ai casi di attività vincolata⁵⁶, ma anche ai procedimenti connotati da un più o meno ampio margine di discrezionalità⁵⁷.

Inizialmente si evidenziava che l'utilità di tale modalità operativa di

⁵⁵ In tal senso, si esprime anche A. PAJINO, *op. ult. cit.*, 207, il quale riprende il pensiero di A. CARCATERRA, *Machinae autonomae et decisionis roboticae*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, 33 ss.: "Il dato che viene processato dall'algoritmo è, pertanto, non solo il frutto di una (inevitabile) opzione soggettiva, ma anche (e soprattutto) il frutto di un processo di impoverimento della realtà, posta in essere attraverso la digitalizzazione e cioè attraverso la sua riduzione ad un elenco finito di informazioni numeriche".

⁵⁶ Invero, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 433, nel ritenere l'attività vincolata come una ipotesi di scuola, afferma che: "L'attività amministrativa è solo attività discrezionale, alcuni momenti della quale sono vincolati".

⁵⁷ La discrezionalità amministrativa consiste nel "potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini eterodeterminati" dalla legge. "La discrezionalità (può) riguardare l'an, il quando, il quomodo, cioè (può) consistere nel decidere se, in quale momento ed in quale modo agire"; così, ad esempio, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, 2014, 357-358. S. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1964, 65 ss. afferma che la discrezionalità amministrativa è "lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermina in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione".

gestione dell'interesse pubblico era particolarmente evidente con riferimento alle procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze, nonché connotate dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

In particolare parte della dottrina ha rilevato come il metodo algoritmico si ponga in contrasto con l'idea stessa di discrezionalità, la quale è volta a consentire, in situazioni complesse o aree sensibili, l'adozione di una decisione adattata alle specifiche circostanze del caso concreto⁵⁸.

Secondo tale orientamento l'attività discrezionale, implicando la sequenza «norma-fatto-potere giuridico-effetto», presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa di più interessi, il cui svolgimento non può in alcun modo essere affidato ad una macchina.

Ex adverso, un divergente indirizzo dottrinario ha evidenziato che tali strumenti possono essere anche adoperati nei procedimenti discrezionali, giacché comportano vantaggi in termini di trasparenza informatica, riduzione delle disparità di trattamento, ampliamento della partecipazione dei soggetti interessati, nonché di certezza nell'applicazione del diritto⁵⁹.

La discrezionalità sarebbe, infatti, nel criterio adottato e non nell'algoritmo in sé. Essa è, quindi, a monte nell'individuazione dei parametri da utilizzare e nella decisione stessa di fare ricorso all'elaborazione elettronica per la definizione del contenuto dell'atto.

Al fine di sopperire siffatti dubbi, è intervenuto il Consiglio di Stato⁶⁰, stabilendo che non vi è alcuna preclusione di principio all'impiego di siffatta modalità operativa anche per lo svolgimento di attività connotate da un margine di discrezionalità⁶¹, purché però siano rispettati i principi di conoscibilità, non discriminazione e non

⁵⁸ A. MASCOLO, *op. ult. cit.*, 368. In tal senso, vedi anche G.M. ESPOSITO, *Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 39 ss.

⁵⁹ I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2018, 5, 660.

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ TAR Lazio, Sez. III bis, 10 settembre 2018 n. 9230 in www.giustizia-amministrativa.it it statuisce che: "Se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità".

esclusività del processo decisionale automatizzato.

Sia l'attività vincolata che quella discrezionale sono, infatti, espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

Di talché, l'estensione dell'ambito applicativo è volta al perseguimento di uno scopo nell'ottica di una lettura efficientista.

Tuttavia, tale orientamento non è risultato esente da perplessità. Nello specifico, secondo alcuni, l'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato non garantirebbe sempre le tutele procedurali che solo l'apporto umano può fornire attraverso il suo bilanciamento degli interessi.

In tal senso, si sono espressi anche i giudici partenopei, affermando che il ricorso alla funzione algoritmica può essere esperito solo nei procedimenti seriali, o in quelli caratterizzate da "bassa discrezionalità".

In tale contesto, essi hanno chiarito che gli strumenti informatici in esame possano essere utilizzati nei procedimenti connotati da discrezionalità tecnica⁶², a condizione che si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo⁶³.

Tale lettura sembrerebbe condivisibile solo laddove si ammetta che tale potere di valutazione tecnica non implichi né valutazioni e ponderazioni degli interessi, né tantomeno possibilità di scelta⁶⁴ alla stregua di esse⁶⁵.

⁶²

⁶³ Secondo il Tar Campania in esame: *"Il ricorso all'algoritmo, in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative, e sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica"*.

⁶⁴ Si ricordi che M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939 ha rilevato che la discrezionalità tecnica si chiama così per un errore storico. Essa, infatti, si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio e non una scelta. La discrezionalità pura, invece, si riferisce ad una potestà e implica giudizio e volontà insieme.

⁶⁵ A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Consiglio di Stato 8 aprile 2019 n. 2270*, in *European Law Journal*, 2019, 2, 54: *"Gli strumenti di intelligenza artificiale sono applicabili, in primo luogo, in quei casi in cui emerge un graduale esaurimento del potere discrezionale - che coincidono, nella sostanza, con i casi di attività vincolata - e, in secondo luogo, quando la tecnica incide sensibilmente sulla scelta da compiere. Dunque, pare ad oggi poco verosimile ritenere che gli strumenti*

In realtà l'approccio del T.A.R. Campania è sorprendente, giacché l'indirizzo del Consiglio di Stato, oltre ad apparire estremamente solido, risultava più al passo con la progressiva evoluzione delle nuove tecnologie.

Tuttavia la sentenza dei giudici partenopei deve essere nell'ottica di fornire una maggiore garanzia al cittadino nel rapporto con la P.A. Attualmente, pertanto, non si discute più sull'ammissibilità di tali strumenti all'interno del procedimento amministrativo, bensì sulle condizioni di operatività degli stessi.

Peraltro, fino ad oggi, la maggior parte delle decisioni relative al rapporto tra algoritmi e procedimento amministrativo sono state rese su contenziosi verificati nel contesto del pubblico impiego. La pronuncia del TAR partenopeo qui presa in esame, invece, matura in tutt'altra materia, giacché essa ha ad oggetto la domanda di annullamento di due provvedimenti adottati dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura. Si evince, dunque, come si stia gradualmente ampliando l'ambito applicativo di tali moduli informatici.

5. Conclusioni

L'utilizzo dell'algoritmo informatico comporta numerosi vantaggi, quali la contrazione delle tempistiche e delle quantità di risorse impiegate, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. Tuttavia, il ricorso alla tecnologia, in grado di sostituirsi all'attività umana, non può mai giustificare l'elusione delle tutele riconosciute dalla legge. Per tale motivo, ci si interroga circa la latitudine applicativa e i limiti di tali procedure informatiche. In particolare, secondo parte della dottrina, tali strumenti automatizzati sono frutto di asettici calcoli razionali basati su dati e, dunque, incompatibili con i principi sottesi al procedimento amministrativo. La P.A. si deve, infatti, sempre porre in un rapporto di interlocuzione con l'interessato⁶⁶.

di intelligenza artificiale possano essere applicati nei procedimenti di matrice discrezionale. Tali strumenti sono senz'altro - ed esclusivamente - applicabili a casi nei quali l'interesse pubblico prevalente sia stato predeterminato a monte ed il procedimento non consenta margini di scelta tra le eventuali soluzioni possibili e valide per l'ordinamento".

⁶⁶ A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 202, afferma che si potrebbe sostenere che: "un procedimento automatizzato, carente (anche) di un momento partecipativo, oltre a prestare il fianco a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedurali [...] si ponga in un più generale e censurabile contrasto con il corretto esercizio

A tal proposito, la Corte costituzionale⁶⁷ ha affermato che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è in tale sede che avviene la valutazione sincronica degli interessi pubblici con quelli di cui sono titolari i singoli cittadini, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. Peraltro, tale temperamento è garantito anche da numerose previsioni contenute in diverse disposizioni della l. n. 241/1990 (es. artt. 7, 9, 10 *bis*).

L'adozione di tali algoritmi, per quanto comporti dei vantaggi, potrebbe dunque rappresentare un ritorno al passato.

Per tale ragione, il Consiglio di Stato nonché il Tar Campania, nonostante abbiano riconosciuto l'ammissibilità di tali strumenti, hanno, al contempo, statuito che gli stessi siano assoggettati alle medesime regole che presidono l'azione amministrativa a garanzia dei cittadini, tra cui la trasparenza, il principio di non esclusività del processo decisionale automatizzato e quello di non discriminazione algoritmica. Tali garanzie devono, infatti, consentire la sindacabilità dei criteri di funzionamento del procedimento digitale e la verifica della loro conformità rispetto alle finalità stabilite dalla legge.

D'altronde, il ricorso ad algoritmi informatici, nell'assunzione delle decisioni amministrative, pone sotto i riflettori la tenuta del principio di legalità allorché si verifichi una diminuzione delle garanzie poste a presidio della partecipazione procedimentale e della controllabilità anche successiva del potere esercitato⁶⁸.

In tale contesto, si riconosce l'importanza della pronuncia dal giudi-

della funzione amministrativa per il fatto che l'istruttoria interamente automatizzata non consente una completa indagine sull'interesse pubblico da perseguire in concreto".

⁶⁷ Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69.

⁶⁸ Sul punto C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica cit.*, segnala che "È un fatto che, ove le condizioni di legalità appaiono rintracciabili esclusivamente in disposizioni che non prendono in considerazione in maniera espressa l'intervento di agenti artificiali nel processo decisionale, debba farsi riferimento a quelle norme attributive del potere (indirizzate ad un apparato amministrativo classicamente inteso), restando dunque il nodo di come declinare, dinanzi a forme più o meno automatizzate di decisioni, il riconoscimento e la tutela delle garanzie di cui si diceva, nodo non sciolto in sede normativa, e da sciogliere dunque in altra sede. In questo senso si pone sicuramente un tema di integrazione e integrabilità del panorama normativo esistente "utile" alla disciplina del potere di ricorrere a forme di elaborazione elettronica della decisione amministrativa, e cioè la prospettiva di far dialogare e "doppiare" le norme di conferimento di poteri di decisione per così dire tradizionali con (corrispondenti) norme attributive di poteri di decisione automatizzata, che declinino in maniera espressa in queste peculiari ipotesi l'esercizio del potere di decidere in forme democraticamente accettabili.

ce partenopeo, la quale ha contribuito a portare nuova linfa ad una materia tanto complessa.

Il Tar Campania ha, innanzitutto, rilevato la necessità di un obbligo di motivazione “rafforzato” nei procedimenti che adottano l’uso di algoritmi informatici.

La motivazione deve, infatti, includere tutti gli elementi rilevanti al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato improntato.

La sentenza in esame risulta, poi, essere di grande interesse anche in riferimento all’ambito applicativo degli algoritmi informatici.

A differenza del previgente e più ampio indirizzo del Consiglio di Stato, essa delimita infatti il ricorso agli strumenti artificiali ai soli procedimenti seriali o a quelli caratterizzati da “bassa discrezionalità”.

Nei procedimenti connotati invece da discrezionalità tecnica, gli algoritmi informatici possono essere utilizzati purché si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo.

Si è passati, quindi, da una chiusura netta verso questo modulo organizzativo ad una apertura, alla luce dei benefici che esso può comportare. Tuttavia, *manca una chiara indicazione dei procedimenti interessati, delle tecnologie utilizzate, dei criteri in base ai quali ci si è rivolti al mercato invece di produrre internamente l'algoritmo, delle ragioni dell'utilizzo, dell'impostazione o meno di un monitoraggio del funzionamento e dei relativi esiti*⁶⁹.

Peraltro, occorre rilevare che, nel medio periodo, la normativa vigente subirà delle modifiche alla luce del percorso normativo intrapreso dall’Ue sul cd. Regolamento AI.

Il Parlamento europeo si è, infatti, prefissato di regolamentare l’intelligenza artificiale al fine di garantire migliori condizioni per lo sviluppo e l’uso di questa innovativa tecnologia.

*‘Lo scopo del presente regolamento è promuovere la diffusione di un’intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia e dello Stato di diritto, nonché dell’ambiente, dagli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell’Unione, sostenendo nel contempo l’innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno*⁷⁰.

⁶⁹ N. RANGONE, *op. ult. cit.*, 482.

⁷⁰ Questo è quanto è riportato dall’IA Act, nella versione recentemente approvata dal

Nell'aprile 2021, la Commissione europea ha, così, proposto il primo quadro giuridico sull'IA, con il quale ha disposto che i sistemi di intelligenza artificiale, utilizzabili in diverse applicazioni, siano analizzati e classificati in base al rischio che rappresentano per gli utenti. I diversi livelli di rischio comporteranno, poi, una maggiore o minore regolamentazione.

Il legislatore europeo ha, dunque, scelto un approccio orizzontale e non settoriale, costruito su una nuova definizione di «sistema di IA» e basato sul rischio.

Trattandosi di un regolamento, queste norme si applicheranno in modo uniforme e diretto in tutti gli Stati membri, senza necessità di leggi di recepimento nazionali.

Sicché, si attende l'entrata in vigore dell'*Artificial Intelligence Act* per verificare le ricadute applicative dello stesso nel nostro ordinamento.

Vi è, in particolare, da chiedersi se le tutele tradizionali, seppure rafforzate, possano ritenersi sufficienti, o se non debba immaginarsi un nuovo diritto amministrativo dello Stato digitale⁷¹.

Di fronte allo scenario appena descritto, desta preoccupazione il ritardo del Legislatore nel recepire, dal punto di vista normativo, in modo completo le novità della rivoluzione digitale⁷².

La domanda che ci si pone è, dunque, se la P.A. sia davvero pronta ad affrontare le imminenti sfide del cambiamento attuale, sfruttando i benefici offerti dalle tecnologie.

Parlamento Europeo in www.europarl.europa.eu

⁷¹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale e il diritto amministrativo*, in *Liber amicorum*, dedicato a M. D'Alberty, Torino, 2022. A. PAJINO, *op. ult. cit.*, 207 afferma che "Principi generali, decisioni per valori, concetti giuridici indeterminati e la stessa discrezionalità del giudice militerebbero, così, non a favore della calcolabilità giuridica, ma di un "diritto incalcolabile", in quanto fondato sulla libertà e sulla responsabilità dell'interprete: un diritto che, proprio perché fa parte della storia, sarebbe oggetto non di computazione ma di inventio, di ritrovamento nelle pieghe della storia e della dinamica della vita sociale".

⁷² N. RANGONE, *op. ult. cit.*, 487, consiglia di intervenire su più livelli, uno normativo generale e uno di singola amministrazione.

Come finanziare il *non profit*: l'applicabilità delle tecniche di *project financing* agli enti del terzo settore

Financing the Non-Profit Sector: the applicability of project financing techniques to third sector organizations

MATTEO TARASCHI

(Avvocato, Dottorando di ricerca in Business&Law – Università degli Studi di Bergamo)

Abstract

Sebbene il d.lgs. 3 luglio 2017 n.117 abbia inteso riorganizzare la disciplina del cosiddetto Terzo settore, definendone il perimetro e prevedendo nuove modalità di finanziamento, tanto pubbliche quanto private, lo stesso decreto non sembra aver superato le difficoltà che gli enti del terzo settore riscontrano nel momento in cui si affacciano al mercato del credito. Nonostante la diffusione delle nuove tecniche di reperimento delle risorse finanziarie (e.g., *crowdfunding*, titoli di solidarietà; *green bond*; *social bond*) permangono ancora notevoli difficoltà nell'accesso al credito mediante i canali bancari tradizionali. Lo scopo del presente contributo è cercare di dimostrare come il *project financing* possa rappresentare una valida alternativa per il reperimento di risorse finanziarie da parte degli enti del terzo settore, in quanto capace di collegare le risorse erogate dagli enti di credito allo svolgimento delle attività istituzionali tipiche del terzo settore.

