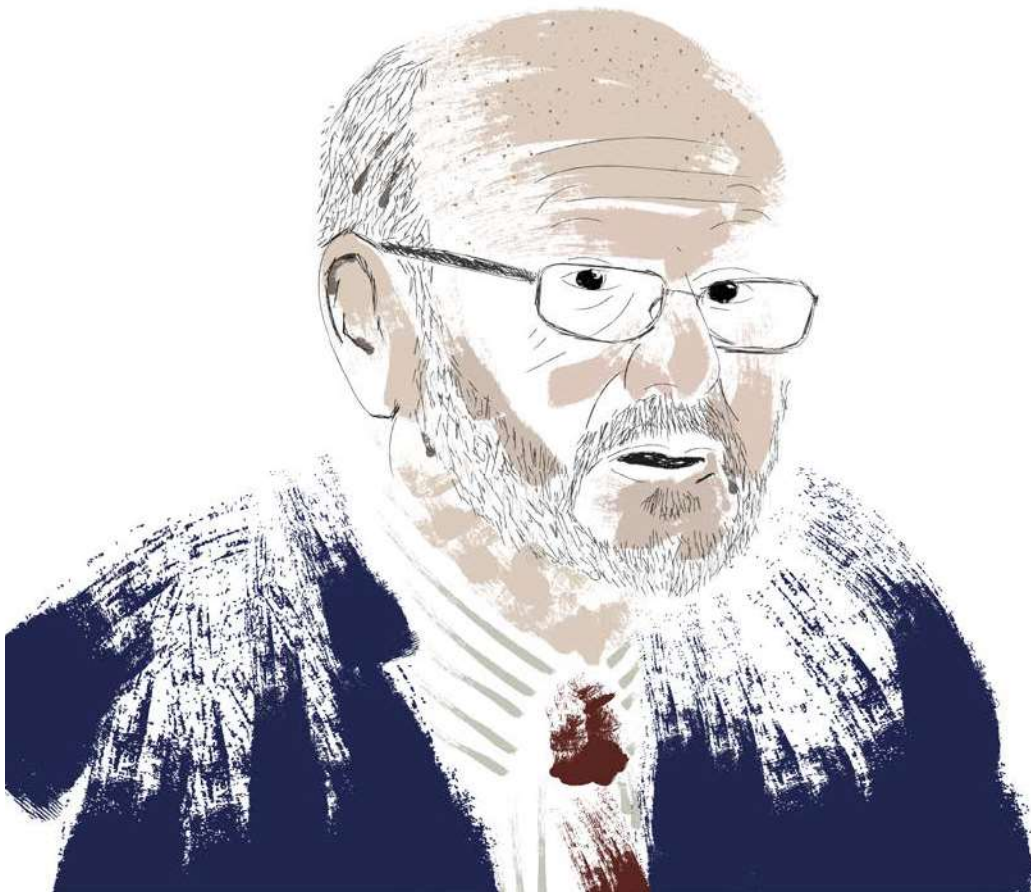


# Jacques Ziller

## a European scholar

Edited by Diane Fromage



# 8. Il 'terzo' nei procedimenti amministrativi europei

Alessia Monica, Assistant Professor of Administrative Law,  
University of Milan

The issue of the inclusion of the 'Third parties' in the decision-making process affecting the legal sphere of the 'addressee' with binding effects has attracted the interest of scholars mostly with regard to legal standing, and less so with regard to the participatory involvement in the formation of the proceedings. Mostly, the issue of 'Third parties' participation has been addressed on a sectoral basis, as in environmental law, or with a concern to ensuring the transparency of the decision-making process. Therefore, several questions are still open concerning the protection of persons who may be affected by a decision, even though they are not identified as 'parties' to the proceedings. This already applies in the case of endoprocedural acts, and in the case of composite proceedings. Some reflection will be originated from the case of the 'patient', the 'user' in the market of services (whose supply is subject to the control and exercise of administrative powers), and the 'operator' in AI systems.

## 1. Introduzione

La problematica del coinvolgimento del 'terzo' nel procedimento di preparazione di decisioni individuali che incidono sulla sfera giuridica del 'destinatario' con effetti giuridici vincolanti è stata oggetto di alcuni approfondimenti dell'unità di ricerca dell'Università degli studi di Pavia coordinata dal prof.

J. Ziller all'interno del PRIN *'La codificazione di procedimenti'*<sup>385</sup>. Tali riflessioni, mosse dal proposito di soffermarsi anche sull'impatto delle norme procedurali sulla posizione del 'terzo', si sono basate sul dato fattuale per cui il diritto dei procedimenti dell'Unione europea si è perlopiù sviluppato su base settoriale e non in modo sistematico. In fondo, come mi ha insegnato il prof. Ziller attraverso numerosi esempi tratti dalle stesse politiche europee, la natura del diritto amministrativo europeo è appunto quella di essere la risultanza del connubio tra i principi propri del diritto europeo e le regole utilizzate dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nell'esercizio dei propri compiti amministrativi, nonché il diritto amministrativo proprio di ogni Stato membro. Guardando al diritto amministrativo nazionale, invece, si deve sicuramente richiamare il principio di autonomia procedurale, anche se, sulla scia di quanto sancito dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza *Algera* 'per non denegare giustizia', si deve riconoscere l'esistenza di ormai un corpo organico di principi generali del diritto UE. Di conseguenza, questi ultimi, sono da riferire direttamente all'attività amministrativa che non può più prescindere dall'influenza del diritto europeo stesso<sup>386</sup>. Tuttavia, come più volte rilevato in diversi contributi dal prof. Ziller<sup>387</sup>, la problematica della 'tutela del terzo' ha sempre rivestito uno scarso interesse da parte della dottrina, se non per la questione dell'interesse ad agire in caso di contenzioso amministrativo<sup>388</sup>. Motivo per cui, tale analisi è stata perlopiù limitata alle posizioni giuridiche che subiscono un pregiudizio concreto e quantificabile, lasciando nel limbo una serie di posizioni che invocano una qualche forma di tutela (non solo processuale).

