

Editoriale

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici* v

Saggi

FABIO GIGLIONI, *La proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9* 597

MARCO BEVILACQUA, *L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture di comunicazione elettronica* 625

AMBROGIO DE SIANO, *Investimenti pubblici nella ricerca scientifica. Considerazioni brevi sui Dottorati al tempo del PNRR*..... 669

FRANCESCO DALLA BALLA, *Fare Stato ad ogni effetto: l'intervento di Cassa Depositi e Prestiti nel mercato*..... 695

CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONE

GIANFRANCESCO FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici: il c.d. innovation procurement* 731

ALESSIA DEPETRI, *Il Green Public Procurement tra riforme, mercato ed effettività* 787

MARCO MACCHIA, *Digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia*..... 827

Articoli

FABIO CUSANO, *Il principio do not significant harm (DNSH) e il fischio del merlo* 859

TOMMASO DI PROSPERO, *I regolamenti UE su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti tra complementarità e dissonanze applicative*..... 875

Opinioni

MASSIMILIANO ATELLI, <i>Minoranze societarie e società ad azionariato pubblico diffuso fra vecchie e nuove tendenze: prime notazioni</i>	899
--	-----

Recensioni

FABIO GIGLIONI, P. DURET, <i>Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment</i> , Napoli, Esi, 2023	905
--	-----

NOTIZIE SUGLI AUTORI	909
----------------------------	-----

INDICE ANNUALE.....	911
---------------------	-----

RAPPORTO ANNATA 2023	924
----------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 3/2023
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/3_2023

Editoriale

GIUSEPPE MORBIDELLI, *About the principles in the new Public Procurement Code*.....v

Saggi

FABIO GIGLIONI, *Property in the face of the constitutional amendment of Article 9*.... 597

MARCO BEVILACQUA, *The exercise of public powers for the development of electronics communication infrastructures* 625

AMBROGIO DE SIANO, *Public investment in scientific research. Brief considerations on doctorate at the time of the NRRP*..... 669

FRANCESCO DALLA BALLA, *Making State to all effects: Cassa Depositi e Prestiti's intervention in the market*695

PUBLIC PROCUREMENT AND INNOVATION

GIANFRANCESCO FIDONE, *Innovation through public procurement: the so-called innovation procurement* 731

ALESSIA DEPETRI, *The Green Public Procurement between reforms, market, and effectiveness* 787

MARCO MACCHIA, *Digitalization in public procurement and the law of trust* 827

Articoli

FABIO CUSANO, *The Do Not Significant Harm (DNSH) principle and the blackbird whistle* 859

TOMMASO DI PROSPERO, *EU regulations on foreign subsidies and foreign direct investment between complementarities and application mismatches*..... 875

Opinioni

MASSIMILIANO ATELLI, <i>Minority shareholdings and publicly owned companies between old and new trends: first notes</i>	899
---	-----

Recensioni

FABIO GIGLIONI, P. Duret, Status activae civitatis. <i>Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment</i> , Naples, Esi, 2023	905
---	-----

AUTHORS NEWS.....	909
ANNUAL INDEX.....	911
ANNUAL REPORT 2023	924

EDITORIALE

GIUSEPPE MORBIDELLI

INTORNO AI PRINCIPI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, contenuto nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, si caratterizza per una puntuale per non dire strategica disciplina per principi (artt. 1-12)¹, che anticipa e guida le successive disposizioni di dettaglio. La centralità (anzi: la primarietà) riconosciuta ai principi assume estrema rilevanza, tenuto conto che essa si innesta in un settore, qual è quello dei contratti della Pubblica amministrazione, storicamente caratterizzato da una normativa tanto ipertrofica e capillare quanto mutevole ed instabile.

Tutto ciò offre l'occasione per fornire una breve ricapitolazione del ruolo, della strutturazione e della forza dei principi, attraverso una lettura che da un lato (si sarebbe detto una volta) attiene alla politica del diritto e dall'altro ha risvolti ermeneutici.

È appena il caso di ricordare che la discussione sui principi è oltremodo risalente. All'indomani dell'art. 3 disp. prel. c.c. del 1865 si dibatté a lungo se tale disposizione si riferisse a principi generali estratti per successive generalizzazioni dalle norme dell'ordinamento positivo o invece se essi dovessero essere rinvenuti nel diritto naturale, nella tradizione, nell'equità, nella natura delle cose². Per la verità sia la dottrina amministrativistica, sia la giurisprudenza del Consiglio di Stato hanno avuto il merito di individuare

¹ Ciò risponde ad una tecnica, volta a far precedere i testi legislativi da una sorta di proemio che elenca i principi della materia, largamente invalsa nella legislazione più recente. Anche se talvolta viene usato il sintagma "disposizioni generali", troviamo riscontro di questa tecnica, ad esempio, nel T.U. Enti locali, nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, nel Codice dei beni culturali, nel T.U. dell'Ambiente. Questa tecnica è impiegata anche in materie non amministrativistiche: si v. ad esempio il Codice della proprietà intellettuale o lo Statuto del contribuente.

² Il dibattito è ricostruito con completezza di analisi da G. Alpa, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, 143 ss. Ritengo opportuno altresì, per la loro persistente attualità e per il livello di eccelso approfondimento, richiamare i contributi inseriti negli *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943 (contenente saggi, tra gli altri, di S. Panunzio, G. Perticone, W. Cesarini Sforza, C. Mortati, V. Crisafulli, E. Betti, F. Santoro-Passarelli, S. Pugliatti e L. Mossa), di

una terza e intermedia via, facendo ricorso nel contempo sia ai principi generalissimi ricavabili dalla tradizione, dalla equità, dalla giustizia naturale (secondo la formula del Codice civile austriaco del 1911), sia ai principi che si possono desumere dalle singole disposizioni di legge, per mezzo di astrazione e generalizzazione crescente e dunque estraibili per induzione dal particolare al generale.

Nel contempo natura, strutture e funzioni dei principi³ sono sempre stati oggetto di innumerevoli riflessioni e dibattiti da parte degli studiosi del diritto positivo e, soprattutto, dei filosofi e teorici dell'interpretazione.

Taluni punti però sono da ritenersi acquisiti, anche se non mancano, in una materia così "volatile", aree di incertezza. Ovvero *a)* i principi possono essere sia espressi che inespressi; *b)* hanno carattere normativo, in quanto la "normatività" si ha per la presenza di un vincolo giuridico: e tale è anche lo stesso criterio interpretativo di necessità discendente da ogni genere di principi, anche da quelli che vengono definiti aventi carattere "direttivo" o "programmatico"⁴; *c)* operano almeno a due livelli: 1) ai fini interpretativi, ovvero come criterio ermeneutico; 2) ai fini di individuare una disciplina del caso di specie nelle ipotesi di lacune. Un ulteriore livello, proprio dell'area del diritto amministrativo, è quello di determinare la corretta esplicitazione della discrezionalità (e di conseguenza i principi assumono la veste di criterio da seguire anche in sede di sindacato giurisdizionale).

Sta il fatto che i principi non sono affatto una categoria unitaria e dai tratti omogenei. Basti pensare che si va dai principi di separazione dei

cui Paolo Grossi stava progettando una ristampa nella prestigiosa Collana *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*.

³ Per un quadro riassuntivo delle varie tesi che la tematica dei principi ha suscitato, soprattutto presso i filosofi del diritto, rinvio per tutti ai numerosi studi di R. Guastini e in particolare alla sintesi da questi operata nel suo *Principi di diritto*, in *Digesto*, IV edizione, Civile, vol. XIV, Torino, Utet, 1996, 341-355.

⁴ V. in tal senso, per tutti, N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 181 «Per sostenere che i principi generali sono norme gli argomenti sono due, anzitutto se sono norme quelle da cui i principi generali sono estratti, attraverso un procedimento di generalizzazione successiva, non si vede perché non debbano essere norme anch'essi. In secondo luogo, la funzione per cui sono estratti e adoperati è quella stessa che è adempiuta da tutte le norme, cioè la funzione di regolare un caso. A quale scopo vengono estratti in caso di lacuna? Per regolare un comportamento non regolato, è chiaro: ma allora servono allo stesso scopo cui servono le norme espresse. E perché non dovrebbero essere norme?»; v. anche e più di recente F. Viola, *Principi giuridici*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. IX, Milano, Bompiani, 2006, 8596, nonché a suo tempo V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali*, cit. e in *Riv. int. fil. dir.*, vol. XXI, 1941, 41-64, 157-182, 230-265.

intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici

poteri e di irretroattività delle leggi, a quelli della diligenza del buon padre di famiglia e di correttezza o, per addentrarci nei principi propri del diritto amministrativo, dai principi del buon andamento e della tutela dell'affidamento, ai principi della non applicazione del contraddittorio nei confronti dei provvedimenti vincolati e della retroattività della convalida di un atto amministrativo. Al punto che v'è stato chi ha individuato sette sottocategorie di principi⁵ e chi invece ne ha ravvisate nove⁶. Del resto, una sicura indicazione della non unitarietà proviene dalla Costituzione e dagli statuti delle Regioni ad autonomia speciale che distinguono fra principi “generali” dell'ordinamento giuridico dello Stato (la stessa formula all'art. 12 delle preleggi) e principi “fondamentali” della materia. Alla stessa stregua il Codice dei contratti pubblici enuncia principi di settore, cioè principi della materia e nel contempo (così l'art. 1, c. 1 e 3, e l'art. 3) li colloca nel contesto dei principi più generali all'azione amministrativa, nonché dei principi costituzionali e dei principi dell'Unione europea. In tal maniera qualificandoli, in sostanza, come specificazione di detti sovraordinati principi.