Although Legislative Decree No. 117 of July 3, 2017 aimed to reorganize the regulation of the so-called Third Sector, defining its scope and providing new methods of financing, both public and private, it does not appear to have overcome the difficulties faced by third sector organizations when approaching the credit market. Despite the proliferation of new financial resource acquisition techniques (e.g., crowdfunding, solidarity bonds, green bonds, social bonds), significant challenges persist in accessing credit through traditional banking channels. The purpose of this contribution is to demonstrate how project financing can serve as a viable alternative for obtaining financial resources by third sector organizations, as it can connect the funds provided by credit institutions to the performance of the typical institutional activities of the third sector.

Sommario: 1. Gli enti del terzo settore e le caratteristiche della loro attività. 2. ETS e finanziamenti: il complicato rapporto con il sistema bancario. 3. L'applicabilità delle tecniche di *project financing* agli ETS. 4. Le esperienze comunicate al mercato: le particolarità del *project financing* applicato al Terzo Settore. 5. Considerazioni conclusive e prospettive.

1. Gli enti del terzo settore e le caratteristiche della loro attività

Preliminarmente, è utile ricordare che con l'espressione Terzo settore si intende un insieme di organizzazioni *non profit* che perseguono finalità sociali attraverso il soddisfacimento di alcuni bisogni della collettività¹.

Sebbene la suddetta definizione sia diventata di uso comune, in letteratura si è riscontrata la difficoltà di individuare le caratteristiche essenziali delle organizzazioni del Terzo settore, allo scopo di circoscrivere l'ambito di applicazione di tale nozione. Infatti, questa rappresenta lo sviluppo di numerose teorie e il contributo di autori e studiosi che, negli anni, hanno provato ad individuare un minimo comune denominatore delle organizzazioni che operano in un settore connotato da elevata eterogeneità².

In questo panorama, un tentativo di ricostruzione è stato operato dal Codice Unico del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017) (CTS) che, in attuazione della legge delega 106 del 2016, ha inteso riorganizzare e sistematizzare la disciplina del Terzo settore, da sempre caratterizzata da una rilevante disomogeneità e stratificazione normativa.

In particolare, tale riforma ha avuto il merito di istituire una nuova categoria generale di soggetti giuridici, consistente negli enti del terzo settore (ETS) elencati all'art. 4, comma 1, del CTS³, ai sensi di tale previsione sono considerati enti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti

¹ Per una ricostruzione più approfondita di tale istituto, si rinvia, tra gli altri, a: E. MANGONE, *The Third Sector Organizations for Sustainable Development, Governance and Participatory Citizenship*, in *Italian Sociological Review*, 2012, 14; P. DONATI, I. COLOZZI, *Il valore aggiunto delle relazioni sociali*, Milano, 2011; B. ENJOLRAS, L.M. SALAMON, K.H. SIVESIND, A. ZIMMER, *The third sector as a renewable resource for Europe: Concepts, impacts, challenges and opportunities*, Basingstoke, 2018.

² S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, 2017, 7.

³ Sul punto, per un'utile ricostruzione *cf.* M. GARONE, E. DI PASSIO, J. PETTINACCI, G. SEPIO, *Gli enti del Terzo settore*, in G. SEPIO (a cura di), *Terzo settore. Manuale 2023*, Milano, 2023, 3 e ss.; A. PROPERSI; G. ROSSI, *cit.*, 65.

associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, e le fondazioni⁴.

A tale elenco si aggiunge l'individuazione di una categoria residuale, rappresentata dagli altri enti di carattere privato, diversi dalle società, costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi iscritti nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS).

Quanto ai caratteri distintivi degli ETS, sulla base della disciplina dettata dal CTS, possono sinteticamente elencarsi i seguenti: (i) l'esercizio, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale⁵; (ii) la destinazione vincolata del patrimonio, il quale deve essere utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini del perseguimento delle finalità di cui al punto (i) che precede; e (iii) l'iscrizione nel RUNTS, alla cui dettagliata disciplina è dedicato l'intero Titolo VI (artt. 45-54) del CTS⁶.

⁴ Per una panoramica complessiva sul d.lgs. n. 117/2017 e per un confronto con il sistema normativo precedente alla riforma si veda, *inter alios*: G. SEPIO (a cura di), *Terzo settore. Manuale 2023*, Milano, 2023; M. GHIONE, *Manuale di diritto del terzo settore*, Milano, 2023; L. MONTANINI, A. D'ANDREA, *La riforma del Terzo settore*, Torino, 2020; A. PROPERISI; G. ROSSI, *Gli enti del Terzo Settore. Gli altri enti non profit dopo la riforma*, Milano, 2022; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2021; G. BOLETTI, *La Riforma del Terzo settore e la necessità di introdurre un regime tributario strutturale, di settore, valido per tutti gli ETS*, paper presentato in occasione del XII Colloquio Scientifico sull'impresa sociale, 25-25 maggio 2018, Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale, Università degli Studi di Trento, 2018; C. BAUCO, V. CAPOZZI, *La riforma del terzo settore: il regime transitorio*, Documento di ricerca presso il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2018; S. BENVENUTI, *Finalmente una disciplina organica del Terzo settore: dalla legge delega n. 106 del 2016 ai decreti legislativi di attuazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, 1 e ss.; S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, cit., 7. Per gli aspetti fiscali si veda, per tutti: R. RIZZARDI, F. TARINI, T. TASSANI, *Profili fiscali: Iva ed altre imposte indirette*, in G. SEPIO (a cura di), *Terzo settore. Manuale 2023*, Milano, 2023, 211 e ss.; COMMISSIONE TERZO SETTORE E NON PROFIT, *Il regime fiscale degli enti del terzo settore: spunti critici sulla riforma in ambito tributario e decorrenze*, Documento della Fondazione TELOS, Centro Studi dell'ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, 2017.

⁵ Si noti che le attività di interesse generale esercitate dagli ETS per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale in via esclusiva o principale sono definite dall'art. 5 del CTS.

⁶ *Cfr.* C. BAUCO, V. CAPOZZI, cit., 67.

Coerentemente con lo scopo del presente contributo, in questa sede ci si limita a rilevare come, sotto il profilo civilistico, un elemento caratterizzante degli ETS sia costituito dalle finalità perseguite da tali enti. A questo riguardo, si ricorda che, tra le modalità di perseguimento di tali finalità, il CTS richiama l'esercizio di attività volontaristica, erogativa, mutualistica, produttiva di servizi o beni, non fornendo una definizione globale delle attività di interesse generale, ma predisponendo un elenco di tali attività, da considerarsi tassativo. Infatti, le attività di interesse generale⁷ costituiscono l'oggetto sociale degli ETS e sono un requisito essenziale per assumere la qualifica di ETS o impresa sociale. A ciò si aggiunga che l'individuazione dell'attività di interesse generale svolta dall'ente assume rilievo anche a fini fiscali, nonché per la qualificazione della natura (commerciale o non commerciale) dell'ente stesso (art. 79, comma 5, del CTS)⁸.

2. ETS e finanziamenti: il complicato rapporto con il sistema bancario

Delimitato sin qui l'ambito soggettivo, occorre ora chiarire che, salvo pochi grandi enti (tipicamente fondazioni dotate di patrimoni considerevoli), il Terzo settore si caratterizza per la presenza di migliaia di enti di medio-piccole dimensioni, caratterizzati dall'intrinseca inadeguatezza delle strutture organizzative, con sistemi contabili e di controllo insufficienti e con considerevoli rischi di non continuità e regolarità dell'attività svolta dall'ente⁹.

⁷ Tali attività possono essere svolte in qualsiasi forma, sia erogativa che imprenditoriale (art. 2082 c.c.). Le modalità di svolgimento di tali attività (a titolo gratuito o dietro corrispettivo) sono rilevanti non solo per la scelta tra impresa sociale e ETS, ma anche per qualificare la fiscalità di questi ultimi.

⁸ Cfr. M. PROPERSI, *Il finanziamento degli enti non profit. Verso nuovi modelli organizzativi e di welfare*, Milano, 2002.

⁹ Cfr. M. PROPERSI, cit., 5. Peraltro, con riferimento alla regolarità dell'attività svolta dagli enti del terzo settore, non può essere taciuto l'art. 93 del Codice Unico del Terzo Settore il quale statuisce che: "I controlli sugli enti del Terzo settore sono finalizzati ad accertare: a) la sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; b) il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; c) l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; d) il diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 per mille derivanti dall'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore; e) il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite". Tali controlli, a seconda dei casi, sono esercitati dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali e dall'ufficio del RUNTS territorialmente competente (salvo

Difatti, nonostante la tipologia di enti che popola il Terzo settore sia molto variegata, i soggetti con elevata patrimonializzazione possono quantificarsi in alcune centinaia, a fronte delle decine di migliaia di piccole entità in forma giuridica diversa, che si presentano generalmente non patrimonializzate, o comunque fragili dal punto di vista finanziario, come dimostrano i dati ISTAT¹⁰.

Ciò nonostante, come evidenziato da studi di settore realizzati dagli stessi istituti di credito, gli investimenti nel Terzo settore appaiono in forte crescita, con la conseguenza che almeno parte delle risorse necessarie a finanziarli dovranno necessariamente essere reperite all'esterno delle organizzazioni che realizzeranno i suddetti investimenti¹¹.

Tuttavia – ed è questo il problema principale che il presente contributo intende rilevare – da un punto di vista prettamente finanziario, le evidenziate carenze gestionali implicano una debolezza strutturale, che si estrinseca generalmente – salvo alcune eccezioni, seppure di entità rilevante – in una bassa capitalizzazione, assenza delle garanzie richieste tradizionalmente dagli istituti di credito e conseguente difficoltà di accesso al credito¹².

Più nel dettaglio, per quanto qui rileva, è utile aderire alla distinzione tra ETS che esercitano l'attività di interesse generale mediante lo svolgimento di un'attività produttiva di beni e/o servizi, che può essere posta in essere verso corrispettivo dello Stato, di enti o di privati (*e.g.*, settore sanitario e/o assistenziale) ed ETS che svolgono un'attività di interesse generale senza possibilità di significativi corrispettivi (*e.g.*, sostegno alle categorie fragili, produzione di servizi culturali, attività nel settore ambientale)¹³.

ulteriori attività di controllo specifico per la tipologia di ETS o per il settore in cui opera). Per una più compiuta trattazione in materia di controlli si rimanda, per tutti, a: M. POZZOLI, M. POSTALIN, *Attività di vigilanza e controllo sugli ETS*, in G. SEPIO (a cura di), *Terzo settore. Manuale 2023*, Milano, 2023, 267 e ss.

¹⁰ Cfr. ISTAT, *Struttura e profili del settore non profit*, periodo di riferimento: anno 2020, 14 ottobre 2022, consultabile a: <https://www.istat.it/it/archivio/275918>.

¹¹ Cfr. UBI BANCA, *Osservatorio UBI Banca sulla finanza e sul terzo settore, Nona Edizione, Indagine sui fabbisogni finanziari della cooperazione sociale in Italia e Indagine sui fabbisogni finanziari delle fondazioni in Italia*, 2020, consultabile a: https://www.ubibanca.com/1407134889094/Osservatorio%20UBI%20Banca%20IX%20ed_Executive%20Summary_DEF.pdf?blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=inline;%20filename=Osservatorio%20UBI%20Banca%20IX%20ed_Executive%20Summary_DEF.pdf.

¹² Cfr. UBI BANCA, cit., 17.

¹³ Si veda la ricostruzione opportunamente svolta in argomento da M. PROPERSI, cit., 7.

Tipicamente, infatti, mentre le imprese e lo Stato tendono a sostenersi mediante una singola fonte di entrate (il corrispettivo per la cessione di beni e servizi e/o l'imposizione fiscale), gli ETS, in mancanza della capacità di generare entrate paragonabile alle organizzazioni a scopo di lucro, ricorrono a una pluralità di fonti di finanziamento¹⁴.

Le entrate di natura patrimoniale degli ETS, infatti, derivano principalmente da fondi pubblici o dalle donazioni private¹⁵, nonché da contributi in natura (tipicamente beni di proprietà e il lavoro volontario). Ovviamente, non sono assenti ricavi comparabili a quelli delle imprese, nelle forme di corrispettivi per l'attività prestata e rendimenti da investimenti.

Ciò premesso, quanto all'origine delle fonti di finanziamento degli ETS, occorre ora rilevare come le stesse possano essere ricondotte a due tipologie principali: fonti pubbliche o private. Secondo l'ISTAT, circa il 71% dei finanziamenti degli enti *non profit* è rappresentato da finanziamenti privati, a fronte del 29% di finanziamenti pubblici¹⁶.

Al fine di favorire il reperimento di risorse finanziarie da parte degli ETS, da tempo sono state ipotizzate forme di finanziamento alternative rispetto ai consueti canali (*e.g.*, fondo mutualistico, intervento in capitale di rischio, erogazione mutui agevolati, contributi a fondo perduto, convenzioni con strutture finanziarie finalizzate alla moltiplicazione di risorse, microcredito, ecc.), molte delle quali si carat-

L'Autore, infatti, afferma che *“L'attività diretta degli enti pubblici in campo sociale, assistenziale, sanitario, di istruzione, culturale, ambientale, di ricerca, sportivo, ecc. ha dimostrato di essere spesso inefficiente, intempestiva, lenta, burocratica, anche se essa presenta il vantaggio di poter essere svolta seguendo una programmazione unitaria e razionale degli interventi possibili con le risorse disponibili, evitando la frammentazione e la dispersione, che gestioni divise e non coordinate (anche del mondo non profit) possono comportare?”*.

¹⁴ Cfr. E. DI PASSIO, M. GARONE, I. IOANNONE, J. PETTINACCI, G. SEPIO, *Patrimonio e fundraising*, in G. SEPIO (a cura di), *Terzo settore. Manuale 2023*, Milano, 2023, 37 e ss.; A. PERRONE, *Il finanziamento degli enti del Terzo settore*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3, 2020, 709 e ss.

¹⁵ In particolare, si intende, in questo contesto, fare esemplificativamente riferimento a: donazioni di persone fisiche e imprese, raccolte fondi tra il pubblico, contributi a fondo perduto da parte di fondazioni erogatrici.

¹⁶ Cfr. ISTAT, cit., 1 e ISTAT, *Censimento istituzioni non profit*, periodo di riferimento: anno 2015, data di pubblicazione: 18 aprile 2019, consultabile a: <https://www.istat.it/it/archivio/229719>, 2019. Con riferimento a quest'ultima rilevazione statistica si segnala che, in data 22 novembre 2022, si è conclusa l'ultima rilevazione campionaria del Censimento permanente delle istituzioni non profit operato dall'ISTAT e si attende la pubblicazione del report aggiornato.

terizzano per essere investimenti a impatto sociale. In tale ambito, il CTS disciplina una serie di strumenti volti a sostenere le necessità finanziarie degli ETS e, tra questi, contempla tre principali misure: (i) titoli di solidarietà, con cui le banche possono emettere obbligazioni ed altri titoli di debito, nonché certificati di deposito con l'obiettivo di sostenere le attività istituzionali degli ETS¹⁷; (ii) *social lending*, al fine di favorire la raccolta di capitale di rischio assoggettando, per il tramite di una ritenuta a titolo d'imposta, la remunerazione del capitale al medesimo trattamento fiscale riservato ai titoli di Stato¹⁸; e (iii) *fundraising*, quale “*complesso delle attività e iniziative poste in essere da un ente del Terzo settore al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale, anche attraverso la richiesta a terzi di lasciti, donazioni e contributi di natura non corrispettiva*”¹⁹.