Sul piano europeo si riscontrano, infatti, strette condizioni di ricevibilità per la legittimità a ricorrere del 'singolo' qualora quest'ultimo non sia il destinatario diretto dell'atto. Ancor più nel caso di 'atto regolamentare' in cui è nec-

---

385 Il progetto *La codificazione dei procedimenti dell'Unione europea* - PRIN 2012SAM3KM della durata di tre anni si è svolto dal marzo 2014 al febbraio 2017 coinvolgendo sei differenti unità: Università di Pavia, Università di Firenze, Università di Trento, Università di Roma Tor Vergata, Università degli studi di Milano, Università di Napoli Federico II.

386 Joined Cases 7/56, 3/57 to 7/57, *Dineke Algera et al.*, Judgment of the Court of 12 July 1957.

387 Ziller, J. (2017), *Conclusioni*, in Bassi, N. and J., Ziller (eds.), *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale*, Giappichelli, 2017; Ziller, J. (2016), *Third Parties Protection in Administrative procedure Law*, in Ruffert, M. (ed.), *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, Groningen: Europa Law Publishing, 2016.

388 Corletto, D. (2001), *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. Amm.*, No.4, 2001.

essario che venga dimostrato il nesso di causalità tra la situazione individuale del ricorrente e la misura adottata. Tale difficoltà, come si ribadirà in seguito, emerge in relazione all'effettività della tutela in caso di procedimenti compositi laddove l'esito del provvedimento scaturisca anche dall'applicazione di norme di diritto derivato europeo, ragione per cui sovente il giudice nazionale deve ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*<sup>389</sup>. Infatti, richiamando la sentenza *Les Verts*, i tribunali nazionali sono tenuti ad applicare il diritto dell'UE e a fornire rimedi (anche se non previsti dal diritto processuale nazionale) per garantire l'applicazione del principio dell'efficacia dei rimedi e l'applicazione uniforme del diritto dell'UE<sup>390</sup>.

È pur vero che, negli ultimi due decenni, l'importanza della partecipazione al procedimento da parte del 'pubblico' (in senso lato) è stata progressivamente riconosciuta dal legislatore, complice anche lo sviluppo del diritto ambientale, ambito nel quale, già a partire dall'ordinamento europeo, molto forti sono le istanze di democrazia partecipativa con inevitabili ricadute sugli ordinamenti nazionali. In materia ambientale, dunque, il diritto interno è chiaramente influenzato dal diritto dell'Unione e cedevole rispetto ad esso in virtù *già* del principio del primato<sup>391</sup>. Ad esempio, in tale campo, la partecipazione del 'pubblico' rileva soprattutto non tanto in chiave difensiva (in difesa della propria posizione giuridica), quanto in chiave funzionale, a garanzia di una maggiore trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle proprie attività. La partecipazione, a sua volta, è condizione per l'esercizio effettivo dei diritti

389 Sul punto si rimanda a Chiti, M.P. (1991), *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, Riv. trim. dir. pubb, No.3., 1991, at 796-831.

390 Gnes, M. (2021), *Administrative Procedure and Judicial Review in the European Union* in della Cananea, G. and M., Bussani (eds.), *Judicial Review of Administration in Europe*, Oxford, 2021, at 47.

391 *Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control)*, Official Journal of the European Union, L 334, 17 December 2010; *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*, Official Journal of the European Union, L26, 28 January 2011; see, Parona, L. (2021), *L'influenza del diritto amministrativo europeo sulla disciplina dei procedimenti amministrativi nazionali*, Riv. Ital dir.pub. com, No.3-4, 2021, at 520.

democratici dei cittadini<sup>392</sup>. Ecco che, ad esempio, già il ‘diritto di accesso’ riconosciuto quale diritto fondamentale all’art. 42 nella CDFUE, è finalizzato a far sì che le stesse decisioni prese dalle istituzioni europee siano adottate nel modo più trasparente possibile e vicine al cittadino. Ciò, non solo a livello di atti propri delle istituzioni europee (Regolamento 1049/2001)<sup>393</sup>, ma anche nel caso in cui le amministrazioni nazionali realizzino un’attività amministrativa in applicazione del diritto europeo stesso. Si pensi, poi, all’istituto del ‘diritto di accesso civico generalizzato’ tipizzato dal legislatore italiano la cui funzione è, appunto, quella di permettere ‘forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico’<sup>394</sup> da parte di ‘chiunque’. Specularmente, in ossequio al principio di trasparenza e accessibilità ai sensi dell’articolo 15, paragrafo 3, del TFUE, a livello dell’Unione sono sempre più sviluppati e implementati i c.d. ‘portali sulla trasparenza’ nei vari siti web delle istituzioni e agenzie. Tuttavia, come si dirà nel proseguo, la ‘tutela del terzo’ non può esaurirsi nell’assolvimento degli obblighi di trasparenza ma deve volgere ad un reale allargamento partecipativo al processo che conduce alle decisioni (amministrative), soprattutto nel caso in cui l’azione amministrativa presupponga un bilanciamento dei vari interessi in gioco (pubblici e privati).