Una distinzione importante e che del resto trova applicazione anche nel “dodecalogo” di principi di cui al d.lgs. n. 36/2023 è quella tra principi “valore” e principi “regole” Secondo la celebre formula di Ronald Dworkin⁷.

⁵ Così G.R. Carriò, *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna, il Mulino, 1976, 80 ss.

⁶ R. Guastini, *Principi generali*, cit.

⁷ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, 93. Come noto, la tesi di Dworkin ha ricevuto molti consensi come molte confutazioni. Non è questa la sede, né sarebbe nelle mie corde, addentrarmi nel *mare magnum* e tempestoso della teoria generale in punto di principi, tanto più considerato che è stato osservato come «il problema più dibattuto nella teoria del diritto degli ultimi trent'anni è stato proprio quello della distinzione fra prescrizioni e principi» (M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, 140). Mi limito solo ad osservare, con riguardo ad uno dei più densi e importanti saggi di giuristi italiani di critica verso la distinzione fra principi “valore” e principi “regole”, ovvero a quello di L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2794 ss., che la critica si basa pressoché esclusivamente sulle norme costituzionali, dal che si trae il convincimento che la distinzione darebbe luogo ad un depotenziamento di una serie di principi costituzionali, quelli cioè strutturati come principi programmatici o direttive, quali ad esempio quelli tracciati dall'art. 3, c. 2, dall'art. 9, dall'art. 31, c. 2, dall'art. 35, c. 1 e 2, dall'art. 45, dall'art. 47. Tale distinzione determinerebbe cioè un indebolimento della normatività delle Costituzioni. Al che si può replicare osservando che da gran tempo nessuno contesta la diretta precettività di tutte le norme costituzionali, anche di quelle strutturate come direttive al legislatore: ed anzi proprio la loro elasticità ne consente la massima esplicazione e l'aderenza alle esigenze che via via emergono. Difatti proprio per la carenza di fattispecie, il principio “valore” assume quella elasticità tale da dar luogo ad una necessaria coerenza con il perenne divenire in virtù della evoluzione della cultura, dei costumi,

I primi devono essere poi concretizzati a seguito della attività ermeneutica raffrontata con il caso di specie e sono appunto conformati e declinati attraverso l'impiego di valori (ad esempio, proporzionalità, affidamento, trasparenza, non discriminazione). Ed infatti la stessa Corte costituzionale usa indifferentemente i termini valori e principi⁸.

Sicché quando si usa il termine principi “valore” ci si riferisce ad un *quid* che deve essere poi declinato in concreto. Essi, infatti, sono privi di fattispecie⁹. Ciò significa che il loro campo di applicazione non è definito *a priori*. Non essendo predeterminata la situazione (appunto la fattispecie legale), si suol dire che essi hanno una eccedenza di contenuto deontologico o assiologico che dir si voglia¹⁰. Sicché se ne deve estrarre il precipitato precettistico rilevante e adeguato al caso specifico. In altre parole – secondo la metafora dovuta a Zagrebelsky¹¹ – come lo scultore estrae la figura da rappresentare da una lastra di marmo di ben più estese dimensioni, attraverso tutto un lavoro che impiega una pluralità di attrezzi, così l'interprete, avvalendosi di una pluralità di criteri ermeneutici, estrae dal principio la regola da applicare al caso. Il principio – come è stato scritto – ha infatti una “virtualità indefinita”, che richiede di essere specificata e determinata in sede applicativa, con riguardo alle circostanze che assumono rilevanza nel contesto di applicazione (c.d. concretizzazione)¹². Tale ordine di operazioni è chiaramente descritto da Sergio Bartole laddove ha puntualizzato che «ogni

del sentire sociale, della tecnologia. Ad esempio, un conto è il principio dell'art. 1175 c.c. che si sussume nel valore della correttezza destinata ad essere interpretata in maniera diversa via via con l'evoluzione sociale, un conto è il principio dell'art. 1207 c.c. circa l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, che si esprime in una regola puntuale attraverso il richiamo al dato fattuale della impossibilità. O, per venire al diritto amministrativo, un conto è il principio di effettività della tutela giurisdizionale stabilito dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo che si presta a plurime declinazioni e a continue evoluzioni, un conto invece è il principio dispositivo ricavabile da più articoli dello stesso codice, il quale ha una sua puntualità che consente sì interpretazioni estensive o anche analogiche, ma certamente è impermeabile alla evoluzione sociale e culturale.

⁸ C. cost., 18 luglio 1997, n. 267: nella specie definendo valori essenziali in un ordinamento democratico i principi di trasparenza, pubblicità, tempestività.

⁹ Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 149.

¹⁰ Così E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, (teoria generale e dogmatica)*, 2ª edizione, riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1971, 316.

¹¹ G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 236, che così aggiunge: «Il principio è come un blocco di ghiaccio che, a contatto con le circostanze concrete della vita, si spezza in molti frammenti, in ciascuno dei quali si trova la stessa sostanza del blocco originario».

¹² Così G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 3653.

intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici

principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni», addirittura – prosegue Bartole – giungendo a derogare «alla normativa di dettaglio già in vigore»¹³. Più che di deroga peraltro dovrebbe parlarsi di effetti della interpretazione sistematica o di *interpretatio abrogans*. Resta il fatto che i principi sono uno strumento per l'interprete per far prevalere i valori che tali principi esprimono a fronte di prescrizioni che si rivelano essere inappropriate se non controproducenti.

Affatto diversi sono i principi “regole”, i quali operano nella logica del o tutto-o niente: essi sono immediatamente cogenti, talché o li si rispetta integralmente o li si viola altrettanto integralmente¹⁴. Questa categoria di principi è particolarmente diffusa nel diritto amministrativo. Pensiamo ad esempio alla tempistica per la proroga di un provvedimento amministrativo, al *contrarius actus*, ai vari principi in materia di organi collegiali ecc., all'obbligo di motivazione in punto di interesse pubblico attuale per provvedere all'annullamento d'ufficio ecc.

Se andiamo allora a scrutinare gli articoli del Codice dei contratti dedicati ai principi (appunto quelli dagli artt. 1 a 12), è possibile rilevare che hanno natura di principi “valore” gli artt. 1, c. 1, 2 e 3 (principio del risultato), 2, c. 1 e 2 (principio della fiducia), 3 (principio di accesso al mercato). Alla stessa categoria è anche da ascrivere l'art. 10, c. 3, laddove prevede che i requisiti speciali di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale possono essere introdotti sulla base del «criterio dell'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese»: si configura pertanto come una disposizione da riempire di significato in base alla particolarità di ogni situazione. Lo stesso vale per l'art. 5, c. 1, dato che il principio di tutela dell'affidamento va in bilanciamento con altri interessi e comunque richiede una valutazione *ad hoc* caso per caso: sicché non esprime un comando compiuto e come tale direttamente applicabile. Questo genere di principi, come già messo in evidenza, deve essere oggetto di complesse operazioni

¹³ S. Bartole, *I principi generali del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 494 ss., ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 85.

¹⁴ Va detto tuttavia che la distinzione ha talune zone di confine, nel senso che l'ordinamento offre ipotesi di norme che dettano ad un tempo principi e regole (ma si tratta di tematica su cui non è il caso di addentrarsi in questa sede, che ha finalità meramente operative).

interpretative data la flessibilità stessa dei concetti ad essi sottesi, permeabili a continue evoluzioni, non solo normative, ma anche sociali, culturali, scientifiche e tecniche. In tal maniera ci si imbatte in uno dei capitoli più dibattuti dell'ermeneutica giuridica, in quanto nei concetti immanenti ai principi si condensano movimenti culturali, tradizioni, convinzioni filosofiche e religiose (si pensi ad es. alla nozione di sussidiarietà), che costituiscono il substrato più o meno esplicito delle acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali.

È pertanto necessario andare oltre le declamazioni generali ed astratte, che esprimono la virtualità e la forza di espansione dei principi, e scavare al loro interno per individuare origini, determinarne contenuti – anzi varietà dei contenuti – nonché elaborare tecniche di ricerca e di misurazione (c.d. *standard e test*).