Ancora, il CTS dedica una serie di previsioni (*i.e.*, Capo IV, articoli da 72 a 76) alla disciplina delle misure di sostegno finanziario pubblico a favore degli ETS.

Non rilevando ai fini della presente analisi le tipologie e le modalità di finanziamento diversi rispetto a quelli indicati dal CTS, alla ricostruzione sin qui operata è opportuno aggiungere, per maggior completezza:

- i. il credito tradizionale, inteso quale insieme degli strumenti tipicamente utilizzati dalle piccole e medie imprese, quali conti correnti, fidi, prestiti, che non possiedono caratteristiche specifiche tali da essere dedicati esclusivamente agli ETS;
- ii. il crowdfunding, distinguibile in differenti categorie, con di-

¹⁷ I titoli di solidarietà sono previsti dall'art. 77 del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117. Da un punto di vista prettamente tecnico, i titoli di solidarietà sono rappresentati da: (i) obbligazioni o titoli di debito simili, non convertibili e non scambiabili (cioè non oggetto di offerta pubblica di scambio) che non conferiscono il diritto di sottoscrivere o acquistare altri tipi di strumenti finanziari e che non sono collegati ad uno strumento derivato; nonché (ii) certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario. Non essendo questa la sede opportuna per approfondirne il funzionamento e la struttura si rimanda, per tutti, a: E. BANI, *I titoli di solidarietà e le altre forme di finanza sociale nel Codice del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018. Inoltre, basti in questa sede accennarsi al fatto che agli istituti bancari che emettono titoli di solidarietà è imposto di vincolare i fondi raccolti attraverso tali titoli a finalità strettamente correlate alla promozione della solidarietà, compreso il finanziamento di organizzazioni degli enti del terzo settore. *Cfr.* M. RENNA, *Strumenti finanziari e terzo settore*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2, 2018, 289 e ss.

¹⁸ *Cfr.* art. 78 del Codice Unico del Terzo Settore.

¹⁹ *Cfr.* art. 7 del Codice Unico del Terzo Settore. Sul punto si veda l'approfondimento svolto da: E. DI PASSIO, M. GARONE, I. IOANNONE, J. PETTINACCI, G. SEPIO, *cit.*, 39.

verse modalità applicative (e.g., crowdfunding donation based; equity crowdfunding);

iii. i bond, classificabili in tre tipologie:

- social bond: titoli obbligazionari che si differenziano rispetto alle obbligazioni tradizionali in quanto i proventi sono destinati specificatamente al finanziamento di progetti con specifici benefici o impatti di natura sociale;

- *green bond*: titoli obbligazionari che permettono di finanziare progetti con caratteristiche di sostenibilità ambientale; e

- *mini (green) bond*: titoli di debito (obbligazioni, ma anche cambiali finanziarie) emessi da società quotate e non d'importo massimo fino a 500 milioni di Euro²⁰;

iv. le *Initial Coin Offering (ICO)*; la compatibilità di questa innovativa tecnica di finanziamento con gli ETS dovrà essere approfondita a valle dell'entrata in vigore, prevista per 30 giugno 2024, del Regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n.1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937 adottato in via definitiva dal Consiglio UE in data 16 maggio 2023 ("Regolamento MiCA") con la quale si è, appunto, regolata tale forma di finanziamento. Infatti, con riferimento ai cosiddetti *utility token*, ai sensi dell'articolo 4 (*Offerte al pubblico di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica*) n. 1, lett. a) del Regolamento MiCA è richiesto che l'offerta sia presentata da una "*persona giuridica*". All'apparenza, dunque, e rinviando per una più approfondita trattazione del problema ad altra sede, sembrerebbe che tale tipologia di finanziamento sarà riservata ai soli ETS dotati di personalità giuridica con un'importante riduzione della platea degli enti che potranno accedere alle ICO²¹.

²⁰ Cfr. M. BAGGIO; V. MANARA; L. SACCONI, *L'impatto della finanza a impatto sociale: uno studio sulla relazione tra strumenti finanziari, forme di governance e motivazioni*, Colloquio Scientifico sull'Impresa Sociale, 1, 2019.

²¹ Per approfondire il tema ICO si vedano, *inter alios*: C. SANDEI, *L'offerta iniziale di cripto-attività*, Torino, 2022; M. PALAZZO, *Blockchain e cripto-attività*, in AA.VV., *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, in R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), Milano, 2022, 211 e ss.; E.M. INCUTTI, «*Initial Coin Offering*» ed il mercato delle cripto-attività: l'ambiguità degli «*utility token*», in *Rivista di diritto privato*, 2022, 1, 71 e ss.; F. ANNUZIATA, *Parlate, se potete! Che cosa siete? Una proposta per la qualificazione di token e Initial Coin Offerings (ICOs)*, in G. FALCE (a cura di), *Financial*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare evidente come il rapporto tra ETS e capitale circolante sia una delle variabili critiche – se non la principale – rispetto allo sviluppo di questo settore. Il problema è in parte riconducibile, ad avviso di chi scrive, a fattori di tipo culturale dettati dalla scarsa predisposizione degli operatori del Terzo settore a rivolgere la propria attività ad un ritorno di tipo economico e finanziario. Al contempo, un ulteriore ostacolo – di carattere tecnico – allo sviluppo del settore è determinato dalle già delineate caratteristiche strutturali degli ETS²².

In ragione di questi fattori, l'ente *non profit* spesso soffre di una forte vulnerabilità²³. La dipendenza dai fondi pubblici, l'aleatorietà dell'esito delle raccolte fondi, la necessità di investimenti significativi prima di raccogliere i frutti di nuove attività commerciali a supporto di quelle istituzionali, lo scarso potere contrattuale nei confronti tanto della pubblica amministrazione quanto dei clienti privati (con conseguente allungamento dei tempi di pagamento), sono tutti fattori che contribuiscono ad accrescere il fabbisogno di liquidità dell'impresa *non profit* e conducono spesso ad uno sfasamento anche rilevante dei flussi finanziari.

In aggiunta, si noti che le stesse organizzazioni del Terzo settore generalmente lamentano svariate criticità riguardo ai rapporti con il sistema bancario tradizionale, quali, *inter alia*, razionamento del

Innovation tra disintermediazione e mercato, Torino, 2021, 91 e ss.; S. BRUNO, *La raccolta del risparmio mediante emissione di cripto-attività: le Initial Coin Offering*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO, M. DE RITIS (a cura di), *Banche, Intermediari e Fintech: i nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2021, 271 e ss.; V. IAIA, *Luci e ombre giuridico-tecniche delle Initial Token Offering tra tutela del risparmio e innovazione finanziaria*, in A. NUZZO (a cura di), *Fintech, smart technologies e governance dei mercati*, Milano, 2021, 491 e ss.; G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1, 2020, 13 e ss.; C. SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, in M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, cit., 277 e ss.; U. PIATTELLI, *La regolamentazione del Fintech: Dai nuovi sistemi di pagamento all'intelligenza artificiale. Aggiornato al D.L. 17 marzo 2023 c.d. "Decreto Fintech"*, Torino, 2023, 303 e ss.

²² Come già evidenziato, infatti, il settore si caratterizza per la prevalenza (quantomeno quantitativa) di enti di piccole dimensioni, con patrimoni esigui se non nulli, e svolge attività raramente profittevoli, né può distribuire utili ai soci, tutti elementi che allontanerebbero potenziali finanziatori da una qualunque impresa.

²³ *Cfr.*, *ex multis*, M. PROPERSI, cit., 4. L'Autore evidenzia come, tra i fattori di rischio propri degli enti del terzo settore in letteratura, siano stati segnalati: la debolezza finanziaria; l'inesperienza (dovuta alla recente costituzione dell'ente oppure legata alla mancanza di precedenti finanziamenti); la dipendenza da finanziamenti pubblici; l'ina-deguatezza dei sistemi organizzativi e di controllo.

credito, onere elevato dei finanziamenti ottenuti, indisponibilità o insufficienza di garanzie da offrire ai finanziatori²⁴. Tali elementi critici risultano anche accentuati per motivi strettamente legati alla peculiarità delle organizzazioni *non profit* e riconducibili essenzialmente all'adozione da parte dei finanziatori di metodologie e criteri di istruttoria non sempre adeguati o funzionali a consentire l'accesso al credito degli ETS²⁵.

Pur in presenza di un considerevole volume di rapporti tra istituti di credito ed ETS – certamente in crescita come dimostrano i dati ISTAT²⁶ – un'ulteriore criticità è rinvenibile nella forte concentrazione dei finanziamenti a favore di poche organizzazioni, che beneficino quindi di gran parte delle sovvenzioni²⁷.

Per quanto non costituisca oggetto del presente contributo, per completezza, occorre da ultimo segnalare che, nel settore del credito, si sono strutturati istituti di credito capaci di porre al centro del proprio agire i principi della cosiddetta “finanza etica”²⁸ e sviluppare

²⁴ Cfr. UBI BANCA, cit., 18.

²⁵ Cfr. C. SCHENA, *L'analisi dell'offerta di prodotti e servizi finanziari al terzo settore*, in CRC, *La finanza specializzata per il Terzo Settore in Italia*, Rapporto di ricerca a cura del Centro di Ricerca sulla Cooperazione, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2004, 69 e ss., consultabile a: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/La-f/La-finanza-specializzata-per-il-terz.pdf>.

²⁶ Cfr. ISTAT, cit., 2022, 8.

²⁷ Cfr. ISTAT, cit., 2022, 9.

²⁸ La finanza etica è un tipo di finanza alternativa che lega gli investimenti a uno scopo etico o morale. A differenza della finanza tradizionale in cui si considerano esclusivamente il rischio e il rendimento finanziario, nella finanza etica, invece, si considera prima di tutto la finalità dell'investimento, ossia l'impatto che lo stesso ha sulla società. Per approfondimenti sul tema si veda, *inter alios*, F. GANGI, *La finanza etica durante le crisi finanziarie del nuovo millennio. Modelli teorici ed evidenze empiriche*, Napoli, 2013. Peraltro, sul tema, si veda il Decreto n. 209 del 4 ottobre 2022 del Ministero dell'Economia e delle Finanze che riporta il Regolamento recante l'attuazione dell'articolo 111-bis del d.lgs. n. 385/1993 (TUB), come modificato dalla legge 11 dicembre 2016, n. 232, sulla disciplina degli operatori bancari di finanza etica e sostenibile. In particolare, il Regolamento individua i requisiti degli operatori bancari per essere qualificati come operatori bancari di finanza etica e sostenibile, per poter usufruire dell'agevolazione prevista dall'art. 111-bis del TUB e le procedure per poter procedere con la richiesta e il riconoscimento dell'agevolazione fiscale. Sono qualificati “operatori bancari di finanza etica e sostenibile” le banche che operano secondo i principi previsti dal comma 1 dell'art. 111-bis del TUB, rispettando, *inter alia*, i seguenti requisiti attuativi: (i) ammettono finanziamenti a persone giuridiche solo successivamente alla positiva verifica dell'impatto socio-ambientale del finanziamento e dei soggetti finanziati seguendo standard di rating etico internazionalmente riconosciuti e stabiliti; (ii) rendono pubblici i finanziamenti alle persone giuridiche e i criteri utilizzati per il loro riconoscimento; ed (iii) erogano almeno il 20%

strategie di investimento informate ai fattori “*Environmental, Social and Governance*” (ESG) mediante, *inter alia*, il cosiddetto “*impact investing*”²⁹. Sebbene queste tendenze abbiano il fine di sopperire alle necessità finanziarie evidenziate dagli ETS, offrire strumenti che rispecchino le peculiarità del Terzo settore, e dimostrino un discreto sviluppo nel mercato del credito italiano, allo stato attuale, il sistema finanziario non appare in grado di convogliare in misura decisiva risorse verso il Terzo settore e di definire modalità idonee a soddisfare le esigenze finanziarie e la valutazione dell’affidabilità delle organizzazioni *non profit*³⁰.

3. L’applicabilità delle tecniche di *project financing* agli ETS

In questo contesto caratterizzato dalla presenza da una pluralità di fonti di finanziamento e che tuttavia non facilita l’accesso al credito degli ETS, si intende ora cercare di dimostrare come la finanza di progetto possa fungere da strumento capace di superare gran parte delle difficoltà riscontrate dagli ETS nel reperire le risorse necessarie allo svolgimento delle proprie attività istituzionali attraverso i canali di credito tradizionali.

Appare opportuno sin d’ora precisare che, nel presente lavoro, non si intende far riferimento alla definizione e alla struttura operativa della “finanza di progetto” di cui agli artt. 193 e ss. del d.lgs. n. 36/2023 (il nuovo, “Codice dei contratti pubblici”). Infatti, in questo contesto, si vuole prendere in considerazione quella tipologia di *project financing* che esula dall’instaurazione di una delle forme di partenariato pubblico-privato previsti dal nostro ordinamento riferendosi, dunque, ad una struttura “privatistica” dell’operazione di finanziamento mediante *project financing* che possa essere implemen-

dei finanziamenti ai soggetti iscritti nel Registro unico nazionale del terzo settore e alle imprese sociali.

²⁹ Si tratta di una forma di investimento in imprese, organizzazioni e fondi che operano con l’obiettivo di generare un impatto sociale e ambientale positivo, che sia misurabile e compatibile con un rendimento economico. Per approfondimenti sul tema *cfr.*, *inter alios*, A. MAZZULLO, *Diritto dell’imprenditoria sociale: dall’impresa sociale all’impact investing*, Torino, 2019.

³⁰ *Cfr.* C. SCHENA, cit., 69. A cui devono aggiungersi le considerazioni di Francesco Gentili dell’ufficio studi del Forum Terzo Settore, consultabile a: <https://www.vita.it/it/article/2023/01/05/impact-investing-la-finanza-abbia-il-coraggio-di-scommettere-sul-terzo/165342/>.

tata prescindendo dall'applicazione degli schemi di strutturazione dell'operazione di finanziamento di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici³¹.

La finanza di progetto³² o, secondo l'accezione anglosassone, il

³¹ Infatti, anche qualora si instauri una delle forme di “rapporto collaborativo” tra ETS e pubblica amministrazione previsto dal CTS, questi prescindono dall'instaurazione del partenariato pubblico-privato proprio della figura negoziale di *project financing* previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici. E pur tuttavia, l'art. 6 del nuovo Codice dei contratti pubblici statuisce che: “*In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017*”. La norma, in attuazione degli artt. 2 e 118, comma 4, della Costituzione, sembra porre le premesse – ove ne ricorrano i presupposti – per una convenzione tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore con conseguente potenziale ricorso alle tecniche di finanziamento del *project financing* di cui agli artt. 193 e ss. del d.lgs. n. 36/2023. Per una completa trattazione delle novità apportate dal nuovo Codice dei contratti pubblici, tra cui quelle relative alla finanza di progetto, si segnalano, *ex multis*: L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, 5 e ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in *Giustizia Amministrativa*, 2023; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Bari, 2023; A. BUONANNO, P. COSMAI, *La riforma del codice degli appalti Guida teorico-pratica al D.Lgs. n. 36/2023 per professionisti, operatori e stazioni appaltanti*, Milano, 2023; M. A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *Federalismi.it*, 8, 2023; I. TURTIURO, *Tra “vecchio” e “nuovo” codice dei contratti pubblici: analisi dei principali istituti pro-concorrenziali e dei limiti alla libera concorrenza nel rispetto delle pari opportunità di genere e generazionali negli appalti PNRR*, in *il Diritto Amministrativo*, 2023. Con specifico riferimento alle convenzioni tra enti del terzo settore e pubbliche amministrazioni si veda, *inter alios*: A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e comitati pubblici*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022, 172 e ss.