Prima di passare a sottolineare come le scelte legislative a livello di Unione impattino sull’attività amministrativa nazionale e sulla posizione giuridica del ‘terzo’, pare, dunque, doveroso cercare di dare una definizione di ‘terzo’. Solo così si potrà chiarire, attraverso esempi concreti, in quali ambiti e contesti la sua tutela ponga, oggi, numerosi interrogativi sui quali indirizzare l’attenzione degli studiosi del diritto amministrativo.

---

392 *Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies*, Official Journal of the European Union, L 264, 25 September 2006; Case C-57/16 P, *ClientEarth*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 September 2018.

393 *Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, Official Journal of the European Union, L 145, 31 May 2001, espresso all’articolo 1, secondo comma, TUE di segnare una nuova tappa nel processo di creazione di un’Unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano adottate nel modo più trasparente possibile e più vicino possibile ai cittadini.

394 Art. 5, c.2 Legislative Decree 14 March 2013, n. 33 come sostituito dall’art. 6, c.1 Legislative Decree 25 May 2016, n. 97.

## 2. La definizione di 'terzo'

Per chiarire meglio il quadro di riferimento, è possibile pensare al 'terzo' come al 'paziente' su cui ricade il costo del ticket quale compartecipazione alla spesa sostenuta dal servizio sanitario nazionale; oppure al 'soggetto fragile' che confida nell'immunità di gregge per meglio proteggersi dalle malattie infettive, ragione per cui l'interesse di quest'ultimo è strettamente condizionato dall'imposizione o meno di trattamenti sanitari obbligatori alla collettività. Oppure, il 'cittadino europeo' nella sua veste di 'risparmiatore' su cui si ripercuotono le conseguenze delle politiche macroprudenziali della Banca Centrale Europea (BCE), benché queste siano indirizzate alle banche centrali di ogni Stato membro, sulla base di quanto sancito dal diritto primario<sup>395</sup>.

Si aggiunga che, a livello di diritto europeo, come nei diritti nazionali, il principio della partecipazione del singolo è stato perlopiù riconosciuto nei procedimenti sanzionatori, ovvero nei procedimenti sfavorevoli, quale garanzia del diritto di 'difesa'<sup>396</sup>: *'qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese'*<sup>397</sup>. L'art. 41 CDFUE contiene poi la previsione generale del diritto al contraddittorio. Si può poi convenire sul fatto che le discipline di settore, come il diritto dell'ambiente, spesso prevedono momenti specifici di consultazione: esse costituiscono forme di partecipazione ad un atto generale quale un progetto di misure o uno schema di regolazione<sup>398</sup>. Va rilevato però che si tratta, perlopiù, di situazioni ove viene funzionalizzata la rappresentanza degli interessi al fine di un migliore coordinamento tra autorità statali e istituzioni europee, rendendo soprattutto le decisioni più trasparenti

395 La BCE, oltretutto, sconta il fatto di essere un'istituzione le cui azioni e decisioni hanno conseguenze su un vasto numero di cittadini, pur essendo non elettiva e non prevedendo meccanismi decisionali di tipo *bottom-up*. See Fusaro, P. (2021), *Banca centrale europea e comunicazione, un'analisi. Con alcune deduzioni sull'Esecutivo guidato da Mario Draghi*, Rivista CERIDAP, No.2, 2021.

396 Mattarella, B. (2018), *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, Torino, 2018, at 359-361.

397 Case 17-74, *Transocean Marine Paint Association v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of 23 October 1974. .

398 Mendes, J. (2011), *Participation in EU rulemaking: a rights-based approach*, Oxford: Oxford University Press, 2011, at 192-267.



*‘al fine di promuovere il buon governo’*<sup>399</sup>.

Il ruolo del ‘terzo’ è sempre più rilevante in alcuni campi di politiche ove le forme di co-amministrazione sono più sviluppate e dove si ravvisa una significativa influenza del diritto derivato sulle regole procedurali che anche le amministrazioni nazionali debbono osservare<sup>400</sup>. È questo il caso delle politiche sanitarie o della regolamentazione dei servizi, laddove permangono regimi di autorizzazione nei singoli Stati membri, nonostante la spinta alla loro progressiva soppressione e alla semplificazione amministrativa<sup>401</sup>. In ultimo, si pensi alla regolazione dell’Intelligenza Artificiale (IA): l’impatto derivante dal ricorso a strumenti di IA in vari campi pone non solo interrogativi di regolazione giuridica, ma ‘è anche un fattore di trasformazione degli istituti e come tale incide sulle logiche proprie della giuridicità’<sup>402</sup>.