Altri sono invece i principi “regole”, in quanto hanno ad oggetto specifiche fattispecie e pertanto ricevono diretta applicazione senza alcuna opera di estrazione. A tale categoria sono riconducibili il c. 4 dell'art. 1 che specifica il principio del risultato dandogli nella specie concretezza, stabilendo che esso è criterio per a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva. Ancora, individuano principi “regole” i c. 3 e 4 dell'art. 2, che costituiscono lo svolgimento del principio di fiducia e pertanto stabiliscono i presupposti della colpa grave e l'obbligo di copertura assicurativa dei rischi per il personale. Sempre principi “regole” sono i c. 2, 3 e 4 dell'art. 5 che definiscono l'affidamento incolpevole e i criteri per il danno da lesione dell'affidamento (limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico), nonché la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito. Del pari dettano principi “regole” gli artt. 6 e 7 che abilitano misure organizzative e l'art. 8 che disciplina l'autonomia contrattuale, l'obbligo di equo compenso, il non obbligo di gara per ricevere in donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico e l'art. 9 che regola in dettaglio presupposti e limiti della rinegoziazione. Altrettanto autoapplicative sono tutte le prescrizioni contenute negli artt. 10, c. 1 e 2, e 11, rispettivamente volte a disciplinare il regime del caso di esclusione e l'obbligo di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti. Mentre l'art. 12, che contiene un rinvio esterno alla l. n. 241/1990 e al Codice civile, demanda sia ai principi “valore” che ai principi “regole” riscontrabili in tali testi.

intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici

La diretta applicazione non vuol dire tuttavia che i principi “regole” non siano impiegabili anche come criteri interpretativi. Sicché l’art. 4 del Codice, secondo cui «le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui all’art. 1, 2 e 3», non può essere inteso come limitazione della *vis ermeneutica* dei principi che si esprimono in regole. La differenza è che il principio non autoapplicativo richiede una operazione ermeneutica ben più complessa. Inoltre esso può andare in conflitto (e pertanto soggetto a bilanciamento) rispetto ad altri principi “valore”, mentre i principi “regole” non vanno mai in bilanciamento: al più in caso di antinomia saranno soggetti ai criteri tradizionali di interpretazione, ivi compresa l’interpretazione sistematica e quella *abrogans*.

Il *proprium* dei principi “valore” sta nel fatto che non si limitano a dialogare con la legge, ma tendono a imporsi sulla legge in grazia della loro duttilità, della loro forza espansiva, della loro capacità orientativa. In essi infatti si ravvisa il recupero di «una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale»¹⁵. In sostanza concretizzano il diritto offrendo ragioni per risolvere casi specifici¹⁶.

Tutto questo in fondo si raccorda con la esigenza di «libertinismo giuridico», per riprendere il raffinato quanto efficace sintagma dovuto a Mario Nigro¹⁷ – con riguardo ad un passo del *Corso di diritto amministrativo* di Federico Cammeo¹⁸, rievocato e dispiegato di recente da Margherita Ramajoli¹⁹ – in quanto espressivo dell’esigenza giuridica ma anche sociale, culturale e persino morale, a che «di fronte alla *minuzia* di norme giuridiche che sacrificano l’interesse pubblico nel caso concreto» si deve «reclamare un maggior arbitrio come una liberazione», risultato appunto conseguibile attraverso il ricorso ai principi. Tanto che l’autrice appena citata²⁰ ha osservato che «l’amministrazione in virtù dei principi generali è tenuta a non applicare meccanicamente le norme, bensì a darvi attuazione in coerenza con i parametri della logicità e razionalità o, in altri termini, dell’elasticità. I

¹⁵ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, 66 ss.

¹⁶ Così G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, cit., 3661.

¹⁷ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 86.

¹⁸ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo* (1912), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, Cedam, 1960, 192.

¹⁹ M. Ramajoli, *L’attuazione della legge n. 241/1990 e la necessità del libertinismo giuridico*, in *La legge n. 241 del 1990 trent’anni dopo*, a cura di A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella e M. Ramajoli, Torino, Giappichelli, 2021, 252.

²⁰ M. Ramajoli, *L’attuazione della legge n. 241/1990*, loc. cit.

principi generali del diritto vietano all'amministrazione di adottare decisioni contraddittorie, illogiche e dotate di motivazioni irrazionali e incongrue. Letti in senso positivo, i principi generali immettono iniezioni di flessibilità nell'agire amministrativo, presupposti indispensabili per l'esercizio di un potere autenticamente discrezionale». E invero, come è stato osservato²¹, non si può negare che per larghi tratti anche il nuovo Codice dei contratti pubblici presenti una disciplina minuziosa: sicché, per fare un esempio tratto dal principio del risultato, quest'ultimo va a piegare e modellare le disposizioni del Codice in funzione dell'obiettivo della esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo (v. art. 1, c. 1).

Vero è che da più parti è diffusa una certa insofferenza per l'uso eccessivo, se non inappropriato, dei principi: anche perché l'abuso dei principi porta ad un eccessivo potere interpretativo del giudice, il che conduce ad un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti. Ricordo in proposito un denso saggio di Aldo Travi²², il quale ha messo in luce che la giurisprudenza «trova fondamento delle sue scelte direttamente nei principi, e si ingigantisce la prevalenza dei principi di origine giurisprudenziale sulle stesse regole legislative», il che dovrebbe «indurre ad una selezione più rigorosa dei principi generali, al fine di evitare che, come talvolta si è verificato, giudizi di valore espressi dai giudici amministrativi possano imporsi al sistema delle fonti dell'ordinamento democratico». Sulla stessa linea, e anzi con considerazioni che vanno ben oltre l'area del diritto amministrativo, è la posizione di numerosi filosofi del diritto e in genere dei giuristi che contestano il c.d. costituzionalismo principalista²³, e con esso l'eccesso di discrezionalità che verrebbe così attribuito ai giudici, sì da dar luogo al c.d. «creazionismo giudiziario».

Si tratta di rilievi degni della massima attenzione che invero muovono dalla contestazione di un impiego dei principi “disinvolto”, o sopra le righe, o comunque indirizzato ideologicamente senza, tra l'altro, il necessario “bagno” nelle acque dell'ordinamento giuridico. Senonché, a parte il fatto che qui siamo di fronte a principi dettati dal legislatore e quindi non può certo parlarsi di creazionismo dei principi stessi ad opera del giudice (semmai può esservi una lettura non controllata per non dire eccessivamente soggettiva della portata dei principi), va tenuto presente che l'affidarsi a figure astratte e universali compendiate nella fattispecie significa trascurare la varietà

²¹ L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici in principio*, in *Urb. app.*, n. 1, 2023, 8.

²² A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 46.

²³ V. per tutti, anche per indicazioni di dottrina, il già menzionato saggio di L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, cit.

intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici

dei caratteri del caso da decidere: contraddicendo l'esigenza che è propria del diritto del nostro tempo di valorizzare le differenze, trattando in modo uguale ciò che è uguale, ma differenziando ciò che non lo è. Non sarebbe pensabile, se non con gravissimi inconvenienti, una moltiplicazione delle regole giuridiche fino al numero necessario per cogliere tutte le possibili varianti rilevanti dei casi concreti. Al che sopperiscono i principi (e del resto anche le clausole generali, che in definitiva suscitano problemi ermeneutici di tenore non distante da quello suscitato dai principi). Non per nulla Paolo Grossi più volte ha scritto che l'epoca attuale che lui definisce «posmoderna» è il «tempo dei principi»²⁴, tanto che si è parlato di «esplosione dei principi»²⁵, il che in definitiva è anche prova di sfiducia nelle capacità del legislatore a ordinare la complessità giuridica e nello stesso tempo sfiducia nella stessa «legge» inadeguata per la sua rigidità di fronte alla freneticità della dinamica socio-economica.

Altro e connesso problema è quello della conflittualità tra principi. Ove la conflittualità si ponga tra i principi generali dell'azione amministrativa e i principi di settore, quest'ultimi prevalgono in virtù della loro specialità, a meno che i principi generali non siano dotati di base costituzionale o unionale, poiché in tal senso opereranno rispettivamente il principio gerarchico o di competenza. Quando invece il conflitto si pone tra principi generali, prevale quello di discendenza costituzionale o unionale. Se invece sono entrambi riconducibili ai principi superiori costituzionali o unionali, o comunque sono principi di pari grado, la soluzione passa attraverso il criterio della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti, come ha messo in luce la Corte costituzionale, secondo cui il perseguimento delle finalità proconcorrenziali incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti²⁶. Né – si noti – questa esigenza di valutazione comparativa attraverso la lente della ragionevolezza è cedevole nei confronti del principio del risultato che pure è espressamente qualificato dalla legge come criterio prioritario, dunque come interesse primario. Da un lato, perché si tratta di una

²⁴ P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 67 ss.

²⁵ G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, cit., 3652.

²⁶ Si v. C. cost., 23 novembre 2021, n. 218. Lo stesso ordine di considerazioni emerge dal titolo del saggio di F. Caringella, *Il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; ma v. anche il denso studio di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in www.l'amministrativista.it, 2023 (e ivi) in cui, dopo uno scrutinio delle varie letture del principio di concorrenza, si evidenziano le norme del codice che limitano o bilanciano il principio di concorrenza.

qualificazione in sede di legge ordinaria che evidentemente non può assegnare a tale principio una forza gerarchica superiore a quella di altri principi pure di discendenza costituzionale; dall'altro lato, va sempre tenuto presente che non possono esistere principi costituzionali "tiranni", come la Corte costituzionale ha avuto modo di osservare: «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca per cui non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sentenza n. 264 del 2012)»²⁷ (ma lo stesso vale per i principi, del resto per lo più contenitori o propulsori di diritti).

Inutile dire che le operazioni di bilanciamento si presentano oltremodo complesse: ma si tratta in ogni caso di operazioni fisiologiche, come riconosce la stessa dottrina improntata al positivismo²⁸. È vero semmai – come mette in luce la dottrina appena citata – che sovente si assiste ad una eccessiva amplificazione di questo ruolo nell'interpretazione giurisprudenziale delle norme costituzionali. Ed infatti la critica, più che investire il bilanciamento in sé e per sé, investe l'eccessiva portata empirica associata alla nozione di bilanciamento, tanto che si giunge a concludere che «il bilanciamento ha finito in questi anni per trasformarsi in una bolla terminologica, gonfiatasi enormemente fino a designare le forme più disinvolute di svuotamento e di disapplicazione delle norme costituzionali, sia a livello legislativo che a livello giurisdizionale»²⁹.