³² Per una compiuta trattazione sul *project financing* v.: S. GATTI, *Project finance in theory and practice: designing, structuring, and financing private and public projects*, London, 2023; D. SICLARI, *Opere pubbliche e “project financing”: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2020, 591 e ss.; D. SICLARI, *Il project financing nel Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; A. MERNA, Y. CHU, F. F. AL-THANI, *Project Finance in Construction*, Hoboken, 2010; M. ABBATEMARCO, F. RE CECCONI, *Il Project Financing nelle opere pubbliche*, 2009; E. R. YESCOMBE, *Public-private partnerships: principles of policy and finance*, Oxford, 2007; L. DAL PRATO, *La finanza di progetto: contorni e profili*, Torino, 2006; A. CAMARDA, *Pubblica Amministrazione e “project financing”*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2006, 235 e ss.; A. COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 5, 1999, 261 e ss.; A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*,

“*project financing*” è tradizionalmente definita come un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale il finanziatore fa affidamento, a partire dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell’unità economica stessa, dalla cui attività deriveranno quei fondi che consentiranno il rimborso del prestito.

Una operazione di *project financing* comporta il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, ciascuno dei quali ricopre uno specifico ruolo (sebbene sia possibile che soggetto svolga più ruoli)³³.

Tipicamente, ad un’operazione prendono parte: (i) i promotori, i quali sviluppano l’idea dell’investimento nei suoi elementi, *inter alia*, tecnologici, commerciali, finanziari, fiscali, legali, analizzandone la fattibilità e costituendo la società nella quale l’investimento stesso troverà manifestazione contabile; (ii) il committente dei contratti di esecuzione dei lavori richiesti per la realizzazione del progetto che, in genere, corrisponde all’ente economicamente e giuridicamente responsabile della gestione del progetto; (iii) gli appaltatori, che eseguono i lavori per la realizzazione dell’opera e/o forniscono beni e servizi; e (iv) gli istituti di credito, che finanziano l’investimento.

In considerazione delle richiamate peculiarità della finanza di progetto, nel proporre l’applicazione dello stesso agli ETS, si è consapevoli che si dovrà seguire un approccio “atipico” rispetto all’utilizzazione delle tecniche proprie del *project financing*³⁴.

Infatti, se nel *project financing* “classico” si instaura un rapporto tra diversi soggetti (stazione appaltante, promotori, finanziatori, società di progetto, investitori, realizzatori e gestori), nel caso di specie si fa riferimento unicamente al rapporto che si instaurerebbe tra società di progetto in sé ed enti finanziatori (solo eventualmente, la contro-

Milano, 2003; A. M. ALBERTI, *Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Firenze, 1997.

³³ Si vedano, *inter alios*, sul punto: G. ALPA, *La libertà di scelta del “tipo” contrattuale nella prassi di common law*, Note in margine a un dibattito, in *Contratto e Impresa*, 2, 2018, 603 e ss.; L. BALESTRA, *Le regole applicabili alla formazione del contratto internazionale di appalto: standard internazionali e discipline nazionali*, in *Corriere giuridico*, 5, 2016, 634 e ss.; G. GITTI, *La “tenuta” del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2008, 491 e ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e Impresa*, 4/5, 2008, 867 e ss.

³⁴ Anche in questo caso, come si è detto in precedenza, si intende far riferimento a quei moduli contrattuali della finanza di progetto che prescindono dalla figura negoziale di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici e, dunque, possono essere implementati anche al di là degli schemi che richiedono necessariamente la presenza della pubblica amministrazione.

parte pubblica).

In via preliminare, è opportuno segnalare che il *project financing* potrebbe applicarsi esclusivamente agli ETS la cui attività è suscettibile di articolarsi in diversi progetti, ciascuno dei quali finanziabile in sé, nella misura in cui sia capace di generare un reddito.

Infatti, i principi del *project financing* sono validi a prescindere dalle dimensioni del progetto: qualsiasi investimento che consente di conseguire ricavi dalla gestione si presta teoricamente all'approccio del *project financing*. Tuttavia, è proprio in questa prospettiva che risulta quanto mai fondamentale l'esistenza di contratti commerciali (la quale, come noto, di per sé non contrasta con la natura *non profit* degli ETS). Tali contratti andrebbero sottoscritti parallelamente al contratto di finanziamento, in modo tale da garantire ai finanziatori i flussi di cassa necessari ad alimentare il progetto e a ripagare l'indebitamento. Gli ETS che svolgono attività con modalità assimilabili a quelle delle imprese non dovrebbero avere infatti difficoltà nell'individuare i suddetti contratti commerciali e le relative controparti contrattuali. Ciò nonostante, non si ignora che la tipologia di finanziamento proposta – per le sue intrinseche caratteristiche – potrebbe incontrare dei limiti in tutte le ipotesi in cui l'attività di interesse generale (o strumentale a sostegno di quest'ultima) posta in essere dagli ETS abbia carattere propriamente e prettamente assistenziale. In tutti questi ultimi casi, potrebbe essere più complesso immaginare il ricorso a finanziamenti in *project financing*, nonostante tali attività siano ugualmente suscettibili di generare dei flussi di cassa specie ove vi siano forme di collaborazione tra gli enti pubblici ed enti *non profit* capaci di garantire stabilità ai predetti flussi di cassa³⁵ e, conseguentemente, facilitare a tali enti

³⁵ Si tenga, tuttavia, in considerazione che i rapporti collaborativi tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore cui si fa riferimento (*i.e.*; artt. 55 e 56 CTS) ammettono unicamente la copertura dei costi diretti e indiretti (ove concernano i progetti e/o servizi interessati) e non di corrispettivi per l'attività prestata. Conseguentemente, risulta difficile immaginare flussi di cassa rilevanti, per quanto, in ogni caso, anche solo il rimborso dei costi (diretti e indiretti) potrebbe assicurare, nei finanziamenti di importi più ridotti, un *cash flow* sufficiente per strutturare l'operazione (dovendosi, tuttavia, rimandare ad un approccio *case-by-case* nel giudicarne la bancabilità). *Cfr.*, con riferimento al tema della copertura dei costi e al concetto della "gratuità" dei servizi oggetto dell'affidamento ad enti del terzo settore nell'ambito dei rapporti collaborativi, le recenti sentenze del Consiglio di Stato n. 5217 del 2023 e n. 5218 del 2023 in cui i giudici hanno proposto un orientamento innovativo rispetto a quanto statuito in Consiglio di Stato, parere n. 2052 del 26 luglio 2018 (*i.e.*; concezione rigida e assolutistica di "gratuità").

l'accesso al credito con le modalità tipiche del *project financing*³⁶. Al di là delle predette limitazioni di carattere pratico, con riferimento alla verifica della bancabilità del progetto, anche per gli ETS risulta comunque fondamentale la predisposizione di un piano economico-finanziario (PEF) del progetto che si intende finanziare. Questo documento rappresenta un elemento fondamentale per analizzare – nella parte descrittiva e in quella numerica – la fattibilità e la contestualizzazione del progetto, il settore in cui è inserito, le strategie di mercato e aziendali in corso di gestione, nonché le prospettive di redditività e i flussi di cassa potenzialmente generabili dal progetto stesso. Nonostante le difficoltà derivanti dall'assenza di strutture competenti all'interno degli ETS per l'implementazione delle operazioni di *project financing* (che si traduce in elevati costi legali, tecnici e finanziari non compatibili con le richiamate dimensioni medio-piccole di tali operatori) e i ridotti importi della pluralità dei finanziamenti, gli stessi istituti di credito hanno registrato la necessità di concedere finanziamenti secondo logiche nuove, di carattere solidaristico e morale, verso impieghi in attività tipiche delle organizzazioni del terzo settore³⁷.

Peraltro, il *project financing* avrebbe il merito di superare le criticità rilevate dal sistema bancario nell'individuare opportune metodologie di valutazione del rischio di credito, reperire garanzie idonee a tutelare le ragioni di credito degli istituti finanziatori, ottenere una giusta

³⁶ Cfr., a riguardo, L. GILLI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2018, 2 e ss. Peraltro, come si è detto, rapporti collaborativi tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore sono previsti, ad oggi, nell'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023. Si aggiunga che predetta accoglie le sollecitazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza n. 131 del 2020 con la quale la Corte stessa ha ribadito che attraverso il principio di sussidiarietà orizzontale, il legislatore costituzionale ha inteso “superare l'idea che solo l'azione del sistema pubblico sia intrinsecamente idonea per svolgere attività di interesse generale e riconosce che tali attività possono essere perseguite anche attraverso un'autonoma iniziativa dei cittadini?”. La sentenza mette in luce il fatto che il legislatore attribuisce una priorità al Codice Unico del Terzo Settore nel suo rapporto con il Codice dei contratti pubblici. Nei rapporti con gli enti del terzo settore, i concetti prioritari includono la co-progettazione e l'accreditamento, e nel caso in cui venga applicato il Codice dei contratti pubblici, la pubblica amministrazione è tenuta a motivare le sue decisioni. Nella motivazione della sentenza, si precisa che l'articolo 55 del Codice Unico del Terzo Settore formalizza il principio di sussidiarietà orizzontale, dando così attuazione a quanto previsto dall'articolo 118, comma 4, Cost. Cfr. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *cortecostituzionale.it*; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le P.A. e gli enti del Terzo settore*, in *Federalismi.it*, 2021, 113 e ss.

³⁷ Cfr. UBI BANCA, cit., 23.

remunerazione a fronte dell'erogazione dei finanziamenti.

In particolare, le valutazioni del merito creditizio nelle operazioni di *project financing* si basano, esclusivamente o quasi, sulla validità economico-finanziaria del progetto che si intende finanziare così come le relative garanzie rilasciate dall'ente finanziato ineriscono unicamente al progetto e ai beni funzionali allo stesso.

Come è facile intuire, peraltro, nell'ipotesi in cui a fare ricorso a tale tipologia di finanziamenti sia un ETS, le già menzionate carenze organizzativo-funzionali avrebbero l'effetto di far venire meno i pre-requisiti necessariamente presenti nelle operazioni di *project financing* (i.e., l'esistenza nel progetto di una tecnologia consolidata, nonché il ricorso a più specializzazioni, ivi incluse quella tecnica o ingegneristica, quella legale, fiscale, societaria, e iniziative economiche di importo elevato).

Tuttavia, anche in questi casi, le criticità potranno essere superate mediante l'adozione, da parte degli istituti di credito "tradizionali", di logiche di *partnership* con gli ETS, che consentano a questi ultimi di acquisire rapidamente le competenze necessarie per la gestione del progetto e i rapporti con le banche, minimizzando i predetti rischi, pur sempre impliciti in tale tipologia di operazioni.

Non da ultimo, il *project financing* appare una modalità di reperimento del capitale di credito capace di ovviare all'eventuale carenza di capitalizzazione dell'ETS (limitando così l'impatto di un eventuale fallimento del progetto sul proprio bilancio), superando la comune difficoltà degli operatori a rilasciare le garanzie tipicamente richieste dagli istituti di credito³⁸.

4. Le esperienze comunicate al mercato: le particolarità del *project financing* applicato al Terzo settore

Il mercato, negli ultimi anni, ha visto poche ma significative esperienze di *project financing* nel Terzo settore. In questo contesto, ap-

³⁸ In via del tutto incidentale, vale la pena evidenziare gli ulteriori possibili strumenti che la stessa letteratura scientifica ha individuato come rimedi capaci di eliminare o, per quanto possibile ridurre, i fattori di rischio segnalati, *inter alia*, (i) imporre specifiche previsioni contrattuali che permettano di interrompere l'erogazione in qualsiasi momento ovvero di assicurare che l'ente finanziato fornisca tutta una serie di informazioni durante la vita del finanziamento tali da assicurare il mantenimento di determinati standard; e (ii) assicurare a un'assistenza tecnica diretta o indiretta nella realizzazione del progetto finanziamento, nonché al fine di implementare procedure organizzative e gestorie capaci di assicurare il buon funzionamento dell'ente. Cfr. M. PROPERSI, cit., 20.

pare utile segnalare la prima operazione italiana di *project financing* a cosiddetto “impatto sociale”, realizzata in favore di una Onlus. In particolare, l’operazione prevedeva il finanziamento complessivo di circa 8 milioni di euro suddivisi in diverse linee, con la finalità di finanziare i lavori di ristrutturazione e riqualificazione di una struttura residenziale per anziani gestita dallo stesso ETS³⁹.

La predetta operazione di finanziamento ha il pregio di connotarsi per diversi profili di innovazione, in particolare:

- i. l’applicazione della tecnica della finanza di progetto a un’iniziativa promossa da un ente *non profit*, che prevede il rimborso del finanziamento con i flussi di cassa generati dall’erogazione dei servizi assistenziali;
- ii. la possibilità di ridurre lo *spread* applicato dall’istituto di credito all’ente *non profit* al raggiungimento di obiettivi sociali predefiniti nel contratto stesso⁴⁰;
- iii. il riconoscimento da parte dell’istituto di credito, contestualmente all’erogazione del finanziamento, di un importo a titolo di liberalità per sostenere i costi iniziali di un progetto connesso, nonché di un ulteriore importo su base annua a titolo di liberalità al raggiungimento degli obiettivi sociali stabiliti nel contratto.

Un’ulteriore, e più recente, operazione comunicata al mercato del credito si contraddistingue per la combinazione tra finanziamento in *project financing* e la gestione della raccolta di somme mediante la tecnica del *crowdfunding* in favore di un ente religioso per il restauro dei beni gestiti da quest’ultimo⁴¹.

³⁹ L’operazione prevedeva il finanziamento complessivo di circa 8 milioni di euro concesso da UBI Banca a Torino Sociale Cooperativa Sociale Onlus (TSC Onlus) per la riqualificazione della Residenza Sanitaria per gli Anziani “Istituto Buon Riposo” di Torino e il sostegno del “Progetto Alice” finalizzato, con il Comune di Torino e le ASLTo1 e ASLTo2, a potenziare l’assistenza agli anziani e a creare una rete di servizi a favore della comunità locale. Si veda il comunicato stampa dell’operazione consultabile a: https://archivio.ubibanca.it/contenuti/file/CS_Project_Finance_Sociale_UBI_Banca-TSC_ita.pdf.

⁴⁰ In particolare, il contratto di finanziamento prevedeva, quale *milestone* per la riduzione dello *spread* l’incremento e mantenimento nel tempo dei posti letto della struttura residenziale per anziani, nonché, l’erogazione di servizi assistenziali domiciliari. Si veda il comunicato stampa dell’operazione consultabile a: https://archivio.ubibanca.it/contenuti/file/CS_Project_Finance_Sociale_UBI_Banca-TSC_ita.pdf.

⁴¹ Si tratta dell’operazione di finanziamento in *project financing* realizzata da Banco BPM con la quale è stato finanziato il restauro dei mosaici della Basilica di San Marco (Venezia) contribuendo alle risorse necessarie per riportarli al loro splendore originale a

Come evidente, nelle suddette operazioni gli aspetti finanziari sono stati affiancati da attività condotte al fine di assicurare agli enti del terzo settore finanziari importi a titolo di liberalità direttamente o mediante strutture o strumenti messi a disposizione dall'istituto di credito.