Nei vari frangenti accennati, l’esecuzione del diritto europeo presuppone un’attività di *facere* da parte delle pubbliche amministrazioni cui spetta l’onere di bilanciare concretamente i vari diritti in gioco, nonché, se del caso, le risorse economiche necessarie per l’effettiva realizzazione delle prestazioni, come nel caso dei ‘diritti sociali’ (es. sanità, istruzione, assistenza, lavoro). Oltre agli interessi delle parti nel caso specifico, vale a dire i ‘destinatari diretti o i ‘controinteressati’, vi sono decisioni amministrative alla cui efficacia ed esecutività possono essere identificati interessi qualificabili come rilevanti nel singolo procedimento e che non devono essere trascurati. Si tratta della posizione di *‘chiunque esprima un interesse legittimo al procedimento’*, oppure *‘chiunque non abbia ancora espresso alcun interesse al procedimento’*<sup>403</sup>.

Tuttavia, il dato normativo evidenzia, *rebus sic stantibus*, che l’Unione europea non si è ancora dotata di una normativa generale sul procedimento

---

399 European Commission (2015), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Better regulation for better results - An EU agenda*, COM (2015) 215 final, Brussels.

400 Parona (2021), at 501.

401 Monica, A. (2020a), *I regimi di autorizzazione e la libertà di circolazione dei servizi nel mercato unico dell’Unione europea*, in Galetta, D-U. (ed.), *Diritto amministrativo nell’Unione europea*, 2nd edition, Giappichelli, Torino, 2020.

402 Zanichelli, M. (2019), *Affidabilità, diritti fondamentali, centralità dell’essere umano: una strategia europea per l’intelligenza artificiale*, i-lex.it, No.1-3, 2019, at 1.

403 Ziller (2017), at 167.

amministrativo<sup>404</sup>. Da ciò consegue la difficoltà di ricavare una disciplina chiara soprattutto per quanto concerne i ‘procedimenti compositi’ i quali comportano l’adozione di decisioni da parte di entrambi i livelli dell’amministrazione, nazionale ed europea<sup>405</sup>. Infatti, per individuare il giudice competente ‘*occorre stabilire a chi spetti il potere decisionale effettivo nel procedimento amministrativo complesso*’.<sup>406</sup>

Riassumendo, grazie anche all’apporto del Libro III del Codice ReNEAUL che affronta la problematica del ‘terzo’ all’art. III -2 Definizioni:

‘Si intende per: [...]

“(3) «parte», il destinatario della decisione prevista e altre persone cui da essa deriva un pregiudizio e richiedono di essere coinvolte nel procedimento. Le norme settoriali dell’UE possono attribuire la qualifica di parte a persone alle quali non derivi pregiudizio;

Ne deriva che non solo i destinatari di una decisione sono considerati come ‘parte’ al procedimento, ma anche altre persone che i) siano lesi dalla decisione e ii) richiedano di essere coinvolti nel procedimento.

Sempre richiamando le Definizioni dell’art. III-2, per: [...]

(1) «decisione», l’azione amministrativa diretta a uno o più soggetti identificati, pubblici o privati, adottata unilateralmente da un’autorità dell’UE, ovvero da un’autorità di uno Stato Membro nei casi in cui si applichi l’articolo III-1(2), per definire uno o più casi concreti con effetto giuridicamente vincolante

(4) «pubblico interessato», ai fini dell’articolo III-25, qualunque persona fisica o giuridica, associazione, organizzazione o gruppo che manifesti il suo interesse in un procedimento amministrativo”.

Come chiarito dal prof. Ziller ‘*Deriva dalle tre definizioni citate che vi sono nel Libro III del codice ReNEUAL quattro categorie di parti rispetto ai procedi-*

404 Oltre ai lavori della rete RENEUAL di cui fa parte anche il prof. J. Ziller, si ricorda la European Parliament, *Resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration*, (2016/2610(RSP)), Brussels, ad opera del Parlamento europeo ai sensi dell’art. 225 TFUE la quale ha ripreso il dibattito interrotto alla fine della legislatura 2014 intorno alla necessità di una codificazione dei procedimenti a livello europeo.

405 Bastos, F. B. (2019), *Judicial review of composite administrative procedures in the Single Supervisory Mechanism: Berlusconi*, *Common Market Law Review*, Vol. 56, Issue 5, 2019.

406 Case C-219/17, *Silvio Berlusconi and Fininvest*, Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona delivered on 27 June 2018, paragraph 60.



*menti di decisione individuale: i) il destinatario di una decisione, ii) la persona che, essendo lesa dalla decisione, ha chiesto di diventare parte del rilevante procedimento, iii) la persona che esprime un interesse nel rilevante procedimento, e iv) le persone che non hanno nemmeno espresso un interesse nel procedimento. Così ci sono almeno tre tipi di terzi, a seconda del modo in cui il diritto derivato e la giurisprudenza definiscono una parte al procedimento.’ La domanda che rimane in qualche misura aperta nel quadro delle regole del Libro III del codice ReNEUAL, è quella che riguarda lo status di una parte che chiede di essere coinvolta in un procedimento che non porta necessariamente ad una decisione nel senso del citato art. III-2 (1).’<sup>407</sup>*

La decisione cui fa riferimento il Libro di ReNEUAL ha quale scopo quello di definire uno o più casi concreti con effetto giuridicamente vincolante, per cui sono esclusi gli atti endoprocedimentali nella formazione dei quali possono comunque risultare rilevanti gli interessi dei terzi. Come infatti ben ricorda il prof. Ziller, in generale, *‘la necessità di dover subire un pregiudizio significa che vi sono terzi che potrebbero avere un interesse di qualche tipo in un procedimento però non ne possono diventare parte a tutti gli effetti, a meno che non siano stati identificati come tali dal diritto derivato dell’Unione’*<sup>408</sup>.