Non c'è dubbio che occorre evitare un allargamento indebito della discrezionalità giudiziaria. Resta però il fatto che si tratta di una operazione che va sempre misurata con i fatti concreti, in altre parole la ponderazione soprattutto riguarda (e dipende dai) i fatti e le situazioni specifiche cui le norme sono applicabili. «Talché la ponderazione dei connotati specifici di ciascun fatto è un'attività fisiologica, corrispondente in larga parte alla dimensione equitativa di ogni giudizio».

Del resto anche la dottrina appena ricordata, volta a temperare la portata dei principi e del bilanciamento, sostiene che, come controlimito all'attivismo giudiziario, e ancor più al creazionismo dei giudici (sicuramente da non condividere), occorre promuovere lo sviluppo di un linguaggio legislativo e costituzionale quanto più possibile preciso e rigoroso. In fondo è un appello

²⁷ C. cost., 9 aprile 2013 n. 85, pt. 9 in diritto.

²⁸ Si v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2805 ss.

²⁹ Così L. Ferrajoli, *op. cit.*, 2810.

intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici

al ruolo forte della *scientia juris*, cui spetta il compito di inventare il diritto secondo la lettura grossiana, cioè non un creare artificioso ma un cercare per trovare, come proprio dell'etimo latino («*inventio*»)³⁰: essa infatti, se da un lato contribuisce al formarsi della interpretazione evolutiva ed adeguatrice (nel senso di “permeabile” al divenire sociale) e concorre alla degradazione del legalismo, del positivismo tradizionale e della interpretazione come mera opera di sillogismo, dall'altro edifica una serie di coordinate che offrono agli operatori ragionevoli basi di “calcolabilità”, per usare la terminologia di Natalino Irti. Sia chiaro “ragionevoli basi”, non certezze assolute: la certezza infatti non si raggiunge nemmeno con il positivismo più rigoroso, tanto che Kelsen parlava di «illusione della certezza del diritto»³¹.

³⁰ Si v. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017.

³¹ H. Kelsen, *La dottrina del diritto*, Torino, Einaudi, 1962, 99, ove si legge testualmente «È l'illusione della certezza del diritto che la teoria giuridica tradizionale coscientemente o incoscientemente si sforza di mantenere».

FABIO GIGLIONI

LA PROPRIETÀ AL COSPETTO DELLA MODIFICA COSTITUZIONALE DELL'ART. 9*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le nuove coordinate della Costituzione repubblicana. – 3. Nuovi significati di sostenibilità ambientale. – 4. Lo squilibrio degli interessi protetti creato nella *res* abbandonata. – 5. Ricadute esemplificative. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Secondo recenti studi almeno l'ottanta per cento delle Costituzioni in vigore a livello mondiale contengono espliciti riferimenti alla tutela dell'ambiente, anche se tra i Paesi collocati nella quota minoritaria vi sono Stati importanti come gli Stati Uniti d'America, il Giappone, l'Australia, il Canada, oltre naturalmente il Regno Unito¹. Si tratta di un impressionante fenomeno globale che si è sviluppato negli ultimi cinquant'anni, ma che ha conosciuto il più imponente impulso tra la fine degli anni Novanta dello scorso secolo e gli inizi del nuovo secolo².

Ma cosa nasconde nella sua essenza più profonda questo fenomeno cresciuto in modo così significativo? La risposta più convincente a questa domanda è che questo movimento giuridico planetario ci rivela chiaramente che le risorse naturali non sono più – ma sarebbe meglio dire *non sono più percepite* – infinite³: siamo passati da una lunghissima fase storica in cui le

* Questo articolo è ripreso da uno scritto destinato agli scritti in memoria del prof. Beniamino Caravita, anche se in parte modificato e ampliato.

¹ I dati sono tratti dal volume molto approfondito di D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, il Mulino, 2022, *passim*.

² Per un esame più dettagliato di questo processo si raccomandano le letture di L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *Dpce-online*, 2022, 1071-1075; D. Amirante, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pub. com. eur.*, 2019, n. spec., 1 ss.

³ Cfr. tra gli altri G. Corona, *Breve storia dell'ambiente in Italia*, Bologna, il Mulino, 2015; P. Bevilacqua, *La terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2006; R. Guha, *Environmentalism. A Global History*, New York, Pearson, 2020.

risorse naturali erano considerate abbondanti e disponibili per i più vari usi a fini umani a una nella quale esse diventano preziose per la loro esauribilità o capacità di degradare nei servizi di rigenerazione degli ecosistemi⁴. Come sempre capita, la scarsità e l'incertezza della riproduzione di una risorsa rafforza il valore sociale del bene che di volta in volta la identifica, divenendo così suscettibile – come tale – di protezione giuridica⁵. Le risorse naturali, in modo particolare, acquisiscono un rilievo in sé di natura giuridica quando diviene chiaro che è la loro stessa conservazione a essere a rischio e non solo il loro approvvigionamento per i bisogni umani⁶.

Il modo in cui nel mondo questo passaggio è stato affrontato è diverso e anche le soluzioni giuridiche ideate lo sono. La sfida più difficile è quella dei Paesi che hanno ordinamenti fondati su base liberal-democratica, perché in definitiva in questi casi ci si trova di fronte a un'evidente contraddizione: la risorsa naturale, esauribile o ridotta nella sua funzione generativa degli ecosistemi, presenta un'innegabile esigenza collettiva di protezione e, tuttavia, allo stesso tempo, essa si presenta in forma di *res* che può essere oggetto – quasi sempre – di appropriazione esclusiva per applicazione dell'istituto della proprietà⁷. Quest'ultima, grazie all'esercizio esclusivo del potere di disposizione e di uso che offre al titolare, è oggettivamente poco conciliabile con le nuove esigenze ecologiche⁸, a meno di credere che tutti siano animati da uno spontaneo e prevalente spirito filantropico nella gestione dei propri

⁴ In ambito scientifico oramai si parla di “recessione ecologica”; per una sintesi di questo dibattito si vedano F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, Torino, Giappichelli, 2023, 1-53; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *AIC*, 2018, n. 2, 3-19.

⁵ Cfr. R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Piem. auton.*, 2018, n. 5, che così spiega tutto il processo che è alla base anche delle trasformazioni delle coordinate economiche nel rapporto con il diritto dell'ambiente.

⁶ È efficace in proposito la metafora secondo cui la natura passa da “serbatoio” a sistema da “custodire”; cfr. F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della costituzione: un approccio in “negativo”*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 138. Sul tema in generale cfr. C. Miccichè, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 18-24; L. Ricci, *La triade “rigenerazione, ambiente e consumo” nel “modello circolare”*, in *Riv. quad. amb.*, 2023, 30-32.

⁷ Interessante, in questo senso, è il ricordo del discorso del 18 brumaio di Napoleone Bonaparte che nella nota «terna rivoluzionaria» sostituisce con intento di voluta contrapposizione il termine “fraternità” con “proprietà”; cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, Laterza, 2014, 22. Più in generale, sul carattere escludente della proprietà e l'esautoramento degli interessi pubblici dalla proprietà privata si veda dello stesso autore S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2013, *passim*.

⁸ Si veda in questo senso la lettura proposta degli istituti civilistici in chiave ecologica di M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

interessi o che sia sufficiente una mera regolazione dall'esterno⁹. Accade sicuramente così, ad esempio, per una delle risorse naturali più importanti per gli esseri viventi e umani, ovvero il suolo¹⁰ che è una risorsa fondamentale per la biodiversità e per la produzione di servizi ecosistemici¹¹. Il suolo non è l'unica risorsa essenziale, ma è quella su cui, a differenza dell'aria e più ancora dell'acqua¹², si riversano un carico di interessi che trovano tradizionalmente protezione in istituti giuridici molto diversi¹³. Detto in altri termini

⁹ Cfr. A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 47-48, il quale sottolinea la limitatezza dell'approccio meramente regolativo con le questioni che attengono all'ambiente, dovendo invece puntare su più incisive scelte di politica economica fondate su indirizzi prescrittivi. Si veda però anche G. Bognetti, *Aspetti economici di gestione delle risorse naturali*, in G. Bognetti, E. Gerelli (a cura di), *Problemi teorici e di gestione*, Milano, Franco Angeli, 1974, 97 ss.

¹⁰ Sullo stato del suolo in Italia si raccomanda la lettura del Rapporto SNPA di fine 2023: *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, Report SNPA, 37/23, www.snpambiente.it. Le ricadute ambientali delle minacce portate al suolo sono state prese in considerazione tardivamente rispetto ai pericoli corsi per acqua e aria. Lo hanno messo in evidenza F. Giglioni, *La sostenibilità ambientale come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 19-20; W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 75-76; E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, a cura di P. Urbani, Torino, Giappichelli, 2015, 87; M.A. Cabiddu, *Art. 44 Cost.*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Battini, L. Casini, G. Vesperini e C. Vitale, Torino, Utet, 2013, 88. In ogni caso ora la tutela del suolo fa parte integrante del *Green Deal* dell'Unione europea e costituisce l'oggetto di alcune iniziative regolatorie. Si citano, a tal proposito, la *Strategia per il suolo al 2030* a cui si possono associare anche la *Strategia per la biodiversità al 2030* e la *Strategia dal produttore al consumatore*, che comunque hanno un nesso con la protezione del suolo, e soprattutto risulta importante la proposta di direttiva elaborata dalla Commissione europea *Sul monitoraggio del suolo e la resilienza (Normativa sul monitoraggio del suolo)*, COM(2023) 416. Ad ogni modo sarebbe più corretto dire che le nuove iniziative di protezione del suolo sono una ri-scoperta di nessi che erano già stati ben messi in evidenza nella *Carta Europea del suolo*, approvata a Strasburgo nel 1972.