Quanto alle specifiche particolarità del contratto di *project financing* per un ente del terzo settore, si possono richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività: (i) la limitazione delle ipotesi di risoluzione del contratto di finanziamento e restituzione dell'importo del finanziamento; (ii) la limitazione degli interessi e delle commissioni a banche e professionisti coinvolti; (iii) la riduzione delle garanzie richiesta all'ente del terzo settore beneficiario del finanziamento; (iv) la rimodulazione del modello finanziario che rappresenta il foglio di lavoro elettronico nel quale sono utilizzati presupposti, anche macroeconomici, concordati tra l'ETS e l'istituto di credito per la produzione delle proiezioni economico-finanziarie legate al progetto finanziato⁴².

Da ultimo, come si è cercato di evidenziare, la presenza di *partnership* pubblico-ETS potrebbe rappresentare un ulteriore strumento di garanzia della stabilità delle attività perseguite dall'ente del terzo settore e, conseguentemente, aumentare le possibilità di ricevere finanziamenti in *project financing*⁴³.

5. Considerazioni conclusive e prospettive

Come evidente dalle considerazioni che precedono, allo stato attuale i finanziamenti degli ETS in *project financing* non sono una realtà consoli-

seguito dei danni provocati dall'inondazione del novembre 2019. Per una ricostruzione sintetica dell'operazione si veda: <https://www.bancobpm.it/magazine/terzo-settore/approfondimenti/project-financing-per-gli-enti-religiosi-una-nuova-finestra-di-opportunita/>.

⁴² Per una ricognizione delle principali clausole dei contratti di *project financing* si rimanda, tra gli altri, a: U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Il Project Financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997; D. SCANO, *Project financing, società e impresa*, Milano, 2006.

⁴³ Sul punto, oltre il rimando alle note che precedono, per un'utile ricostruzione sull'importanza del partenariato pubblico-enti *non profit*, si segnala, *ex multis*, M. TIBERII, *Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione*, in *Amministr@tivamente*, 4, 2019, 85 e ss. Con riferimento al collegamento tra il principio di sussidiarietà ed il partenariato cfr. A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 26, nel quale si evidenzia che il principio di sussidiarietà "esprime l'esigenza che le attività d'interesse generale e quindi pubbliche (anche se in senso solamente oggettivo) debbano essere preferenzialmente svolte dalle figure della società civile (persone fisiche e giuridiche sia come singoli che come gruppi) e non dai pubblici poteri".

data e diffusa.

Tuttavia, la sensibilità del mercato verso le tematiche della sostenibilità e l'attenzione che gli istituti di credito stanno – sempre maggiormente – riservando agli enti del terzo settore potrebbero concretamente contribuire allo sviluppo sul territorio di forme di imprenditoria sociale in grado di garantire innovazione sociale ossia risposte efficienti ai bisogni, anche emergenti in un contesto di crisi degli attuali sistemi economico e di *welfare*⁴⁴.

In quest'ottica, una finanza dedicata agli enti del Terzo settore avrebbe l'effetto di ampliare le proprie attività e la propria diffusione in settori diversi da quelli in cui tradizionalmente operano, con benefici in termini di diversificazione dei rischi assunti degli enti erogatori. Tale finanza dovrebbe quindi essere assicurata da strutture in grado di fornire nuovi strumenti dedicati agli enti del Terzo, quali, per l'appunto, l'applicazione peculiare delle tecniche tradizionali del *project financing* al finanziamento di suddetti enti.

Sebbene la strada per una implementazione di tale tipologia di finanziamento anche per gli ETS sia costellata delle difficoltà di cui si è cercato di dare conto, l'applicazione delle tecniche del *project financing* in un settore diverso da quello tradizionale rappresenta una sfida che, se vinta, avrebbe il merito di permettere alla gran parte degli ETS di accedere al capitale di credito senza le difficoltà di reperimento di finanziamenti che hanno caratterizzato sinora il settore. Infatti, l'utilizzazione di tecniche di finanziamento già conosciute dagli istituti di credito piuttosto che di strumenti nuovi o di recente sviluppo, permetterebbe a questi ultimi di preservare il *know-how* già acquisito in altri ambiti traslandolo nel Terzo Settore, con un risparmio di costi e tempi, oltre agli ulteriori effetti positivi, in termini non meramente economici, in favore degli ETS, di cui pur si è cercato di dare conto.

A tali fini, sarebbe utile redigere un modello di contratto di finanziamento in *project financing* applicabile alle operazioni con gli enti del terzo settore standardizzando le particolari clausole che differiscono dalla struttura contrattuale tipica⁴⁵. Allo stesso tempo, si potrebbe ipotizzare di strutturare una forma di garanzia a condizioni

⁴⁴ Cfr. S. BENVENUTI, S. MARTINI, cit., 7.

⁴⁵ Tale modello contrattuale dovrebbe tenere in considerazione le direttrici suggerite nel paragrafo 4 (*Le esperienze comunicate al mercato: le particolarità del project financing applicato al Terzo settore*) del presente lavoro, nonché favorire delle esperienze degli esperti del settore.

agevolate, contro-garantita dallo Stato, sui finanziamenti erogati dai soggetti finanziatori per aiutarli a reperire liquidità e finanziamenti necessari a finanziare gli ETS, che funga da incentivo per gli operatori e contribuisca allo sviluppo dell'intero settore, seguendo a titolo esemplificativo il modello di recente previsto per la c.d. "Garanzia Italia"⁴⁶. In particolare, si potrebbe immaginare suddetta garanzia come una garanzia finanziaria, a prima richiesta, irrevocabile e incondizionata a favore degli istituti di credito che concedono un finanziamento – in *project financing* – agli enti del terzo settore. Tale garanzia⁴⁷, avrebbe la finalità di tutelare gli istituti di credito a fronte degli irrimediabili rischi legati ai flussi di cassa che potrebbero inficiare le proiezioni economico-finanziarie legate al progetto finanziato (di cui si è detto in precedenza)⁴⁸. Quanto agli enti del terzo settore beneficiari, non si vede, allo stato attuale alcun limite soggettivo ipotizzabile per quanto, come ovvio, l'eventuale intervento statale nel settore del credito al terzo settore⁴⁹, richiederebbe necessariamente una circoscrizione dei progetti finanziabili⁵⁰.

⁴⁶ "Garanzia Italia" è lo strumento straordinario messo in campo per sostenere le imprese italiane colpite dall'emergenza Covid-19 con il cosiddetto Decreto "Liquidità" (d.l. n. 23/2020, convertito in Legge 5 giugno 2020 n. 40 e *ss.mm.ii.*), prevedendo garanzie a condizioni agevolate, contro-garantite dallo Stato, sui finanziamenti erogati dai soggetti finanziatori per aiutarli a reperire liquidità e finanziamenti necessari per fronteggiare l'emergenza Coronavirus. Per un'attenta trattazione sul punto, si veda: R. LORUSSO, *Decreto "Liquidità": chiarimenti sui principali provvedimenti normativi*, in *il Diritto Amministrativo*, 2020.

⁴⁷ Tale proposta è consapevole che l'ipotizzata garanzia potrebbe, almeno all'apparenza, snaturare l'impostazione dell'operazione di finanziamento secondo le logiche proprie del *project financing*. Tuttavia, l'esperienza recente dimostra come la prestazione di una garanzia contro-garantita dallo Stato aumenta esponenzialmente la concessione del credito e, dunque, può giustificare tale approccio.

⁴⁸ Con riferimento alle agevolazioni si potrebbe far riferimento, alternativamente, (i) alla completa gratuità della garanzia; o (ii) alla riduzione dei costi legati alla concessione e/o all'accesso alla garanzia consistente nella differenza tra il prezzo di mercato di una garanzia analoga a quella prestata dall'ente del terzo settore e il premio di garanzia effettivamente versato per accedere al fondo di garanzia agevolato. Si veda, per un parallelismo sul punto, le disposizioni relative al fondo di garanzia relativo alla già menzionata "Garanzia Italia".

⁴⁹ Si potrebbe ipotizzare un intervento di SACE S.p.A. ("SACE") sulla base di una convenzione con il Ministero dell'economia e delle finanze in attuazione di una disposizione legislativa che individui SACE quale soggetto responsabile del rilascio delle garanzie a sostegno di investimenti di enti del terzo settore.

⁵⁰ Quantomeno con riferimento alle attività istituzionali tipiche dell'ente del terzo settore che accede al finanziamento contro-garantito dallo Stato.

Active ageing and health protection: new healthcare scenarios

SERENA CANCELLIERI

(PhD Student in Civil Law and Constitutional Legality of University of Camerino, serena.cancellieri@unicam.it.)

Abstract

La promozione dell'invecchiamento attivo, avente natura transfrontaliera, è da anni un obiettivo contenuto nell'agenda dell'Unione europea.

Da questo impulso, nel 2022, è stato rinnovato per ulteriori tre anni, l'accordo fra il Dipartimento per le politiche della famiglia e l'Istituto Nazionale Riposo e Cura per Anziani (INRCA).

Il lavoro in oggetto ha due obiettivi principali. Il primo è quello di comprendere gli strumenti che, inseriti in un contesto multidisciplinare, possono incentivare un invecchiamento in buona salute e quello di comprendere concretamente come questi si inseriscono in un sistema sanitario sostenibile al fine di garantire un equo accesso alle cure.

Oltre a ciò verranno considerati diversi scenari di decadimento cognitivo su pazienti affetti da Alzheimer per indagare come, nelle diverse fasi della malattia, questi riescano a prestare un libero ed effettivo consenso informato ai trattamenti sanitari.

Il lavoro porrà una particolare attenzione anche alle tecniche di potenziamento cognitivo applicato a diversi profili terapeutici realizzabili sia tramite l'assunzione di farmaci, che per mezzo di impianti neuronali capaci di stimolare l'attività celebrale.

Nello specifico verrà analizzato il tema dell'invecchiamento attivo nei pazienti affetti da demenze e il diritto di quest'ultimi all'autodeterminazione nelle scelte assistenziali o di cura alla luce di queste nuove tecnologie mediche.

In virtù delle novità introdotte dalla scienza, il quadro giuridico si presenta complesso in mancanza di fattispecie di consenso informato che considerino un paziente affetto da forme di demenza nelle varie fasi di decadimento.

Saranno infine analizzati sia l'impatto che queste tecniche hanno nei bilanci del sistema sanitario nazionale, sia come, dal punto di vista statistico, sono state accolte dalle famiglie come scelte assistenziali.

Promoting active ageing, which is cross-border in nature, has been a priority for the EU for years. From this desire, in 2022, the agreement between the Department for Family Policies (DIPOFAM) and the National Institute for Rest and Care for the Elderly (INRCA) was renewed for another three years. This paper aims at two main objectives. The first is to understand the tools that, in a multidisciplinary context, can encourage healthy ageing; the second is to understand particularly how they fit into a sustainable health system in order to ensure fair access to care.

In addition, different cognitive decay scenarios will be considered on Alzheimer's patients to investigate how, at different stages of the disease, they can give free and effective informed consent to health treatments.

The work will also pay specific attention to cognitive enhancement techniques applied to different therapeutic profiles achievable both through the intake of drugs, and by means of neuronal implants capable of stimulating brain activity. Precisely, the topic of active ageing in patients with dementia will be analyzed as the latter's right to self-determination in the choice of care in the light of these new medical technologies.

Due to the innovations introduced by science, the legal framework is complex in the absence of a case of informed consent that considers a patient suffering from dementia in the various stages of decay.

Finally, the impact that these techniques have on the national health system budgets will be analyzed, as well as how, from the statistical point of view, they have been accepted by families as welfare choices.

Summary: 1. Introduction 2. Human enhancement and dementia 3. Legal nature of cognitive enhancement 4. Analysis of the concept of capacity in Law 219 of 2017 and supranational sources 5. Arguments 6. Conclusion

1. Introduction

The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) projects that by 2030, the percentage of people aged over 65 in Europe will represent 27.1% of the population¹. Italy is set to become ‘the country’ with people aged over 65 years, one of the oldest countries in Europe, which is why promoting active ageing across borders has been a common objective among EU member states, also included in the Agenda 2030. This work addresses the issue of population ageing and the emergence of new scenarios resulting from it, such as the increase in dementia cases. In Europe, the prevalence of dementia is currently 1.94%, and it is expected to rise to 2% by 2025². Given the new therapeutic approaches to these conditions based on cognitive enhancement, the goal is to investigate whether these can be considered healthcare treatments. Furthermore, the protection of therapeutic self-determination for vulnerable individuals will be analyzed, including how a person with a neurodegenerative disease can freely express informed consent for healthcare treatments. Promoting active ageing means working multi disciplinarily to guide healthcare systems in creating governance capable of supporting an inevitable social change while protecting the most vulnerable individual situations. Building on this momentum, in 2022, the agreement between the Department for Family Policies and the National Institute of Health and Science on Aging (INRCA) was renewed for another three years³. The issue of “old age” is certainly not new, and the problems and consequences associated with it are not easily solvable. It has been discussed for years in doctrine

¹ ISTAT, *Previsioni della popolazione residente e delle famiglie | base 1/1/2020. Futuro della popolazione: meno residenti, più anziani, famiglie più piccole. Statistiche report*, in www.istat.it, 2021. (visited on date 3 May 2023); <https://www.oecd.org/> (visited on date 4 May 2023); I. R. E. S. PIEMONTE, IRPET, SRM., POLIS LOMBARDIA, IPRES., LIGURIA RICERCHE, AGENZIA UMBRIA RICERCHE 2021. *La finanza territoriale*, Soveria Mannelli, 2021, 1 ss.

² ALZHEIMER EUROPE, *Dementia in Europe Yearbook 2019 Estimating the prevalence of dementia in Europe. This Dementia in Europe Yearbook received funding under an operating grant from the European Union's Health Programme*, Luxembourg, 2019, 1 ss.

³ F. BARBARELLA, P. CHECCUCCI, M.L. AVERSA, G. SCARPETTI, R. FEFÈ, M. SOCCI, G. LAMURA, M. VILLA, *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Italia. Rapporto Sullo Stato dell'arte*. in <https://famiglia.governo.it/it/>, 2020, 1 ss.

about its different facets⁴. On the one hand, an exclusively socio-sanitary dimension⁵, on the other, inspired by criteria and principles of social solidarity⁶. However, no clear answers seem to have been found⁷. Nonetheless, progress has been made in developing an approach to the challenges posed by new needs. It is important to be cautious about constructing a category of the elderly and exclusive legislation for the elderly as it may lead to new forms of marginalization⁸. Similarly, proposing the establishment of an elder's rights⁹ or an elderly statute seems futile. Instead, it is crucial to identify appropriate solutions for the protection and promotion of individuals in particularly vulnerable situations¹⁰, including those with disabilities. The demographic ageing of the population has brought to light legal issues which have remained unresolved.

The latter should be read in the light of the intense technological and medical development, in a methodological interpretation that holds firmly the principles of protection of the person contained in the Constitution and in supranational sources. Special attention will be given to the elderly in fragile conditions in correlation with the increasing cases of dementia. The complexity lies not only in the interpretation of the elderly status, which deserves further examination in another context, but in the issue of the freedom of choice for patients with dementia. The focus of this work will be to analyze healthcare self-determination and informed consent. These topics may have an "ancient" flavor, but given the social transformations, they require a re-evaluation that can make the legislative interpretation of Law 219 of 2017¹¹ a true instrument for protecting the most vulnerable individuals.