### **3. Salute, Intelligenza Artificiale e regimi di autorizzazione nel mercato dei servizi: questioni aperte per la tutela del ‘terzo’**

Per cercare di concretizzare il discorso sulla posizione del ‘terzo’ nei procedimenti europei compositi o nei procedimenti nazionali sulla cui formazione ed esiti incide il diritto europeo, è utile riferirsi al ruolo del ‘paziente’, all’‘utente’ nel mercato di servizi la cui prestazione è soggetta al controllo e all’esercizio di potestà amministrative; nonché l’ ‘operatore’<sup>409</sup> nei sistemi di IA. Si sono scelti questi esempi sia per l’attualità delle materie coinvolte, sia per il ruolo rilevante rappresentato dal ‘terzo’.

---

<sup>407</sup> Ziller (2017), at 167.

<sup>408</sup> Ibid.

<sup>409</sup> European Commission (2021), *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative act*, COM/2021/206 final, Brussels, Art.3, 8), lett. e)

Procedendo con ordine, dunque, nell'ambito della garanzia e tutela del diritto alla salute, si prevede un'attività prestazionale pubblica (in senso oggettivo) ove il paziente ricopre il ruolo di 'portatore di un diritto soggettivo alla cura' indipendentemente dal fatto che il potere amministrativo esercitato sia più vincolato o più discrezionale<sup>410</sup>.

L'emergenza pandemica, scardinando l'ordinarietà della gestione sanitaria ha acuito situazioni in cui bisogna ponderare il diritto del singolo con il diritto alla salute della collettività. In altre parole, il diritto alla salute individuale impatta notevolmente anche sul diritto dei 'terzi' a partire dall'accesso ai servizi sanitari, al di là delle differenze strutturali e organizzative tra i diversi Stati membri. Ciò, da un lato, ha bene evidenziato come sia necessario garantire una tutela della salute sempre più multilivello dal momento che tale diritto, per essere difeso, ha determinato numerose restrizioni alla libertà personale, incidendo profondamente su vari ambiti di attività e diritti<sup>411</sup>. Sicché, il tema della tutela della salute ben si ricollega al ruolo del 'terzo', già durante la fase endoprocedimentale: gli esempi in questi due anni e mezzo di pandemia sono molteplici. In linea generale, le norme di legge, ma anche gli atti secondari *science-related* debbono essere 'razionalmente giustificabili in base a dati e argomenti provenienti da fonti qualificate e istituzionalizzate dalla comunità scientifica'<sup>412</sup>. Perciò, , quando vi è incertezza su una situazione potenzialmente rischiosa, il decisore pubblico può avvalersi del principio di precauzione per determinare il 'livello di rischio accettabile'. Ovviamente, il ricorso a tale principio generale del diritto presuppone sempre che venga operato un bilanciamento dialogico con il principio di proporzionalità. Ciò vale anche nel caso dell'attività amministrativa ove il ricorso al sapere scientifico e tecnico deve fungere da supporto alla decisione ultima, spettante proprio all'amministrazione in quanto preposta alla cura dell'interesse pubblico, nella convinzione che

410 Ferrara, R. (2020), *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, at 109.

411 La pandemia ha ben evidenziato come "il diritto alla salute è tanto significativo per la sua caratterizzazione più ovvia e scontata di situazione giuridica soggettiva della persona quanto nella sua oggettiva dimensione di situazione complessa e rilevante perché collettiva", Ferrara (2020), at 9. See Algostino, A. (2021), *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, *Costituzionalismo.it*, No.1, 2021.

412 Servetti, D. (2019), *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019, at 60.

*‘la tecnica condiziona e rafforza il potere amministrativo’*<sup>413</sup>. Sebbene l’attività di valutazione tecnica strumentale alla decisione finale sia strettamente legata all’applicazione di regole tecnico-scientifiche, essa rimane ancorata al giudizio soggettivo riservato all’amministrazione e agli esiti della discrezionalità da essa esercitata<sup>414</sup>. Il vero nodo irrisolto rimane, dunque, l’inclusione dei terzi ‘interessati’ all’esito dell’attività di valutazione tecnico-scientifica di cui si sostanzia la fase preparatoria della decisione finale. Come già detto, infatti, non vi è una norma ‘generalizzata’ per il coinvolgimento proceduralizzato, a meno che il terzo non sia portatore, di un interesse ‘già qualificato’ da una norma. In aggiunta, la tutela della salute, e con essa l’organizzazione e il disegno delle politiche sanitarie, non può più prescindere dall’utilizzo strutturato dei dati sanitari dei singoli pazienti al fine di programmare, decidere, curare concretamente gli interessi dei cittadini in ambito sanitario<sup>415</sup>. L’emergenza pandemica ha ben evidenziato come diventi fondamentale poter ricostruire il profilo di salute di un paziente laddove non sia possibile procedere regolarmente all’anamnesi, o sia necessario programmare interventi di prevenzione su larga scala. È poi noto come i dati sanitari (e le informazioni in esso contenute) alimentino i sistemi di intelligenza sanitaria e, ancora più risaputo, come le ‘banche dati’ sanitarie siano sempre più fondamentali nella *Data Economy*. Ecco che il ‘paziente’ non è interessato agli esiti della decisione solo per quanto concerne la tutela della sua salute, ma è potenzialmente interessato (e non in misura minore) a tutelare il suo ‘diritto alla riservatezza’. Su questo aspetto il legislatore europeo è continuamente sollecitato visto il rapporto sempre più di interdipendenza tra sanità e ICT e i vari profili problematici della digitalizzazione quali, tra i tanti, il divario digitale, la cybersecurity, la capacità di risposta e adattamento dell’amministrazione sanitaria e, quindi, dell’organizzazione dei servizi anche in chiave transfrontaliera. Nuovamente, dalle scelte operate a livello di Unione dipendono le risposte esecutive delle amministrazioni nazionali e la necessità di un