¹¹ Sul tema in via generale si rinvia a N. Granato, *Profili di valorizzazione della natura. Servizi ecosistemici e capitale naturale*, in *Giustamm.it*, 2021, n. 12; M. Carrer, *Servizi ecosistemici. Note per una critica costituzionale*, in *Quad. amm.*, 2020, n. 3, 128 ss.; S. Bocchini, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 26-31; A. Lalli, *I servizi ecosistemici e il capitale naturale: una prospettiva giuridico istituzionale*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 2017, n. 195-196, 39 ss.

¹² Con riferimento alla gestione delle risorse idriche si veda recentemente L. Muzi, *La sostenibilità negli usi delle risorse idriche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, *passim*.

¹³ Sono particolarmente utili le pagine iniziali del saggio di R. Míguez Nuñez, *Note minime per una conversione ecologica della proprietà del suolo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1072-1077, in cui l'a. spiega le ragioni profonde che sono dietro la proprietà terriera, che assume perfino a emblema del diritto di proprietà *tout court*. Si veda anche W. Gasparri, *Suolo, bene comune?*, cit., 75-76.

e prendendo a prestito le parole di Walker¹⁴, la proprietà è un istituto che si presenta di per sé come un problema strutturale¹⁵ per le esigenze collegate al mantenimento nel tempo delle risorse ambientali (e non solo)¹⁶ e, allo stesso tempo, è un istituto costitutivo nell'evoluzione degli ordinamenti statuali democratici¹⁷. Intorno a questa contraddizione si dispiegano le riflessioni che seguono, concentrate esclusivamente sul contesto nazionale.

2. Le nuove coordinate della Costituzione repubblicana

Della contrapposizione della tutela dell'ambiente con la proprietà i costituzionalisti e la Corte costituzionale si sono già avveduti, tanto che hanno messo in evidenza come nella funzionalizzazione a fini sociali disposta dal c. 2 dell'art. 42 cost. siano pacificamente da comprendere anche le finalità di natura ambientale¹⁸. In questo modo la convivenza tra proprietà e ambiente si è tradotta in termini di compatibilità possibili, secondo uno schema ben noto ai giuristi, che può essere riassunto con la formula della sostenibilità debole¹⁹. Si tratta di un approdo a cui di fatto ha contribuito anche l'ordina-

¹⁴ Cfr. N. Walker, *Sovereignty, Property and Climate Change*, in *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2022, *passim*, in cui attraverso un *excursus* sintetico dell'origine della proprietà privata e della sovranità degli stati arriva a stabilire un solido legame tra i due processi che appare inseparabile e che, tuttavia, costituisce proprio l'ostacolo alla soluzione delle complesse questioni ambientali.

¹⁵ Rodotà ha attribuito a Otto von Gierke la citazione secondo cui «affermare che un pezzo del nostro pianeta appartenga ad un uomo così come gli appartengono un ombrello o un biglietto di banca, è culturalmente una affermazione priva di senso»; cfr. S. Rodotà, *La proprietà e le proprietà*, in Id. (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, il Mulino, 1977, 290.

¹⁶ È suggestiva anche la rilettura di alcune teorie economiche classiche cadute nel dimenticatoio che rilanciano l'immagine della proprietà come monopolio e che, in quanto tale, a differenza di quanto solitamente si dica, è la causa principale di inefficienza allocativa e distributiva, di cui anche le risorse naturali sono vittime. Cfr. E.A. Posner, E.G. Weyl, *Il mercato siamo noi*, Roma, 2022, che ipotizzano una soluzione per il superamento della proprietà, come istituto nella piena disponibilità del solo titolare, fondata sulla radicalizzazione del mercato. Non a caso gli autori prospettano anche una riforma radicale dei meccanismi di democrazia.

¹⁷ Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà*, cit., 113, il quale nota che la tutela ambientale può essere davvero effettiva solo se accompagnata da vincoli di solidarietà, dovendo fronteggiare gli interessi e i particolarismi degli stati nazione e dei rapporti economici.

¹⁸ Cfr. B. Caravita, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, Giuffrè, 1996, 349.

¹⁹ Cfr. B. Caravita, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 358-359; in questi termini anche D. Porena, *Il principio di sostenibilità*, Torino, Giappichelli, 2017, 287-288. Per una critica del concetto di sviluppo sostenibile, si vedano A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit.,

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

mento europeo: vanno in questa direzione sia l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, laddove è precisato che l'uso dei beni «può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale»²⁰. Peraltro l'Unione europea, pur facendo esplicito riferimento allo sviluppo sostenibile nei trattati costitutivi, non è stata capace di darne un'interpretazione che andasse oltre il mero indirizzo di ordine politico²¹. Risulta così che fin qui il quadro delle regole incidenti sugli istituti sociali fondativi, come è la proprietà, è servito soprattutto a mitigare gli effetti negativi per l'ambiente, secondo bilanciamenti definiti di volta in volta dalle scelte politiche e amministrative²².

Merita ora di essere verificato se una tale conclusione possa essere og-

34; G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *L'ambiente per lo sviluppo*, a cura di G. Rossi e M. Monteduro, Torino, Giappichelli, 2020, 5-7; P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 1, 30; G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 24, 68; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il dir. econ.*, 2019, 504-507; G. Rossi, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2017, 19; E. Frediani, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 626; R. Bifulco, E. Scotti, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dell'environmental justice*, in *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, a cura di G. Cerrina Ferroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti e P.L. Petrillo, Firenze, 2016, 179; G. Montedoro, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *L'amministrazione in cammino*, rivista on-line, 2009.

²⁰ Fanno da riferimento in questo senso le sentenze C. giust., 12 giugno 2019, C-43/18; Id., 26 gennaio 2011, C-165/09 – C-167/09; Id., 22 gennaio 2009, C-473/07.

²¹ Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, *passim*; C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2014, 221. Naturalmente non sono mancate ricostruzioni di chi ha fornito una lettura diversa dello sviluppo sostenibile, più forte e meno dipendente dal solo bilanciamento paritario, ma occorre con realismo registrare che ciò si è confrontato con applicazioni che andavano in direzione diversa. Per queste letture in chiave precettiva dello sviluppo sostenibile si veda, ad esempio, M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 24. In parte sono stati riconosciuti effetti precettivi dello sviluppo sostenibile anche in E. Frediani, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. ec.*, 2015, 86 ss. Un'occasione avrebbe potuto essere rappresentata, ad esempio, dall'art. 3-*quater*, c. 2, cod. amb., ma anche questo ha avuto scarsa capacità di divenire elemento parametro di giudizio; cfr. F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, Padova, 2012, 567 ss.

²² Sull'importanza di valorizzare il bilanciamento dei valori costituzionali con riferimento all'ambiente si è soffermato molto Caravita. Tra i tanti contributi in proposito si

getto di una rivisitazione a seguito della modifica avvenuta con l. cost. n. 1 del 2022. A un primo sguardo superficiale si potrebbe ritenere che la riforma costituzionale non abbia apportato alcuna novità, visto che l'art. 42 non ha subito alcuna modifica. Eppure, a una valutazione più approfondita, l'esito può risultare diverso.

La diversa sorte toccata all'art. 41 cost. potrebbe non essere irrilevante al nostro discorso. Nel caso dell'iniziativa economica, infatti, pur essendo ugualmente pacifico che i fini sociali a cui si subordina l'iniziativa economica privata e, per quanto concerne la programmazione, anche quella pubblica, includa le esigenze di tutela dell'ambiente²³, il legislatore costituente non ha ritenuto superfluo esplicitare tale riferimento. Se ne ricava così che l'esclusione dalla modifica costituzionale dell'art. 42 deve essere considerata voluta²⁴ e che si sia fatta una distinzione deliberata tra l'iniziativa autonoma a finalità economica e il diritto di proprietà. Così, l'esplicitazione della funzionalizzazione a fini ambientali dell'art. 41 Cost. rende ancora più significativo il silenzio serbato nei confronti dell'art. 42 Cost., tanto da dubitare a questo punto che sia ancora vero che i fini sociali a cui fa riferimento l'art. 42, c. 2, Cost. comprendano anche le esigenze ambientali²⁵. Si noti che l'inserimento dei fini ambientali nell'art. 41 Cost. si aggiunge a quello dei fini sociali tanto nel c. 2 quanto nel c. 3, il che porta a concludere che si sia voluto sottolineare la differenza delle due tipologie di funzionalizzazione.

D'altra parte, la circostanza che dottrina e giurisprudenza abbiano fin qui considerato in modo diverso i limiti a fini sociali non esenta le stesse dal riconsiderare le conclusioni nel momento in cui il testo normativo è formalmente modificato. Ne discenderebbe così che il diritto di proprietà uscirebbe rafforzato dalla modifica costituzionale, il che onestamente finirebbe però per acuire la contraddizione denunciata nel precedente para-

segnala in particolare S. Nespore e B. Caravita, *Diritto costituzionale dell'ambiente*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di S. Nespore, e A.L. de Cesaris, Milano, Giuffrè, 2009, 114-116.