⁴ F. PARENTE, *La vita, il tempo e lo spazio: l'anzianità come categoria dell'adulità e del diritto*, in I. FLOREK, I. LAKI, K. SCHOTTNER (a cura di), *Human Right sas a guarantee of smart, sustainable and inclusive growth*, Budapest, 174-181; P. STANZIONE, *L'età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *Riv. dir.*, 1989, 1, 439 ss.

⁵ M. PEREZ, V. LUMIA, A. MAZZOTTI, *Aspetti di una politica sociale e sanitaria per gli anziani in prob. sicur.*, 1972, 4, 529- 664.

⁶ V. ZAMBRANO, *La tutela dell'anziano*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, 1, 200-205.

⁷ C.M. Bianca, *Senectus ipsa morbus?* In *Rass. Dir. Civ.*, 1998, 2, 241-250.

⁸ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo europeo delle fonti*, Napoli, 2020, 22, cit.; P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, 1, 81-99, cit.

⁹ M. DOGLIOTTI, *I diritti dell'anziano* in *Riv. Trim.*, 1989, 1, 711-720.

¹⁰ G. LISELLA, *Rilevanza della "condizione di anziano" nell'ordinamento giuridico*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1989, 1, 794- 812.

¹¹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

2. Human enhancement and dementia

While it may be impossible to control the inevitable increase in dementia cases, it is necessary to find tools that can combine this aspect with improving the quality of life for individuals. In the context of neurodegenerative diseases, medicine, particularly neuroscience, has made significant diagnostic and therapeutic advancements in recent decades, including those based on human enhancement, such as cognitive stimulation often used in these cases¹². This can be achieved through therapeutic interventions involving medication or neural implants capable of stimulating cognitive and moral abilities. The use of neuro-technologies such as Brain-Computer Interfaces (BCIs) or Transcranial Magnetic Stimulation (TMS) has also shown significant results in the treatment and reduction of symptoms in patients with dementia¹³. The delicate and often experimental nature of these treatments raises questions, particularly regarding the legal nature of these therapeutic hypotheses and the protection of a patient's healthcare self-determination when faced with the opportunity to participate in such treatment for neurodegenerative disease.

3. Legal nature of cognitive enhancement

Cognitive enhancement treatments have been recognized under Article 76 of the Code of Medical Ethics¹⁴, titled “enhancement

¹² C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, 151- 167.

¹³ G. ARENDASH, C. CAO, H. ABULABAN, R. BARANOWSKI, G. WISNIEWSKI, L. BECERRA... & A. SMITH, *A clinical trial of transcranial electromagnetic treatment in Alzheimer's disease: Cognitive enhancement and associated changes in cerebrospinal fluid, blood, and brain imaging* in *Journal of Alzheimer's disease*, 2019, 1, 57-82.

¹⁴ Approved in Turin by the National Federation of the Orders of Surgeons and Dentists on May 18, 2014, then reformulated in 2017: “The physician, both in research activities and when required to carry out non-therapeutic activities but aimed at strengthening the individual's physical and cognitive physiological capacities, shall operate with respect for and safeguarding the dignity of the individual in all his or her individual and social reflections, identity and integrity of the person and his or her genetic characteristics, and the principles of proportionality and precaution. The physician shall acquire informed consent in writing taking care to verify, in particular, understanding of the risks of treatment. The physician has a duty to refuse any request deemed disproportionate and high risk also because of the invasiveness and potential irreversibility of the treatment in the face of non-therapeutic but potential benefits”.

medicine,” which approves their practicability for experimental purposes while respecting and safeguarding the individual’s identity and integrity through written informed consent¹⁵. The question to be clarified is whether a patient with dementia could have the freedom to refuse any treatment that could significantly improve their quality of life and still provide valid informed consent. This issue is complex and does not lend itself to clear conclusions from a contemporary jurist’s perspective¹⁶. In this context, it is necessary to reflect on the available legal tools and how they can be improved inclusively, considering the hypothetical and future applications of these therapies within the national healthcare system. On one hand, there is the complexity of determining whether cognitive enhancement can be considered a healthcare treatment, given its experimental nature. On the other hand, there are challenges related to the capacity of the individual, as indicated in the application phase of Law 219 of 2017, particularly in cases of neurodegenerative diseases.

4. Analysis of the concept of capacity in Law 219 of 2017 and supranational sources

If cognitive enhancement treatments are considered healthcare treatments (under Article 76 of the Code of Medical Ethics), they would require informed consent from the patient. Through a comparative analysis of the data contained in Law 219 of 2017, the European Charter of Patients’ Rights¹⁷, and the Oviedo Convention¹⁸, a methodological approach based on constitutional personalism (Articles 2, 3, 13, 32 of the Italian Constitution) has been applied (Perlingieri, 2020). Informed consent is provided by an adult capable of understanding and deciding, or by a parent or guardian in the case of a minor, taking into account considering the individual’s will. However, according to the legislation, if an adult refuses or revokes informed consent for any diagnostic assessment or healthcare treatment, they must possess “legal capacity.” Additionally,

¹⁵ E. PULICE, *La deontologia medica come “motore” della Costituzione* in *BioLaw Journal*, 2019, 2, 323- 347.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Note sul potenziamento cognitivo* in *Tecnologie e diritto*, 2021, 2, 209-216.

¹⁷ European Charter of Patients’ Rights, Brussels, November 15, 2002.

¹⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Respect to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine signed in Oviedo on April 4, 1997.

Article 5 of the same law does not explicitly indicate the capacity required for shared care planning or acting as a healthcare proxy but suggests applying analogously what is established for advanced healthcare directives. Similarly, according to Articles 3, 4, and 5 of the European Charter of Patients' Rights, the individual must be capable of understanding and deciding freely to provide informed consent for healthcare treatments, without reference to legal capacity, which is clearly expressed in the text of Law 219 of 2017. The Oviedo Convention also refers to the individual's "capacity" to give consent in Articles 5 and 6, without mentioning legal capacity. Another critical aspect of the legislation is the lack of specific criteria for determining and certifying the nature and degree of a person's natural capacity with respect to informed consent, living wills, and shared care planning. The essential point that emerges from the data is not so much the terminological use of legal capacity in cases of refusal, but the essentiality of the consensual element concerning the fundamental right to therapeutic self-determination. This goes beyond lexical considerations and must be evaluated in each individual case, especially given the degenerative nature of cognitive states in certain diseases such as Alzheimer's¹⁹. The requirement of capacity, particularly with respect to revocation or refusal of consent, raises critical issues in interpreting the law in light of constitutional and supranational principles, as compared to the requirement of capacity for insight and decision-making.²⁰ The legislation under review emphasizes the role of free and informed consent, as well as patient will, and emphasizes the "therapeutic alliance" between physician and patient²¹.

5. Arguments

In the context of dementia, the problem lies in the progressive decline of cognitive abilities, which makes it increasingly challenging for healthcare professionals to establish effective relationships

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo europeo delle fonti*, Napoli, 2020, IMMETTI PAGINE; V. ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, PAGINE; A. FERRERO, 2020. *Autodeterminazione dei minorenni. I minori come soggetti capaci in ambito sanitario* in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 1, 1792-1810.

²⁰ Artt. 2,13,32, comma 2, Cost.

²¹ E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona* in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 1, 283-297.

both in terms of communication and obtaining informed consent to make clinical decisions²². Protecting the patient's autonomy in therapeutic choices is the result of a reasonable balance between opposing needs²³. On one hand, the medical team is required to respect the patient's will, whether they accept or refuse treatment²⁴; on the other hand, the individual must always have the opportunity to be heard, even in cases where there are limitations to their natural capacity. The absence of specific criteria for determining the degree of natural capacity poses challenges, especially for diseases involving a gradual loss of cognitive abilities. This critical aspect affects the identification of individuals responsible for assessing capacity. How can individuals be effectively heard if the legal tools for evaluating their cognitive state are lacking? The risk of compromising the benefits introduced by the law becomes very high in practical terms, particularly for individuals in specific clinical conditions where capacity assessment is crucial for determining their will. Mental illnesses encompass a wide range of pathological conditions that vary greatly from person to person and progress at different rates, as is the case with dementia. The crucial point is that there is not necessarily a direct correlation between degenerative mental illnesses and the inability to make decisions about one's health. There are "grey areas"²⁵ that present a heterogeneous range of cases, which healthcare professionals must consider in light of the fundamental right to individual self-determination. The strict binary notion of a person having or lacking legal capacity does not align well with the process of understanding a patient's will, as emphasized by the Nuffield Council on Bioethics (UK)²⁶ in its report on ethical issues related to dementia. The practical implications pose uncertainties

²² M.C. DAVOLIO, *La tutela del paziente affetto da demenza ad esordio precoce (EOD): nuovo protocollo di accertamento della disabilità* in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2021, 4, 1001-1015.

²³ P. PERLINGIERI, *Il diritto*, 33.

²⁴ U. VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011; C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2018, 1, 13-14.

²⁵ E.M. TURLA, C. PORTERI, *Capacità e diritto all'autodeterminazione terapeutica nella legge n. 219/2017. Il caso delle persone con disturbo psichiatrico e cognitivo* in *Rivista di psichiatria*, 58, 134-142.

²⁶ J.H. HUGES, *'Dementia: ethical issues' over ten years on. Report* in *Nuffield Council on Bioethics, web site*. <https://www.nuffieldbioethics.org/blog/dementia-ethical-issues-over-ten-years-on>, 2020. (visited on date 10 June 2023).

for both legal and healthcare professionals, which impact the psychological and physical health of the individual and their family. Especially in psychogeriatric contexts, it is often not easy to determine whether the subject is capable of understanding and willing in the existential choices that concern him. Encouraging continuous interaction between the legal and healthcare domains brings benefits to the patient's quality of life, improving their psychological and physical health, as well as the family and caregiving environment and reducing stress that often leads to social isolation and psychological and physical illnesses for the caregiver.

6. Conclusions

Based on these considerations, it is evident that such a variety of situations requires adequate legal protection based on a case-by-case analysis²⁷. Addressing the consequences resulting from the rigid legal dichotomy between capacity and incapacity of the individual necessitates a proactive and multidisciplinary approach, guided by constitutional and supranational principles. This approach involves constant interaction between the healthcare and legal fields to create synergistic collaborations that benefit vulnerable individuals. The adoption of good clinical practices that actively consider the various facets of individual capacity is desirable. From a legal perspective, legal professionals should adopt an interpretative flexibility that considers the uniqueness of each person and the relevance of diverse situations. Every development in technology and medicine presents epistemological and philosophical challenges, and only innovation that guarantees the well-being of humans can lead to a harmonious future and avoid “mechanical fundamentalism”²⁸. Therefore, the question arises: to what extent should we listen to a patient with dementia and allow them to provide free and informed consent based on their choices, and when is it necessary to involve a healthcare proxy to assist them? Answering this question is not easy, and concerns in this regard are significant, but they should not lead to a rejection of neuroscientific advancements that have many positive applications in healthcare and therapy. Understanding the point at which an individual is no longer cognitively capable of making decisions and where they still retain the ability to make therapeutic

²⁷ F. CARIMINI, *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, 139-140.

²⁸ P. PERLINGIERI, *Note*, PAGINA, 212, cit.

choices is perhaps one of the most challenging missions for both healthcare professionals and jurists. Jurists often bear the difficult responsibility of appointing a healthcare proxy to support the patient in their decision-making. A recent ruling by the ECHR²⁹ confirms the importance and necessity of understanding the nuances of a vulnerable individual's will and applying them to protect their dignity and freedom respecting private life. Therefore, the problem not only concerns the right to health but also encompasses the holistic psychophysical well-being of the individual. To meaningfully protect a patient's free and informed consent and ensure sustainable access to care, an interpretive approach based on individual cases and the continuous scientific evolution is necessary. Protecting individuals' self-determination in therapeutic choices requires a multidisciplinary approach that integrates science, law, ethics, and philosophy in a synergistic harmonization of the legal system with the needs of individuals, especially the most vulnerable among them³⁰.

²⁹ Corte e.d.u. 6 luglio 2023, Calvi e C.G. c. Italia.

³⁰ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

Prospects for Big Data in the Shadow of Antitrust and Competition Laws

SEYED MILAD MAHMOOD KASHANI

(Dottorando di Ricerca in Diritto delle Persone delle imprese e dei mercati, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract

Big Data's explosive growth and widespread use have changed the world of business, bringing both benefits and difficulties. Companies are gathering enormous volumes of data, which has raised worries about compliance with antitrust and competition rules. This has made it necessary to carefully consider how Big Data might fit into this regulatory framework. This article examines the interactions between Big Data and antitrust laws and identifies important factors. Big Data collection and use can lead to questions about market dominance, entry hurdles, and the possibility of anticompetitive behavior. It explores the difficulties presented by monopolistic players who might use their access to enormous data resources to impede competition, obstruct market entry, or practice discrimination. It looks at how the gathering, sharing, and monetization of Big Data might result in the concentration of market power, necessitating the adaptation and handling of new aspects of competition in the digital age by antitrust authorities. Additionally, it highlights the necessity of a well-balanced strategy that fosters innovation and competitiveness while guarding against anticompetitive activity. In order to reduce the hazards associated with Big Data concentration, it examines alternative legislative methods, such as enforcing data-sharing responsibilities, fostering open standards, and improving transparency in data practices. In light of antitrust and competition regulations, this paper illuminates the potential for Big Data. While highlighting the significance of good regulation to stimulate competition, safeguard consumer welfare, and maintain a level playing field in the digital economy, it acknowledges the revolutionary potential of Big Data for business and society. It is essential to address the issues raised by Big Data within the antitrust framework in order to support innovation, economic progress, and an equitable market for all.

La crescita esplosiva e l'uso diffuso dei Big Data hanno cambiato il mondo degli affari, apportando sia vantaggi che difficoltà. Le aziende stanno raccogliendo enormi volumi di dati, il che ha sollevato preoccupazioni circa il rispetto delle norme antitrust e sulla concorrenza. Ciò ha reso necessario considerare attentamente come i Big Data potrebbero inserirsi in questo quadro normativo. Questo articolo esamina le interazioni tra Big Data e leggi antitrust e identifica fattori importanti. La raccolta e l'utilizzo dei Big Data possono portare a domande sulla posizione dominante del mercato, sugli ostacoli all'ingresso e sulla possibilità di comportamenti anticoncorrenziali. Esplora le difficoltà presentate dagli attori monopolistici che potrebbero utilizzare il loro accesso a enormi risorse di dati per impedire la concorrenza, ostacolare l'ingresso nel mercato o praticare la discriminazione. Esamina come la raccolta, la condivisione e la monetizzazione dei Big Data potrebbero comportare la concentrazione del potere di mercato, rendendo necessario l'adattamento e la gestione dei nuovi aspetti della concorrenza nell'era digitale da parte delle autorità antitrust. Inoltre, evidenzia la necessità di una strategia ben bilanciata che promuova l'innovazione e la competitività tutelandosi al tempo stesso da attività anticoncorrenziali. Al fine di ridurre i rischi associati alla concentrazione dei Big Data, esamina metodi legislativi alternativi, come l'applicazione delle responsabilità di condivisione dei dati, la promozione di standard aperti e il miglioramento della trasparenza nelle pratiche relative ai dati. Alla luce delle normative antitrust e sulla concorrenza, questo documento illustra il potenziale dei Big Data. Pur sottolineando l'importanza di una buona regolamentazione per stimolare la concorrenza, salvaguardare il benessere dei consumatori e mantenere condizioni di parità nell'economia digitale, riconosce il potenziale rivoluzionario dei Big Data per le imprese e la società. È essenziale affrontare le questioni sollevate dai Big Data nel quadro antitrust per sostenere l'innovazione, il progresso economico e un mercato equo per tutti.