---

413 De Pretis, D. (1995), *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, CEDAM, Padova, 1995, at 202.

414 Monica, A. (2020b), *I terzi e l’attività di valutazione tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 79.

415 Campagna, M. (2018), *Il Regolamento europeo 679/2016 e l’utilizzo delle banche dati in sanità*, in Balduzzi, G. and A. Monica (ed.), *Governare il cambiamento istituzionale e organizzativo*, Pavia, 2018, at 67.

coordinamento volto a far convergere sempre più i sistemi sanitari, nonché la garanzia dell'effettività del diritto alla salute a livello transnazionale<sup>416</sup> nell'interesse sia del singolo sia della collettività. Non solo. Il riutilizzo dei sistemi di IA che sfruttano il potenziale dei dati sanitari pone problemi di analisi del rischio con importanti rilievi etici: si pensi al 'diritto all'oblio' del malato oncologico<sup>417</sup>. In questo caso, il diritto alla cancellazione dei propri dati, connesso al proprio diritto alla riservatezza, diventa fondamentale per non subire discriminazioni sul piano economico-sociale, in particolar modo per ciò che concerne l'accesso ai servizi bancari e assicurativi i quali, sovente, sfruttano sistemi di IA per attività di pura 'profilazione' dell'utente. Tale prassi ha ricadute non di poco conto sul destino di altri 'terzi', quali familiari e figli, laddove gli esiti dell'attività profilazione, in qualche modo, possono confluire anche nelle banche dati da cui attingono le pubbliche amministrazioni, e viceversa. Ecco che, la corretta regolazione dei sistemi di IA, di cui si sta facendo carico già l'Unione europea attraverso la Proposta di Regolamento presentata ad aprile 2021<sup>418</sup>, aspira ad avere *'vincoli uniformi e direttamente applicabili sul territorio europeo, con lo scopo di creare un quadro comune per gli Stati membri, salvi taluni spazi di autonomia in tema di sanzioni, disciplina delle regulatory sandboxes e dei codici di condotta'*<sup>419</sup>. Perciò, anche nell'impiego di sistemi di IA potenzialmente a basso rischio, sempre più frequenti a livello sistemico nello svolgimento di numerose attività amministrative basate sulle ICT e processi automatizzati, non si può prescindere dal tenere conto delle insidie che possono portare a un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone, o a favorirne

416 Morana, D. (2022), *Verso un diritto europolitano alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione*, *Corti supreme e salute*, No.1, 2022.

417 Senate Act S. 2607, *Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche*. Francia, Lussemburgo, Belgio, Olanda e Portogallo hanno già adottato una disciplina sul tema. See Campagna, M., A., Candido, M., Paladini (2022), *Il "diritto all'oblio" del malato oncologico, l'opinione delle libertà*, 4 luglio 2022, available at [http://www.opinione.it/societa/2022/07/04/maurizio-campagna-alessandro-candido-mauro-paladini\\_malato-oncologico-diritto-all-oblio-ddl/](http://www.opinione.it/societa/2022/07/04/maurizio-campagna-alessandro-candido-mauro-paladini_malato-oncologico-diritto-all-oblio-ddl/)

418 European Commission (2021), *European Commission (2021)*.

419 Colapietro, C. (2022), *La Proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?*, *Rivista CERIDAP*, 20 giugno 2022.

altre<sup>420</sup>. Sebbene, ai sensi dell'art. 5 della *Proposta di regolamento IA*, siano espressamente vietate attività basate sull'utilizzo di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche, o per loro conto, ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche che conduca a determinare un punteggio sociale<sup>421</sup>, il processo di automazione anche delle attività amministrative non può prescindere da un approccio *by design* orientato a mitigare gli effetti distorsivi (*bias*) derivanti dall'impiego questi strumenti<sup>422</sup>. A tali obblighi sono infatti soggetti tutti gli 'operatori' dei sistemi di IA dal momento che la *Proposta di regolamento IA* ricomprende, in tale definizione, 'il fornitore, l'utente, il rappresentante autorizzato, l'importatore e il distributore'. Di conseguenza, ogni attività di progettazione e di utilizzo di sistemi di IA volti a portare alla cosiddetta 'decisione robotica' deve esser volta a non trascurare, l'interesse potenziale del 'terzo', laddove questo potrebbe espandersi. In tal caso, si renderebbe necessaria una tutela sostanziale della posizione soggettiva che viene così in rilievo. *In primis* il legislatore, ma anche l'amministrazione nella concreta attività provvedimento, dovrà sempre garantire che *anche* i soggetti privati coinvolti nei processi di messa a punto e gestione ordinaria dei sistemi di IA agiscano nel pieno rispetto dei principi dell'attività amministrativa e dunque, dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>423</sup>.