²³ Particolarmente emblematica in questo senso – ma, ovviamente, non è l'unica – la sentenza n. 84 del 2017 della Corte costituzionale, che ha considerato legittimo il vincolo di inedificabilità sulle zone bianche extraurbane, dal momento che la libertà d'iniziativa economica privata non è valore assoluto privo di limiti legittimamente apprezzabili dal legislatore.

²⁴ In realtà occorre ammettere che, se fosse stata voluta una tale scelta, sarebbe del tutto implicita, perché dagli atti parlamentari sulla discussione della modifica costituzionale non emerge alcun riferimento a tale problema.

²⁵ Cfr. sul punto L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale"*, cit., 1082; E. Mostacci, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *Dpce-online*, 2022, n. 2, 1129.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

grafo degli ordinamenti liberal-democratici, al quale si iscrive anche quello italiano²⁶.

Chi volesse ostinatamente proporre una lettura conciliante, potrebbe rintracciare in questa modifica un esito perfino contrario, ovvero che in fondo l'esclusione dei condizionamenti a fini ambientali della proprietà servirebbe a ricordare quella interpretazione, sostenuta soprattutto dagli studiosi del diritto privato, secondo cui la stessa proprietà può costituire uno strumento di tutela per l'ambiente. Ad esempio, alcuni in passato hanno preso in considerazione gli artt. 844 e 872, c.c., per dare contenuto di pretesa soggettiva esigibile dell'ambiente salubre ai poteri attribuiti ai titolari del diritto di proprietà²⁷. In questo senso si produrrebbe perfino un arretramento della tutela dell'ambiente, se davvero si dovesse arrivare a concludere che questa riforma rilanci la prospettiva soggettiva di tutela dell'ambiente quando – come si è detto al principio di questo saggio – è proprio la scarsità delle risorse naturali a rendere urgenti le previsioni costituzionali riferite all'ambiente²⁸.

In realtà pare più corretto proporre un'altra chiave di lettura degli equilibri prodotti in Costituzione dalla modifica del 2022. Innanzitutto, appare evidente come la conclusione appena enunciata si porrebbe chiaramente in contrasto con le evidenti finalità dell'intervento costituzionale che, teso a rafforzare la protezione dell'ambiente, finirebbe al contrario per produrre un arretramento.

Ma, a parte tale annotazione che, per quanto inconcepibile, sarebbe sempre possibile in un'ottica di lettura sistematica delle norme, appare difficile escludere in modo assoluto la tutela dell'ambiente tra i limiti alla proprietà²⁹. Sebbene sia vero che l'iniziativa economica possa prescindere

²⁶ Sull'impraticabilità di una conclusione che assegni alla proprietà un diritto senza limiti si sofferma anche G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 108-109.

²⁷ Il discorso meriterebbe un approfondimento più adeguato ma si tratta di tesi oramai molto note, presentate sia pure con accenti diversi da diversi autori: A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1985, 32 ss. S. Patti, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, I, 859 ss.; A. Lener, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Foro it.*, 1980, V, 105; F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1980.

²⁸ Contro la lettura del diritto all'ambiente come pretesa soggettiva giuridicamente protetta B. Caravita, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 346. In adesione M. Cecchetti, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 27-28.

²⁹ Si veda, ad esempio, lo studio che passa in rassegna tutte le tipologie di vincoli am-

dalla titolarità di proprietà, non è vero il contrario, ovvero che l'iniziativa economica privata non possa consistere anche in una libera scelta con cui il proprietario decida di utilizzare a fini produttivi i beni di cui è titolare e in possesso³⁰. Sicché dal diverso trattamento che il legislatore costituente ha riservato agli artt. 41 e 42 Cost. potrebbe essere dedotto non tanto che la proprietà non sia incisa dalla tutela dell'ambiente ma che lo sia solo quando di essa si promuova un uso produttivo³¹. Il che – di suo – già produce un rinnovato equilibrio tra uso della proprietà a fini produttivi e tutela dell'ambiente, visto che appare particolarmente convincente la tesi sostenuta da alcuni commentatori della modifica dell'art. 41, secondo cui il c. 3 rilancia in una prospettiva nuova il grado di condizionamento dell'ambiente: non più solo limite di compatibilità ma fattore trasformativo dei processi economici³².

Risulterebbe così che a rimanere esclusi dal condizionamento dei fini ambientali siano solo l'uso della proprietà per scopi diversi da quelli produttivi e, più in generale, i diritti di godimento. Anche questa valutazione dovrebbe però fare i conti con la lettura sistematica dei cambiamenti costituzionali. La modifica dell'art. 9 Cost., infatti, riguarda i principi generali dell'ordinamento, il che equivale a dire che concerne quella parte della Costituzione dotata di una naturale proiezione su tutta l'intelaiatura normativa

bientali che insistono sulla proprietà, con tutte le diverse caratteristiche e peculiarità, di M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. De Carolis, E. Ferrari e A. Police, Milano, Giuffrè, 2006, 389 ss.

³⁰ Cfr. già S. Cassese, *Dalla proprietà all'impresa: i beni privati destinati dallo Stato alla produzione*, in *Pol. dir.*, 1975, 609 ss., sebbene qui l'a. si soffermi sull'impresa pubblica.

³¹ Non si può qui approfondire ulteriormente, ma è sufficiente ricordare che neppure per il diritto europeo la proprietà è un diritto assoluto di fronte alla tutela dell'ambiente; cfr. C. giust., 22 gennaio 2022, C-234/20, *SLA „Sātiņi-S”*; C. giust., 15 gennaio 2013, C-416/10, *Jozef Križan e altri c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*; C. giust., 9 marzo 2010, C-379/08 e C-380/08, *ERG*; C. giust., 10 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*; C. giust., 29 aprile 1999, C-293/97, *The Queen c. Secretary of State for the Environment e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*; C. giust., 20 settembre 1988, C-302/86, *Commissione c. Danimarca*; C. giust., 7 febbraio 1985, C-240/83, *ABDHU*.

³² Cfr. F. De Leonardis, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 cost. e la riforma “programma” dell'art. 41 cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 62 e poi, in modo ancora più sistematico, nel volume F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, cit., *passim*. Ricostruzioni in questo senso erano state avanzate anche prima della riforma costituzionale. Si vedano, ad esempio, G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile*, cit., 7-8; A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit., 40-41 e 51-52; M. Pennasilico, *La “sostenibilità ambientale”*, cit., 11-12.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

restante³³. Inoltre, non sembra irrilevante che, specie per questo discorso, il legislatore costituzionale abbia esplicitato il riferimento alla biodiversità e agli ecosistemi, che, ancorché siano comunque componenti dell'ambiente³⁴, sottolineano l'urgenza della protezione in sé di questi fattori³⁵. Ne deriva che se tra i compiti essenziali della Repubblica vi è la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche al fine di garantire la solidarietà tra le generazioni, appare poco sostenibile che questo compito sia ostacolato o, perfino, impedito dal diritto di proprietà³⁶. Sono i principi generali che innervano e connotano i diritti e gli istituti della Costituzione, permettendo a questi di assumere un preciso significato quando gli stessi da una condizione astratta e fissa entrano nell'agone delle dinamiche sociali che si registrano nel concreto. Ne risulta, pertanto, che il diritto di proprietà non è affatto immune dal rinnovato impegno che la Repubblica assume per l'ambiente.

³³ Prendendo a prestito le parole di Fraenkel, Bifulco sottolinea questa distinzione osservando che la tutela dell'ambiente è collocata nella parte non controversa della carta costituzionale a differenza di tutto ciò che riguarda l'economia e, aggiungerei, i rapporti patrimoniali: cfr. R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 86. In termini diversi ma adesivi A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, *ivi*, 114.

³⁴ Su questo si deve ancora un riconoscimento a B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 1990. A questo proposito si ritiene che la distinzione operata dall'art. 9 tra biodiversità ed ecosistemi rispetto ad ambiente non vada oltremodo enfatizzata in termini di ricaduta giuridica: l'ambiente resta un concetto onnicomprensivo e quindi non sarebbe corretto dedurre da questa distinzione valori diversi di protezione; così anche M. Cecchetti, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, *cit.*, 18-20. D'altra parte, se così non fosse, si dovrebbe desumere che l'art. 41 modificato non si riferisca a limiti che tutelano la biodiversità e gli ecosistemi, il che appare poco logico prima che poco sostenibile; così anche L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale"*, *cit.*, 1079; *contra* E. Mostacci, *Proficuo, inutile o dannoso?*, *cit.*, 1129. Vero è, invece, che la distinzione operata dall'art. 9 Cost. è utile a sottolineare meglio che la tutela dell'ambiente contiene anche la tutela dell'ambiente in sé; in questo consiste il valore aggiunto dei riferimenti alla biodiversità e agli ecosistemi.

³⁵ Per una lettura di più radicata contrapposizione tra ambiente e le componenti della biodiversità e degli ecosistemi, che configurano un contenuto di diritto alla vita, si veda M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 423 ss. e spec. 442-450 e, con riferimento all'art. 9 Cost., 450-454. Similmente anche E. Chiti, In motu. *L'Unione Europea e la trasformazione della costituzione giuridica della sostenibilità*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 185-190; E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 141.