Summary: 1. Introduction 2. Benefits of Big Data for Market Competition 3. Challenges Posed by Big Data Concentration 4. Antitrust Implications of Big Data: Exploring Future Prospects and Policy Directions 5. Conclusion

1. Introduction

Massive data sets were initially referred to when the phrase “Big Data” was coined¹. The emergence of Big Data has caused a profound change in the corporate environment, enabling firms to tap into massive amounts of data for analysis and decision-making. Data are unrivalled by-products of economic activity². Big Data is without a doubt a vital part of production in the digital economy, but it is not a goal in and of itself³. Big Data is being used more and more, but this has raised questions about how it may affect antitrust and competition regulations. More and more legislators and supporters believe that privacy laws and antitrust enforcement are the most effective legal tools for controlling Big Tech. Both legal disciplines are now viewed as tools for a major reorganization of the technology sector that would foster competition, stop unfair business practices like self-preferencing, dismantle monopolies, and safeguard consumer privacy⁴.

The term “Big Data” was first popularized by Harper’s Magazine in the late 1980s to describe the many customer data lists used to boost the effectiveness of direct mail marketing⁵. Big Data is a type of information asset that has so large volume, velocity, and variety that turning data into value requires specialized equipment and analytical techniques⁶. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) defined “Big Data” in 2016 as high volumes and dimensions of data sets that also require advanced com-

¹ F. X. DIEBOLD. *On the Origin (s) and Development of the Term “Big Data*. No. 12-037. Penn Institute for Economic Research, Department of Economics, University of Pennsylvania, 2012.

² L. VELDKAMP, AND C. CHUNG. “*Data and the aggregate economy*.” *Journal of Economic Literature* (2019).

³ C. TUCKER. “*Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: Network effects, switching costs, essential facility*.” *Review of industrial Organization* 54.4 (2019): 683-694.

⁴ D. HANLEY, AND K. MONTOYA. “*Privacy Protections Through Antitrust Enforcement*.” *Competition Policy International Antitrust Chronicle* (2022).

⁵ E. LARSON. “*What Sort of Car-rt-sort am I*.” *Junk Mail and the Search for Self Harper’s Magazine* (1989).

⁶ A. DE MAURO, M. GRECO, AND M. GRIMALDI. “*A formal definition of Big Data based on its essential features*.” *Library review* 65.3 (2016): 122-135.

puter techniques and software to extract value from them within a reasonable amount of time⁷.

There is a definition of “Big Data”, and it is based on research into data-driven markets and actual cases in data-related industries⁸. The OECD agrees that relying solely on volume in a Big Data definition may be misleading, regardless of whether the amount is expressed in gigabytes, petabytes, or exabyte⁹. Big Data has become a controversial subject in competition policy, yet there is no accepted definition of the term in the antitrust literature¹⁰. Officials from the Commission have defined Big Data as “large sets of data,” limiting its application to data volume¹¹. Similar to how the term “Big Data” is used by McKinsey, it is defined as “huge pools of data that can be acquired, communicated, aggregated, stored, and evaluated¹².” Big Data’s actual importance in antitrust has been questioned by competition policy specialists due to the term’s restrictive definition¹³. The most important source of data for many firms is interaction with current and potential customers, which generates a range of user-generated content and data as well as machine-generated data, including web server logs, network event logs, location data, etc.¹⁴. Businesses, however, also rely on data brokers for more information or even acquire other companies to obtain new data sets¹⁵. Large-scale Big Data production offers countless commercial options. Operational strategies, customer experiences, and product

⁷ Data, OECD Big. “*Bringing Competition Policy to the Digital Era.*” Background Paper by the Secretariat (2016).

⁸ X. BOUTIN, AND G. CLEMENS. “*Defining ‘Big Data’ in Antitrust.*” Competition Policy International: Antitrust Chronicle (2017): 22-28.

⁹ L. HILL, F. LEVY, V. KUNDRA, B. LAKI, AND J. SMITH. “*Data-driven innovation for growth and well-being.*” (2015).

¹⁰ M. E. STUCKE, AND A. P. GRUNES. “*Introduction: big data and competition policy.*” Big Data and Competition Policy, Oxford University Press (2016) (2016).

¹¹ E. OCELLO, C. SJÖDIN, AND A. SUBOČS. “*What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case.*” Competition merger brief 1 (2015).

¹² J. MANYIKA, M. CHUI, B. BROWN, J. BUGHIN, R. DOBBS, C. ROXBURGH, AND A. HUNG BYERS. “*Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity.*” (2011).

¹³ X. BOUTIN, AND G. CLEMENS. “*Defining ‘Big Data’ in Antitrust.*” Competition Policy International: Antitrust Chronicle (2017): 22-28.

¹⁴ Z. CHEN, C. CHOE, J. CONG, AND N. MATSUSHIMA. “*Data-driven mergers and personalization.*” The RAND Journal of Economics 53, no. 1 (2022): 3-31.

¹⁵ B. KAMLEITNER, AND V. MITCHELL. “*Your data is my data: a framework for addressing interdependent privacy infringements.*” Journal of Public Policy & Marketing 38.4 (2019): 433-450.

development have all undergone radical change as a result of the ability to gather, analyze, and extract meaningful insights from massive volumes of data. Today's businesses have the ability to tailor services, optimize pricing tactics, and make data-driven decisions, fostering market competitiveness and innovation. Big Data has the ability to spur economic expansion, boost productivity, and provide customers with better-tailored goods and services. Data and privacy frequently go hand in hand; having more of one usually means having less of the other. Data is often gathered by technology businesses as a result of user behavior, such as a user's browsing history, but it can also be bought via exchanges or gathered from other programs that monitor people around the internet¹⁶.

But the emergence of big data has also sparked worries about market dominance, anticompetitive behavior, and the concentration of data in the hands of a small number of powerful firms. Large datasets amassed by a small number of businesses can raise entry costs, stymie fair competition, and encourage anticompetitive behavior. Market dominance brought about by exclusive access to priceless data sources can inhibit innovation, restrict consumer choice, and impede the growth of a vibrant and competitive market. Privacy sets boundaries and regulations for how corporations can collect data. However, privacy is not always straightforward or universally beneficial due to the various ways data is collected and utilized by services and applications. For instance, if a search engine were completely prohibited from gathering any user data, even if it was anonymized, it would be challenging to improve search result relevance and deliver a competitive and high-quality product to users¹⁷. Market concentration, enforcement of a fair playing field, and addressing anticompetitive conduct have historically been the main objectives of antitrust and competition legislation. Due to its position at the intersection of social and economic regulation, it is not advisable to examine and comprehend competition law in a one-dimensional manner¹⁸. Regulators now face fresh difficulties as a result of the development of Big Data. Policymakers, businesses, and consumers can more successfully negotiate the challenging

¹⁶ D. A. HANLEY. "A topology of multisided digital platforms." *Conn. Pub. Int. LJ* 19 (2019): 271.

¹⁷ M. E. STUCKE, AND A. P. GRUNES. "Introduction: big data and competition policy." *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press (2016) (2016).

¹⁸ I. LIANOS. "The Poverty of Competition Law." *CLES Research Paper Series* 2 (2018).

terrain of the digital economy by comprehending the potential for Big Data within the context of antitrust and competition laws. To ensure innovation, preserve consumer welfare, and nurture a vibrant market for the benefit of all stakeholders, it is imperative to strike a balance between the enormous promise of Big Data and the requirement for fair competition. Antitrust law can target “every” unfair trade practice or monopolization strategy, as well as exclusive agreements, tying, and mergers that “may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly”. The Supreme Court’s understanding that the antitrust rules have “dynamic potential,” are not limited to specific acts, and are to be generally targeted at all of the “economic consequences” of business conduct strengthens the antitrust statutes¹⁹.

2. Benefits of Big Data for Market Competition

Big Data’s widespread use has significantly improved market competition and transformed how companies run their operations and engage with customers. Companies can boost innovation and gain a competitive edge in a number of ways by leveraging the potential of Big Data analytics. Competition dynamics have changed significantly as a result of the growth of Big Data and big analytics²⁰. ‘Big Data’ is being heavily utilized by businesses all over the world to improve their goods and services quickly, raising the likelihood of anticompetitive behavior in the market. It may be said that the process is cyclical, with more customers leading to more data, which in turn leads to more honed goods or services, which in turn leads to more customers²¹.

Enhanced Consumer Insights: Big Data actively extracts information from unstructured data sets made up of a combination of photos, audio, video, clicks, and other data that is frequently and instantly collected²². Big Data gives companies a plethora of knowledge about the preferences, actions, and requirements of consum-

¹⁹ A. J. MEESE. “Justice Scalia and Sherman Act Textualism.” *Notre Dame L. Rev.* 92 (2016): 2013.

²⁰ A. EZRACHI. *Virtual competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Harvard University Press, 2016.

²¹ A. HAGIU, AND J. WRIGHT. “Data-enabled learning, network effects and competitive advantage.” *RAND Journal of Economics* (2020).

²² M. KUBINA, M. VARMUS, AND I. KUBINOVA. “Use of big data for competitive advantage of company.” *Procedia Economics and Finance* 26 (2015): 561-565.

ers. Companies can gain insightful information from massive datasets using advanced analytics and data mining techniques, which helps them better understand their target market. Due to their increased awareness of consumer desires and preferences, firms are better able to customize their offerings in terms of goods, services, and marketing tactics. Companies may attract and keep clients by providing individualized experiences and pertinent offerings, promoting healthy competition in the market.

Increased Operating Efficiency: These days, it's easy to access large datasets on individual behavior, or "Big Data," which may contain data that might be used for person-specific pricing²³. Data are linked to data subjects, also known as users, who incur privacy and other expenses while providing data²⁴. Businesses can optimize their operational procedures with the help of big data analytics. Businesses can spot bottlenecks, inefficiencies, and opportunities for improvement by evaluating vast amounts of data pertaining to supply chains, logistics, manufacturing, and resource utilization. Through the use of this data, businesses can more effectively supply goods and services, cut costs, and streamline processes. By enabling them to offer higher-quality products at competitive pricing and fostering market competitiveness, improved operational efficiency gives businesses a competitive edge.

Development of Innovative Products and Services: Big Data has the potential to spur innovation. Companies can find market gaps and unmet needs by examining market trends, customer input, and emerging patterns. In a complex ecosystem made up of numerous interconnected markets, many of which are multi-sided, Big Data is gathered, traded, and turned into monetary value²⁵. By addressing these gaps with new products, services, and business models, organizations are better equipped to disrupt current markets or build brand new ones. The capacity to recognize and take advantage of new market wants and trends promotes healthy competition among industry participants and propels ongoing innovation.

Data-Driven Decision-Making: Businesses are adopting more and

²³ B. R. SHILLER. *First degree price discrimination using big data*. Brandeis Univ., Department of Economics, 2013.

²⁴ Z. LIU, M. SOCKIN, AND W. XIONG. *Data privacy and temptation*. No. w27653. National Bureau of Economic Research, 2020.

²⁵ Data, OECD Big. *"Bringing Competition Policy to the Digital Era."* Background Paper by the Secretariat (2016).

more business strategies that use personal data as their primary input. Companies provide people with free services in an effort to collect important personal data about them so that advertisers can more effectively target them with behavioral advertising²⁶. Big Data offers organizations useful insights that can be used to enhance data-driven decision-making. Companies may make wise decisions on pricing tactics, market positioning, resource allocation, and investment opportunities by examining historical and current data. Companies may make more precise and strategic decisions thanks to data-driven decision-making, which lessens reliance on speculation and intuition. The ability of organizations to optimize their strategies based on practical insights obtained from in-depth data analysis increases competition.

Market research and competitive intelligence: Big Data analytics can give companies the tools they need to do market and competitive research. Companies may better understand their competitive environment by tracking and analyzing data from multiple sources, including social media, consumer feedback, and rival activity. Businesses can proactively respond to shifting market dynamics by using this knowledge to identify emerging trends, competition strategies, and customer sentiments. Companies may preserve their market position and foster healthy competition by consistently inventing and providing value to consumers by staying one step ahead of the competition. It is noted that certain businesses are now able to access, process, and analyze data almost instantly²⁷.

3. Challenges Posed by Big Data Concentration

If the information is not widely available, it cannot give the company a competitive edge. It should be clear that, as a result, data is a non-rivalrous good. The acquisition of the same or related data sets by other activities is not prohibited by the information gathered by one undertaking²⁸. Therefore, comparing Big Data to a currency is not totally accurate. Having exclusive access to data could result in

²⁶ A. EZRACHI, AND M. E. STUCKE. *“Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition.”* U. ILL.L.Rev.(2017):1775.

²⁷ M. E. STUCKE, AND A. P. GRUNES. *“Introduction: big data and competition policy.”* Big Data and Competition Policy, Oxford University Press (2016) (2016).

²⁸ W. D. EGGERS, R. HAMILL, AND A. ALI. *“Data as the new currency: Government’s role in facilitating the exchange.”* Deloitte Review 13 (2013): 17-31.

a significant competitive advantage, but getting this access could be difficult given that customers typically share the same information with several market competitors²⁹. The undertaking should make proper use of the collected data. In order to extract more precise information from the data, cutting-edge algorithms, the combination of diverse data sets, and properly indexing the material can all be helpful. New algorithms may translate data into a range of “cognitive” or artificial intelligence services, some of which will open up new revenue streams for businesses.

Access to Big Data is important for gaining an advantage in the current global economy, where the extraction of pertinent information from data chunks drives every corporate plan. Recent discussions have claimed that companies with “Big Data” have a natural competitive advantage over rivals and that this data retention as a resource has to be regulated by competition laws³⁰. Big Data has many advantages, but the fact that it is concentrated in the hands of a small number of powerful businesses creates serious obstacles for market competition. Big Data might be a significant source of market power when products are free, especially if the data can be exploited to create barriers to entry³¹. Both the success of businesses in the market and the lives of customers and users face new issues as a result of the digitization of current business models and the new means of conducting business on digital platforms.

Big Data access issues are perceived as having the potential to impede the development of the digital economy and elicit overbroad regulatory responses. The EU Commission held a consultation in January 2017 on a variety of data-related issues, suggesting, among other things, that businesses be required to share non-personal, machine-generated data with third parties, including rivals, whether or not the data-holder holds a dominant position or engages in abusive behavior. It would therefore far beyond any access remedy recognized in the context of antitrust³². The leading American digital companies (Google, Facebook, Amazon, and Apple) appear to

²⁹ L. H. LUBYOVÁ. “*Big Data in the EU Competition Law.*” Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No (2018).

³⁰ M. GAMBARO. “*Big Data competition and market power.*” *Mkt. & Competition L. Rev.* 2 (2018): 99.

³¹ B. LASSERRE, AND A. MUNDT. “*Competition law and big data: The enforcers’ view.*” *Antitrust & Public Policies* 4.1 (2017).

³² J. MODRALL. “*Antitrust Risks and Big Data.*” Available at SSRN 3059598 (2017).

be harming free market competition with their business practices³³. The following are the principal difficulties linked to huge data concentrations:

Market Power and Monopoly Issues: Big companies currently offer recommendation systems, targeted marketing, customized products, etc. that are based on predictive analysis with “Big Data” as a key resource. These data-driven tactics also boost customer and seller retention and revenue, luring more sellers to platforms that serve as middlemen and making it challenging for new competitors to overtake such advantages³⁴. The concentration of market power by a small number of corporations can result from their acquisition of enormous volumes of data. Exclusive access to large datasets by dominant businesses may be used to establish monopolistic control over marketplaces. By limiting customer choice, impeding innovation, and raising entry costs for new firms, this power concentration can harm competition. Clients’ personal information is used by businesses to offer more individualized services, which at first appear to be simple but ultimately prevent clients from leaving and new players from entering the market³⁵. Powerful internet companies like Google and Meta (Facebook’s parent company) have evaded serious regulation by American lawmakers in recent years, raising the question of what legal strategy will most successfully bring them to heel³⁶.