In ultimo, non sconnesso dalle tematiche della regolazione delle ICT e dell'impatto che queste hanno sull'attività di regolazione cui sono preposte le amministrazioni, emerge il ruolo del 'destinatario' la cui prestazione da parte dell'operatore privato è subordinata ad un'autorizzazione pubblica. Sempre per riferirsi a situazioni di chiara attualità, richiamando le concessioni demaniali e la riforma del settore in corso, si denota come le 'esigenze del destinatario' assumeranno un ruolo centrale per quanto riguarda la predisposizione stessa

---

420 Si fa riferimento, ad esempio, al fenomeno del *Reputation scoring* in quanto fenomeno strettamente collegato alla osservazione e valutazione dell'insieme di comportamenti che un soggetto tiene in un ambiente digitale. Per una disamina approfondita see Di Cerpegna Brivio, E. (2022), *Il Reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, Federalismi.it, No. 18, 2022.

421 European Commission (2021), Art. 5, c.1, lett. c)

422 Colapietro (2022).

423 L. 241/90 of 7 August 1990 on administrative procedure and right of access to administrative documents, Art. 1-ter.

dei criteri di aggiudicazione della concessione<sup>424</sup> da parte delle amministrazioni locali. Tale ruolo è legato alla determinazione della qualità, dell'appetibilità, nonché la contendibilità stessa del servizio offerto grazie alla concessione del bene pubblico spiaggia. Propulsori dell'importanza sostanziale del destinatario sono sicuramente le tecnologie ICT, le quali hanno contribuito a rendere più trasparente e competitivo il 'mercato del turismo', aggirando numerose asimmetrie informative che invece erano predominanti nel 2006 quando è stata emanata la *Direttiva servizi*<sup>425</sup>. Ciò non vuol dire che non si debba far ricorso al principio dell'evidenza pubblica per assegnare le concessioni demaniali: tale necessità è conseguenza della diretta applicabilità determinata dalla chiarezza delle disposizioni riguardanti i regimi di autorizzazione contenute all'art. 12. Si nota, però, come altrettanti interessi, quali quelli di chi non è qualificabile direttamente come parte del rapporto concessorio (vale a dire 'altri' rispetto all'amministrazione aggiudicataria e al concessionario) debbono inevitabilmente essere degni di considerazione, al fine di garantire un'attività autorizzatoria davvero proporzionale.

## 4. Spunti conclusivi

Come rilevato nell'introdurre il problema della tutela terzo, è un dato di fatto che la legittimazione a partecipare al procedimento non implichi necessariamente anche la legittimazione ad impugnare il provvedimento finale<sup>426</sup>: ciò vale sia a livello di ordinamento nazionale sia di ordinamento europeo, con profili ancor più critici per quanto riguarda i 'procedimenti compositi'. Ma tutto ciò non risolve il problema della partecipazione effettiva al procedimento, né su un piano formale né tantomeno sostanziale. Ancor di più se si tratta di atti generali ove è difficile dimostrare l'esistenza di un vero e proprio 'rapporto bi-

424 Monica, A. (2022), *Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi*, in Cossiri, A. (ed.), *Coste e diritti*, Edizioni Università di Macerata (EUM), Macerata, 2022, at 181-192.

425 *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market*, Official Journal of the European Union, L 376, 27 December 2006.

426 Virga G. (1998), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, at 190-193.



laterale<sup>427</sup> che si instaura tra una persona destinataria dell'atto, e l'amministrazione. Quest'ultimo è infatti l'elemento strutturale che determina anche il riconoscimento di molti diritti endoprocedimentali quali, ad esempio, il 'diritto di essere ascoltati' o il 'diritto di accesso'.

Gli esempi proposti, dal canto loro, sollecitano una riflessione su un concreto accesso in chiave partecipativa alla procedura decisionale: accesso che dovrebbe essere garantito a tutti coloro la cui sfera giuridica sarà modificata dall'attività decisionale in essere. A livello nazionale, nonostante il riconoscimento del principio di tutela giurisdizionale effettiva, la risposta della giurisprudenza amministrativa è perlopiù orientata a negare la possibilità di legittimazione ad impugnare il provvedimento che abbia disatteso le istanze del privato, il quale non sia destinatario o controinteressato dell'atto. Ciò, al di là delle previsioni volte a favorire la partecipazione al procedimento, quali quelle *ex art.* 10 L. 241/90, oppure introdotte all'articolo 10-*bis* dalla L.15/2015.<sup>428</sup> Tale chiusura è sicuramente determinata dalla necessità di porre un freno ad azioni popolari che non siano tipizzate dalla legge stessa. La stessa *Direttiva servizi*, dal canto suo, riconosce la tutela degli 'interessi legittimi di terzi' nel caso di procedure di autorizzazione ove si prevede che la pubblica amministrazione conceda l'autorizzazione previo provvedimento espresso, come quando è chiamata a tutelare la salute o l'ambiente<sup>429</sup>. Il che fa presupporre come in simili frangenti, seppure non chiari dalla lettura del testo normativo, sia auspicabile un coinvolgimento al procedimento dei vari portatori di 'interessi legittimi' al fine di condurre ad un corretto e proporzionale bilanciamento di essi da parte delle autorità amministrative, *già* nel corso della fase istruttoria. Tale inclusione è in qualche modo volta anche a soddisfare il bisogno di giustizia da parte del cittadino nei confronti di quella stessa attività posta in essere dalle varie istituzioni e amministrazioni nazionali che compongono lo spazio amministrativo europeo.