³⁶ In questi termini già A. Nervi, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 428-429.

Una conclusione diversa d'altronde produrrebbe un altro esito difficilmente accettabile, ovvero una diversa attitudine del paesaggio e dell'ambiente a condizionare la proprietà³⁷. La conseguenza del ragionamento ipotizzato, infatti, sarebbe quella di coinvolgere in questa ricostruzione anche la tutela del paesaggio, ben preesistente alla modifica costituzionale del 2022 senza che in merito si sia deciso nulla di nuovo³⁸. Sarebbe incomprensibile perché l'art. 9 sia in grado di condizionare il diritto della proprietà solo quando riguarda la tutela del paesaggio e non anche quando concerne la tutela dell'ambiente, specie se si condivide quanto detto da alcuni osservatori circa il ridimensionamento del paesaggio a causa della modifica dell'art. 9 Cost.³⁹ – tesi che comunque non convince del tutto⁴⁰ – o, peggio, se si condivide la tesi che la modifica dell'art. 9 Cost. rende oggi più evidente che il paesaggio sia una componente specifica del diritto dell'ambiente⁴¹.

³⁷ Qui è sufficiente ricordare le preziose pagine scritte da Predieri sia in A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, 19 e 25-26, sia Id., *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1981, 519-521, soprattutto dove richiamava la necessaria affermazione e prevalenza di valori extra-economici espressi dal paesaggio sulla proprietà in nome delle future generazioni. Si veda sul punto anche E. Boscolo, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitaria*, in *www.giustamm.it*, 5, 2016 e sulla pianificazione ambientale in generale L. Di Giovanni, *La pianificazione paesaggistica e la gestione integrale del territorio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

³⁸ Tale circostanza appare oltremodo incomprensibile, specie se si tiene conto dell'uso del paesaggio fatto dalla Corte costituzionale, come strumento trasformativo e innovativo di regolazione; cfr. sul punto B. Boschetti, *Rigenerazione urbana e legislazione regionale: verso un diritto (del governo del territorio) rigenerativo?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, n. 2, 63. Si veda ancora B. Boschetti, *Eco-design giuridico (trasformativo) per la “net-zero age” e la sua economia*, in *Ist. fed.*, 2022, 841-842. Per la giurisprudenza costituzionale si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 201, 219, 251, 257 e 261 del 2021, nonché n. 24, 92 e 108 del 2022.

³⁹ Cfr. P. Carpentieri, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 13, 77 ss.; L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo “Stato ambientale”*, cit., 1078; A. Sau, *Il rapporto tra funzione urbanistica e tutela paesaggistica oltre il “mito” della primarietà. Qualche considerazione a margine di Consiglio di Stato 31 marzo 2022, n. 2371*, in *Aedon*, 2022, n. 2; G. Severini e P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, *Rivista on-line*, 2021, n. 5, 8-9; G. Montedoro, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, 29.

⁴⁰ Si condividono in proposito le osservazioni di R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., 76-77, quando solleva la domanda, a prescindere da tutto, quali utilità porta una tutela rigida del paesaggio se è destinato comunque a essere trasformato dalle crisi ambientali.

⁴¹ Conclusione sostenuta già da Beniamino Caravita, ben prima della riforma costituzionale del 2022; si veda, infatti, B. Caravita, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti e A.

3. Nuovi significati di sostenibilità ambientale

Alla luce di quanto evidenziato si potrebbero ricavare le seguenti indicazioni sintetiche:

- i. l'uso a fini produttivi della proprietà può essere limitato per esigenze ambientali;
- ii. le finalità ambientali possono rappresentare ragioni legittime che orientano e condizionano l'uso produttivo della proprietà, purché ciò sia disposto per legge;
- iii. gli altri usi della proprietà e i diritti di godimento restano funzionalizzati a fini ambientali alle condizioni stabilite per legge per il combinato disposto degli artt. 9 e 42, cc. 2 e 3, Cost.

Ciò porterebbe a dire che i punti *i)* e *iii)* ribadiscono le condizioni che realizzano lo sviluppo sostenibile⁴², mentre il punto *ii)* introduce un elemento di novità, che prevede la finalizzazione ambientale dell'uso produttivo della proprietà⁴³. Alcuni autori hanno qualificato tale innovazione come legittimazione di un nuovo equilibrio economico, di cui l'economia circolare⁴⁴ e il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) con l'investimento sulle

Andronio, Firenze, Olschki, 1999, 180. A queste conclusioni anche F. De Leonardis, *La riforma "bilancio"*, cit., 62.

⁴² Cfr. L. Casseti, *La riforma dell'art. 41 della costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 155-159; M. Ramajoli, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della costituzione*, *ivi*, 170-173; M. Delsignore, A. Marra e M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1 ss.; M. D'Angelosante, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 281.

⁴³ Si veda su questo punto in particolare F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 cost.*, cit., 64-67. In senso conforme anche C. Mari, *Iniziativa privata e interessi pubblici nei procedimenti di autorizzazione per la transizione ecologica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 55; B. Boschetti, *Eco-design giuridico*, cit., 845-846. Efficace la sintesi lessicale di "l'ambiente per lo sviluppo": G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile*, cit., 9-11. Per una lettura cauta in questo senso, più incline a ritenere che in realtà le modifiche prodotte dal c. 3 dell'art. 41 non abbiano prodotto grandi variazioni M. Cecchetti, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 36-37, ma con una leggera apertura a pag. 39; mentre più netta è M. Ramajoli, *Attività economiche*, cit., 173.

⁴⁴ Cfr. F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, *passim*; *Id.*, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in *Studi in tema di economia circolare*, a cura di *Id.*, Macerata, Macerata press, 2019, 11-16; M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, Giuffrè, 2020, *passim*. Lo stesso autore aveva avanzato tale nesso proprio grazie a una rilettura dell'art. 41, c. 3, prima della riforma costituzionale: cfr. *Id.*, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo*

energie rinnovabili⁴⁵ rappresenterebbero la piena espressione. Ciò basterebbe per mettere in evidenza che la Costituzione a questo punto accoglie al proprio interno più significati di sostenibilità⁴⁶: quella tradizionale dello sviluppo sostenibile e una nuova, fondata sulla capacità programmatica della produzione. Al di là delle definizioni, la cosa che risulta importante è il riconoscimento di declinazioni diverse della sostenibilità⁴⁷ e, in questo senso, può essere particolarmente apprezzata la scelta del legislatore costituzionale di non far uso del concetto di sviluppo sostenibile, a differenza di quanto ha fatto l'ordinamento europeo⁴⁸.

Proprio la consistenza plurale della sostenibilità⁴⁹ che deriverebbe dalla novità costituzionale del 2022 offre ulteriori elementi di riflessione. A ben guardare l'art. 9, c. 3, cost. individua due tecniche di protezione: la prima è

sviluppo, a cura di G. Rossi, M. Monteduro, Torino, Giappichelli, 2020, 26-28. Si veda in questo senso anche a proposito dell'economia circolare E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., 513-518, sebbene non nasconda anche delle insidie e ambiguità. Sul punto la dottrina si è esercitata nella formulazione di espressioni lessicali che sottolineano la portata innovativa di questo nuovo approccio; si veda così chi ha parlato di "ecological economy" (A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit., 37); "blue economy" (R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy*, cit., *passim*); "circular economy".

⁴⁵ Si vedano, tra gli altri, G.D. Comporti, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 13, *passim*; C. Mari, *Iniziativa privata e interessi pubblici*, cit., 75-92; nonché i contributi contenuti in *Energie rinnovabili e piano nazionale di ripresa e resilienza*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁴⁶ Qui, ovviamente, le riflessioni sono concentrate sull'impatto che la sostenibilità produce in materia ambientale e non rileva, invece, la declinazione plurale che la sostenibilità ha anche per altri temi di ordine costituzionale, per i quali si rinvia a D. Porena, *Il principio di sostenibilità*, cit., *passim*.

⁴⁷ Cfr. M. Pierri, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 237-238, che sottolinea come un'idea più ricca di sostenibilità sia già rinvenibile negli obiettivi dello sviluppo sostenibile adottati dalle Nazioni Unite da raggiungere entro il 2030.

⁴⁸ Sottolinea questo dato anche A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione*, cit., 113, il quale annota che, diversamente, il legislatore costituente avrebbe portato dentro l'ordinamento una rigida connotazione della sostenibilità, che non sempre è sembrata adeguata proprio per tutelare gli interessi ambientali e la salute.

⁴⁹ Ne fa cenno analizzando il pacchetto di proposte e provvedimenti adottati dell'Unione Europea in attuazione del *Green Deal* E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale?*, cit., 139 e poi ancora E. Chiti, *In motu*, 2022, 205-207. Si veda anche M. Monteduro, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche dalla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, *passim*. Si veda anche L. Ricci, *La triade "rigenerazione, ambiente e consumo" nel "modello circolare"*, cit., 19-27.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

generica e, conseguentemente, ampia, la seconda – quella riferita agli animali – è collegata a una riserva di legge, da intendersi relativa. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi si avvale di diversi strumenti, pertanto, compresi quelli di natura amministrativa. E, soprattutto, questa ampiezza di mezzi si lega significativamente ai soggetti obbligati e ai soggetti beneficiari dell'azione ambientale.