The argument posits that comprehending the potential utilization of resources requires adopting a resource-based perspective on “market power.” Additionally, it suggests that competition authorities should approach creeping strategies with caution. Although short-term objectives may not appear to enhance market power, their long-term effects could potentially lead to a reversal of consequences³⁷. An exemplary case that illustrates this point is Ama-

³³ F. D. ESTELLA, AND A. R. MARTÍNEZ. “Derecho de la competencia vs. privacidad.” Cuadernos de derecho transnacional 14.1 (2022): 169-195.

³⁴ V. FAST, D. SCHNURR, AND M. WOHLFARTH. “Regulation of data-driven market power in the digital economy: Business value creation and competitive advantages from big data.” Journal of Information Technology 38.2 (2023): 202-229.

³⁵ B. HAGGART. “The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power, S. Zuboff (2018).” journal of digital media & policy 10.2 (2019): 229-243.

³⁶ D. HANLEY, AND K. MONTOYA. “Privacy Protections Through Antitrust Enforcement.” Competition Policy International Antitrust Chronicle (2022).

³⁷ G. GUPTA. “Does ‘big data’ provide a competitive advantage to firms: an antitrust analysis.” Asian Journal of Business Ethics 11.2 (2022): 423-442.

zon, which is currently dominating the online market. The EU's argument that access to personal data without authorization is the cost consumers must pay to access the free platform markets on the internet has brought privacy as a competition problem to the fore³⁸. When examining Amazon's history, we are astounded by its business strategies, characterized by deliberate financial losses and bold investments that risked profitability while expanding into various business sectors³⁹. In today's economy, the traditional corporate structure has given way to a digitalized economy. The latter runs on technological tools, with 'data' serving as the most important one in the current environment. 'Big Data' has made the problem even more urgent⁴⁰.

A number of decisions involving big data mergers have received sharp criticism from competition policy specialists, and Big Data has proven to be a significant challenge for the majority of competition regulators⁴¹. It is difficult to address antitrust issues in data marketplaces since there is no universally accepted definition of "Big Data" among experts. Big Data is claimed not to be under the scope of antitrust legislation⁴². Depending on its specific comparative advantage, one company may achieve a certain level of quality using a combination of Big Data, intellectual property, and highly skilled labor. In contrast, another company may achieve the same level of quality using the same set of ingredients but in a different proportion. Scale economies, capital needs, and promotional expenses, which are usually seen as entry obstacles, are allegedly not their main origins. Instead, the biggest barriers for a potential competitor to overcome are the price of knowledge and the level of uncertainty⁴³. In other words, it is what Big Data allows a company to accomplish, not big data itself that acts as an entry barrier.

Data Access and Interoperability: It is stated that the gathering,

³⁸ G. GOURL. *A Commissioner's Primer to Economics of Competition Law in India*. Springer Nature, 2023.

³⁹ D. STREITFELD. "As competition wanes, Amazon cuts back discounts." *New York Times* 4 (2013).

⁴⁰ G. GUPTA. "Does 'big data' provide a competitive advantage to firms: an antitrust analysis." *Asian Journal of Business Ethics* 11.2 (2022): 423-442.

⁴¹ M. E. STUCKE, AND A. P. GRUNES. "Introduction: big data and competition policy." *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press (2016) (2016).

⁴² S. D. TUCKER, AND H. WELLFORD. "Big mistakes regarding big data." *Antitrust Source*, American Bar Association (2014).

⁴³ H. DEMSETZ. "Barriers to entry." *The American economic review* 72.1 (1982): 47-57.

processing, and application of “Big Data” enables the development of various entry barriers for new competitors and information asymmetries for consumers, both of which have a negative impact on “market competition”⁴⁴. The concentration of Big Data may make it difficult to access and integrate such data. Companies with significant data resources may impose access restrictions, posing challenges for rivals or potential competitors who require access to vast datasets in order to compete successfully. Lack of data interoperability can hurt competition since it makes it difficult for various platforms and systems to interchange and use data in an efficient manner. Without a comprehensive privacy and data law, the predominant protection afforded to consumers over how their data is collected and used is through corporation-provided notices, which ultimately force users to agree to lengthy, non-negotiable, and near-incomprehensible terms of service contracts⁴⁵.

Discriminatory activities and an unfair edge: Steering, drip pricing, phony offers, and deception are just a few of the tactics that are employed to take advantage of the customers’ want to use a particular service or product⁴⁶. Dominant actors that have access to large amounts of data may engage in discriminatory activities that provide them with an unfair edge over rivals. They can use their access to a wealth of consumer data to target particular client segments, tailor prices, or engage in discriminatory pricing practices. Such actions can impair consumer welfare, hamper smaller players, and disrupt market competition. Consumer privacy concerns may be related to the effectiveness of a particular service or the aesthetics of a product, more so in the digital sphere, where there are multiple linkages between competition and privacy⁴⁷.

There are some restrictions on how consumer welfare and efficiency requirements can be applied, particularly in the digital space. It ignores issues like choice, data privacy, a decline in the variety of goods and services due to quick acquisitions, zero-price products

⁴⁴ V. FAST, D. SCHNURR, AND M. WOHLFARTH. “Regulation of data-driven market power in the digital economy: Business value creation and competitive advantages from big data.” *Journal of Information Technology* 38.2 (2023): 202-229.

⁴⁵ M. E. STUCKE. “Should we be concerned about data-opolies?.” *Geo. L. Tech. Rev.* 2 (2017): 275.

⁴⁶ M. BOTTA, AND K. WIEDEMANN. “To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance.” *European Journal of Law and Economics* 50 (2020): 381-404.

⁴⁷ M. E. DOUGLAS. “The new antitrust/ data privacy law interface.” *Yale LJF* 130 (2020): 647.

that initially cause no loss but may later turn out to be predatory, and entry barriers brought on by massive data accumulation. Complementors, or trading partners, may also encounter these entrance hurdles since they risk exclusionary and exploitative abuses. All of these elements fundamentally point us in the direction of our worry about the potential decline of “competition as a process”⁴⁸.

Concerns Regarding Privacy and Data Protection: The Internet companies’ primary source of data in the age of Big Data is none other than people. Concerns about extensive data collecting and the ensuing manipulation are mounting⁴⁹. The concentration of big data prompts worries regarding privacy and data protection. There is a higher danger of data breaches, unauthorized access, and abuse of sensitive information when a small number of firms handle substantial amounts of personal data. Privacy infractions can reduce consumer trust, restrict consumer options, and perhaps trigger governmental actions that have an effect on the competitive environment.

Challenges for Innovation and Entrepreneurship: The concentration of Big Data might stifle innovation and entrepreneurship. Smaller, innovative start-ups find it more challenging to enter the market and compete on an even playing field when a limited number of dominant businesses possess enormous databases and resources. This absence of competition can thwart disruptive ideas, hamper innovation, and impede the creation of new goods and services.

4. Antitrust Implications of Big Data: Exploring Future Prospects and Policy Directions

Market strength comes from more than just the processing and acquisition of Big Data. Businesses can greatly benefit from Big Data, but just because a corporation has access to vast data sets doesn’t mean it will automatically be able to dominate a market. For an organization to have market power, it must have access to the appropriate data types and technological tools for processing that data⁵⁰.

⁴⁸ F. MARTY. *Is the Consumer Welfare Obsolete? A European Union Competition Law Perspective*. No. 2020-13. Groupe de REcherche en Droit, Economic, Gestion (GRE-DEG CNRS), Université Côte d’Azur, France, 2020.

⁴⁹ M. K. OHLHAUSEN, AND A. P. OKULIAR. “*Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy.*” *Antitrust LJ* 80 (2015): 121.

⁵⁰ L. H. LUBYOVÁ. “*Big Data in the EU Competition Law.*” Charles University in Prague

Big Data's increasing power over the modern digital economy has led to serious worries about how it can affect antitrust laws. Policy-makers and antitrust regulators are struggling with the need to address any anti-competitive activity and provide a level playing field for all market participants as huge volumes of data are gathered, processed, and used by tech giants and other large firms. The work's main thesis is that a firm's level of competitive advantage in a market may be dramatically impacted by access to "Big Data", which may then alter the dynamics of market rivalry⁵¹. It is anticipated that the amount of data processed on a worldwide scale will keep growing practically exponentially⁵².

It is explored how regulations governing data privacy or sharing that attempt to give customers more direct control may instead have unexpected repercussions because of a negative externality on payment data brought on by the loan market's information asymmetry⁵³. By allowing individuals to access, amend, and delete personal data stored by businesses, privacy protection rules like the GDPR established by the European Union or the CCPA in the U.S. improve individual ownership rights over personal data. Generally speaking, companies are only permitted to treat personal data in accordance with privacy protection policies in limited and specified circumstances, such as with an individual's explicit opt-in authorization⁵⁴.

Customers and their data actively contribute to the development of goods and services in the age of digital platforms and Big Data. One user's adoption of a platform or product influences the value of the service for other users through content creation and network externalities, resulting in dynamic data feedback and network effects that interact. Another example is how the data users provide affects future product innovation and improvements⁵⁵. Big Data can

Faculty of Law Research Paper No (2018).

⁵¹ G. GUPTA. "Does 'big data' provide a competitive advantage to firms: an antitrust analysis." *Asian Journal of Business Ethics* 11.2 (2022): 423-442.

⁵² Data, OECD Big. "Bringing Competition Policy to the Digital Era." Background Paper by the Secretariat (2016).

⁵³ C. A. PARLOUR, U. RAJAN, AND H. ZHU. "When fintech competes for payment flows." *The Review of Financial Studies* 35.11 (2022): 4985-5024.

⁵⁴ L. W. CONG, AND S. MAYER. *Antitrust, Regulation, and User Union in the Era of Digital Platforms and Big Data*. No. w30881. National Bureau of Economic Research, 2023.

⁵⁵ L. W. CONG, AND S. MAYER. *Antitrust, Regulation, and User Union in the Era of Digital Platforms and Big Data*. No. w30881. National Bureau of Economic Research, 2023.

give businesses a competitive edge, enabling them to improve their goods, services, and business processes. This gives them market power. But when one company gathers an overwhelming amount of data and uses it to dominate the industry, it might prevent competitors from entering the market and stifle innovation. The potential for dominant players to use their data assets in anti-competitive ways worries antitrust authorities.

Buying up smaller companies with rich data assets has become a popular tactic used by IT giants to solidify their position as market leaders. These data-driven mergers and acquisitions are being examined more closely by antitrust regulators to determine how they may affect competition. The main goals are to stop a small number of dominant businesses from amassing data and to ensure that these transactions do not impair consumer welfare or impede competition. It is emphasized that the shift in consumer behaviors toward an ever-increasing use of the Internet for everything from shopping to reading the news to watching movies to posting videos of themselves allows businesses to “record the actions of a large part of the population in such a precise way that detailed and individualized conclusions on their receptiveness to specific sales messages can be drawn”⁵⁶.

In order to overcome antitrust issues with Big Data, promoting data availability and interoperability is crucial. Creating rules for data sharing or opening up access to specific datasets can encourage competition and innovation. Policymakers may think about requiring data portability and interoperability standards, which would make it easier for customers to migrate between platforms or share data with rival services. The utilization of Big Data results in the creation of new techniques that can extract important information from huge collections of frequently unstructured data⁵⁷. When level production becomes directly proportionate to an increase in the amount and quality of user data without incurring additional expenditures, economies of scale take place⁵⁸.

Businesses can utilize Big Data to predict market trends, make better decisions, segment customers more effectively through targeted

⁵⁶ A. A. EFREMOV. “Formation of the concept of information sovereignty of the state.” *Law: J. Higher Sch. Econ.* (2017): 201.

⁵⁷ D. L. C. AUTORITÉ. “*Bundeskartellamt.*” *Competition Law and Data* 10 (2016).

⁵⁸ M. NUCCIO, AND M. GUERZONI. “*Big data: Hell or heaven? Digital platforms and market power in the data-driven economy.*” *Competition & Change* 23.3 (2019): 312-328.

advertising, and provide more individualized advice⁵⁹. Large volumes of data are being gathered and used, which presents privacy issues. Regulators are placing more emphasis on making sure businesses have valid user consent and adhere to data protection laws. By preventing dominant players from using user data for anti-competitive purposes, more privacy laws and enforcement can help allay possible antitrust worries. They can use this user data to increase the range of products and services they offer, thanks to economies of scale⁶⁰.

Big Data analytics frequently rely on intricate formulas that can affect the welfare of consumers and the course of the market. Regulators are looking into ways to guarantee fairness and transparency in algorithmic decision-making in order to stop discriminatory practices or market manipulation. These issues can be addressed by algorithmic audits, fairness and transparency standards, and enhanced inspection of automated decision-making systems. Traditional antitrust rules like the Sherman Act and more contemporary regulations aimed at data exchange and privacy protection are all put to the test by these developments. Computer and data scientists are currently investigating how user-centric data ownership and computation that respect privacy might benefit individuals and communities⁶¹.

International cooperation is necessary to successfully handle the antitrust implications of Big Data and the digital economy since they transcend national boundaries. In order to create shared frameworks and exchange best practices, policymakers and regulators are looking into opportunities for collaboration. The issues created by Big Data can be addressed and fair competition promoted by harmonizing antitrust laws and coordinating enforcement operations on a worldwide scale.

To take into account the particular difficulties presented by big data, traditional antitrust frameworks may need to be revised. Regulators

⁵⁹ S. BUCHHOLTZ, M. BUKOWSKI, AND A. SNIEGOCCI. *“Big and open data in Europe: A growth engine or a missed opportunity.”* Warsaw Institute for Economic Studies Report Commissioned by demosEUROPA 10 (2014): 116.

⁶⁰ C. SANTESTEBAN, AND S. LONGPRE. *“How big data confers market power to big tech: Leveraging the perspective of data science.”* The Antitrust Bulletin 65.3 (2020): 459-485.

⁶¹ A. PENTLAND, A. LIPTON, AND T. HARDJONO. *Building the new economy: Data as capital.* MIT Press, 2021.

may need to take into account elements like the possibility of data-driven exclusionary behavior, network effects, and data as a market barrier. Antitrust laws will need to be continuously reviewed and modified in order to strike the correct balance between promoting innovation and competition and preventing anti-competitive behavior.

5. Conclusion

Following the Commission's recent initiatives to foster a European data economy, Big Data is anticipated to become an even more contentious and hotly disputed topic in the sphere of antitrust. However, there is a great deal of ambiguity around the use of "Big Data" because no clear-cut, widely acknowledged meaning of the term has been developed in the antitrust literature.

Antitrust authorities must precisely define the term "Big Data" in order to evaluate claims that are supported by data efficiently. In the upcoming years, it is projected that there will be an increase in the number of antitrust proceedings involving data-centric enterprises due to the growing significance of data-driven initiatives for organizations. Therefore, antitrust regulators cannot afford to ignore the potential effects of enterprises using big data methods entering the market. If this fact is not taken into account, investigations may be conducted in the wrong locations and produce unreliable results.

It is essential to view our contribution as the first step in starting a conversation about the necessity of including a Big Data perspective in antitrust actions. Antitrust authorities can make sure that their inquiries are appropriately in line with the modern business environment by addressing the definitional issues brought on by Big Data and acknowledging its growing significance. This conversation serves as a springboard for a more thorough comprehension of the effects of big data on competition, encouraging a knowledgeable approach to antitrust enforcement in the digital era.