In mancanza di chiare disposizioni normative di tipo procedimentale, tanto sul piano europeo quanto sul piano nazionale, lo strumento della *soft*

---

427 Mendes (2011), at 190. Caranta, R., L., Ferraris, S., Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, at 18-21.

428 Ibid, at 196 and 197.

429 See *Directive 2006/123/EC*, *supra* note 41, Preamble paragraph 63; see Ziller (2017), at 163.

*law* sembra aprire qualche breccia per permettere un effettivo coinvolgimento del ‘terzo’ in alcuni procedimenti, laddove non vi siano disposizioni *ad hoc* a livello di normativa settoriale.

L’espandersi della *soft law*<sup>430</sup> quale fonte atipica e diversa da quelle primarie e secondarie rappresenta un tentativo di trovare un’alternativa alla legalità procedurale e alle risultanze frutto del controllo delle corti sugli atti<sup>431</sup>. Si tratta di ‘norme’ giuridicamente non vincolanti, costruite dal basso, sovente ad opera delle stesse amministrazioni, talvolta attraverso anche la partecipazione di vari *stakeholders*. Spesso, tali norme, si pongono l’obiettivo di fornire un’interpretazione *ex-post* di una norma vincolante. La flessibilità di tale strumento è, di conseguenza, strettamente connessa all’informalità dello stesso: atti di *soft law*, quali circolari, direttive, comunicazioni sono spesso utilizzate per affrontare problemi urgenti o nuovi. È anche un dato di fatto che, nella prassi, tali norme diventano spesso vincolanti sul ‘terzo’<sup>432</sup>. Addirittura, se un atto di *soft law* (dell’UE o nazionale) fosse rilevante per decidere su una domanda, e l’autorità amministrativa competente decidesse in un modo che non è in linea con l’atto di *soft law* senza motivare tale scostamento, il giudice amministrativo sarebbe in grado di annullare tale decisione per ‘eccesso di potere, vale a dire per mancanza di un’adeguata motivazione’<sup>433</sup>. Ecco che, oltretutto, tali atti possono determinare legittime aspettative nei confronti dei cittadini dell’UE, delle imprese e degli Stati membri, incidendo sui diritti o sugli obblighi dei singoli o che imponendo di intraprendere azioni che hanno degli effetti sulle posizioni dei singoli.

Perciò, la vera sfida diventa quella di far sì che tali norme non tralascino ancora di più gli interessi sostanziali del ‘terzo’, laddove invece il suo coinvolgimento potrebbe portare ad un’attività decisionale che operi un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, come nel caso dei regimi di autorizzazione:

430 Per una definizione si rimanda a Senden, L. (2013), *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, in *European Law Journal*, Vol. 19, Issue1, 2013.

431 Mazzamuto, M. (2022), *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo*, No. 4, 2015; Tropea, G. (2022), *Norme tecniche e soft law*, *Nuove autonomie*, No. 2, 2022.

432 Si tratta degli atti di regolazione di *soft law* emanati dalle autorità di regolazione e ricondotti alla categoria degli ‘atti generali di regolazione’: see Tropea G. (2022), *ivi*, p. 410.

433 Alberti, J. and M., Eliantonio (2021), *Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy: How You Cannot Tell a Book by Its Cover*, in Eliantonio M., E., Korkea-Aho, O., Stefan O (eds.), *EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Bloomsbury Publishing, London, 2021, at 194.



la *soft law* può dunque rappresentare una soluzione in chiave funzionalista, al fine di consentire ‘*il passaggio dall’amministrazione unilaterale ed autoritaria all’amministrazione consensuale e paritaria*’<sup>434</sup>. Come appreso dagli insegnamenti e dalle numerose riflessioni sviluppate dal prof. Ziller, nonché dall’osservazione dell’azione amministrativa concreta, le incertezze del legislatore relativamente alla partecipazione nei procedimenti da parte dei privati, si ripercuotono, in ultimo, anche sui ‘terzi’ laddove questi non sono in grado di dimostrare di aver subito un pregiudizio. Ciò è ancor più vero in un contesto ove le amministrazioni sono chiamate a prendere decisioni, dettando anche regole di comportamento specifiche, magari basate su strumenti di IA.

Infine, in tutti gli esempi proposti in questo scritto, gli interessi del ‘terzo’ sono strettamente correlati alla garanzia di diritti e libertà fondamentali, di per sé non trascurabili, ma davanti ai quali è necessario implementare sempre nuove forme di tutela effettiva.

---

434 Caranta et al. (2005), at 382.