Sotto il primo profilo, la disposizione attribuisce alla Repubblica il compito di tutela. In questa nozione rientrano senza alcun dubbio oramai tutti i soggetti che la compongono sotto il profilo istituzionale⁵⁰, ma è altresì un dato acquisito nella scienza giuridica che vadano considerati espressivi della Repubblica tutti coloro che risultano affidatari di funzioni pubbliche da osservare con disciplina e onore, come recita l'art. 54 Cost. Qualunque esercizio di funzione o servizio pubblico è ispirato al rispetto dei principi fondamentali della Costituzione e obbliga i funzionari all'osservanza. Nel caso della tutela dell'ambiente si potrebbe notare, tuttavia, che il concetto possa essere esteso ulteriormente, dal momento che la tutela appare davvero come una responsabilità diffusa⁵¹, il cui conseguimento non può prescindere dall'apporto che tutti possono dare in solidarietà⁵².

Si pensi, ad esempio, alla raccolta differenziata dei rifiuti. Un obiettivo di questo tipo non può essere ragionevolmente ottenuto senza l'adesione convinta della popolazione, per il cui risultato è notoriamente molto più efficace un programma di comunicazione pubblica e campagne volte all'accrescimento della consapevolezza culturale rispetto alla minaccia di sanzioni in caso di violazione di obblighi⁵³. D'altronde è sufficiente richiamare l'art. 3-ter cod. amb. per ricordare che già da tempo il nostro ordinamento assegna a tutti il compito di farsi carico nella propria azione dei principi che sovrintendono la tutela dell'ambiente⁵⁴. In termini più sistematici, vale la

⁵⁰ Su questo aspetto specifico si sofferma in modo particolare M. De Donno, *L'organizzazione dei poteri repubblicani di tutela dell'“integrità ecologica” del Paese: tra complessità, adattività e resilienza del sistema*, in *Ist. fed.*, 2022, 908-912.

⁵¹ Diversa è la convinzione di R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., 79, che ritiene coinvolti solo i soggetti detentori di potere pubblico.

⁵² Il punto è particolarmente sottolineato da A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione*, cit., 117; M. Pennasilico, *La “sostenibilità ambientale”*, cit., 17-18. Restano attuali le valutazioni espresse prima della riforma costituzionale del 2002 di F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il dir. econ.*, 2009, 491 ss.

⁵³ Non a caso si tratta uno degli esempi fondanti della teoria dell'amministrazione condivisa proposta sin dall'origine da G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 1997, n. 117-118, 29 ss.

⁵⁴ A tal fine non si condividono le preoccupazioni di quanti vedono nel coinvolgimento dei privati e dei cittadini per la tutela dell'ambiente un rischio di funzionalizzazione,

pena ricordare la tesi convincente di chi, individuando nella persona umana il centro dell'articolazione dell'ordinamento democratico, stabilisce in essa l'inizio di ogni componente strutturale della Repubblica e considera, pertanto, il cittadino stesso parte della Repubblica⁵⁵.

Sotto l'altro profilo, quello cioè dei beneficiari della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, non può restare inosservato l'ingresso in costituzione del primo esplicito riferimento alla solidarietà tra generazioni, che, peraltro, può dirsi in senso stretto espressione essa stessa dell'impegno per la sostenibilità⁵⁶. Infatti, intanto la promessa di tutela per le generazioni future può essere adempiuta, in quanto siano trasmesse a loro le risorse naturali disponibili oggi. In questo senso emerge un significato di sostenibilità che deve essere inteso in termini di protezione delle risorse naturali e delle loro capacità adattive e riproduttive nel tempo⁵⁷. Si delinea così un'idea di futuro che è innanzitutto esercizio di responsabilità⁵⁸.

Complessivamente, queste ulteriori annotazioni permettono di osservare che in Costituzione si rintraccia un significato ulteriore di sostenibilità ambientale che consiste nel rendere durature le risorse naturali disponibili⁵⁹, con declinazioni possibili sia in termini di scorta quantitativa, sia in termini

specie se ciò prescinde da presupposti di ordine legislativo; così A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit., 52; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., 284. Il punto di riflessione da cui partire è il ruolo indefettibile dei privati e dei cittadini per la tutela dell'ambiente, il cui conseguimento non può prescindere in alcun modo da un impegno reale che passa anche dai comportamenti. Il vincolo della solidarietà intergenerazionale è un criterio intorno al quale si misura anche la coerenza delle scelte individuali secondo responsabilità, sapendo tuttavia ben ponderare con gradualità l'incisione sulle libertà valorizzando o scoraggiando le scelte individuali.

⁵⁵ Si veda F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, 76-80. Si veda anche S. Rodotà, *Solidarietà*, cit., 67, che vede nei doveri di solidarietà la missione sulla quale sono chiamati anche i cittadini per la realizzazione del programma costituzionale.

⁵⁶ Cfr. A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione*, cit., 116, che definisce la novità addirittura rivoluzionaria. Altri hanno messo invece in discussione l'opportunità del riferimento; cfr. F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*, in *Federalismi.it*, 2021, 4-5.

⁵⁷ Interessante è quella lettura dell'art. 9, c. 3, Cost. in cui la congiunzione "anche" che precede gli interessi delle generazioni future è proposta come riferita non alle generazioni viventi ma alla tutela delle risorse naturali in sé: cfr. L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale"*, cit., 1080.

⁵⁸ Su questo cfr. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2017, *passim*.

⁵⁹ Si veda R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., 89, che enfatizza il valore del limite che il riferimento alle future generazioni comporta in modo particolare per il legislatore. Si veda anche prima P. Chirulli, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, 5, 2012, 27-28.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

di capacità di rinnovamento attraverso la produzione dei servizi di conservazione e riproduzione⁶⁰.

Molti commentatori hanno evidenziato che la tutela delle generazioni future si articola intorno a un interesse e non a un diritto, implicando così la necessaria mediazione politica⁶¹. E, tuttavia, questa ulteriore forma di sostenibilità si delinea secondo un andamento che non è solo verticale ma anche orizzontale, perché corre lungo rapporti che interessano gli stessi privati, beneficiari e allo stesso tempo gravati da oneri, con mezzi che possono essere di varia natura⁶². Sicché in nome dell'impegno per la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi per le generazioni future assumono rilevanza anche le scelte e i comportamenti privati, i quali possono essere giudicati dalla prospettiva di sostenibilità ambientale con ripercussioni possibili anche in termini di responsabilità giuridiche⁶³. D'altra parte, è convinzione comune che per la tutela dell'ambiente siano decisivi anche quelle scelte e quei comportamenti che nel complesso definiscono gli stili di vita di una comunità e la responsabilità dei consumi⁶⁴.

4. Lo squilibrio degli interessi protetti creato nella *res abbandonata*

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente si applicano evidentemente anche al caso in cui il singolo gravato risulti proprietario di immo-

⁶⁰ Da questo punto di vista si annuncia come molto importante la nuova legge europea sul ripristino degli ambienti naturali, che è prossima a entrare in vigore e che inverte significativamente l'approccio seguito fin qui in materia ambientale anche dall'ordinamento europeo.

⁶¹ Il punto è sottolineato in modo particolare da F. Fracchia e P. Pantalone, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022, 89-92.

⁶² Cfr. B. Boschetti, *Eco-design giuridico*, cit., 829, che prospetta una trasformazione generata dalla resilienza tradotta in sede europea che traccia una ridefinizione spazio-temporale in cui una delle chiavi è la creazione di un ecosistema orizzontale che coinvolge non solo il rapporto uomo-natura, ma anche la dimensione comunitaria e, quindi, orizzontale. In modo più sintetico il concetto è espresso anche in B. Boschetti, *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in *Dpce-online*, 2, 2022, 1153-1154.

⁶³ Così ampiamente M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., *passim*. Si veda anche F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 448; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 186-188.

⁶⁴ Lo ricorda G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile*, cit., 8.

bili e, in particolare, di terreni. In questi termini ciò che l'accostamento tra art. 9 e 42 rivelerebbe è che sul suolo si sovrappongono contestualmente due tipologie di interessi: quelli del proprietario e quelli delle generazioni future alla preservazione della risorsa naturale⁶⁵. In sé la consistenza contestuale di interessi giuridici diversamente rilevanti sullo stesso bene è circostanza che è stata già avvertita dalla dottrina prima della riforma costituzionale del 2022⁶⁶, ma la tesi che qui si delinea prova ad aggiungere qualche ulteriore indicazione ricavabile dal nuovo equilibrio costituzionale.

In che termini l'ulteriore significato di sostenibilità ambientale può ripercuotersi sul diritto di proprietà? I c. 2 e 3 dell'art. 42 Cost. non sembrerebbero lasciare spazio a misure che incidano sul diritto di proprietà al di fuori di una base legale predeterminata, che di nuovo stabilisca le compatibilità tra tutela dell'ambiente e libertà individuale⁶⁷. Eppure, ancora una volta, le due disposizioni costituzionali considerate (art. 9 e 42 Cost.), messe di fronte l'una all'altra, sembrerebbero esprimere due concetti di futuro completamente diversi: quello della proprietà è fondato sulla libertà individuale di disporre dei beni per la soddisfazione di propri interessi, mentre quello espresso dall'art. 9 Cost. delinea un impegno duraturo fatto di responsabilità del proprietario.

L'ipotesi che si avanza assume un'angolatura particolare, facendo acquisire alle nuove disposizioni costituzionali anche un carattere precettivo e non solo programmatico. La relazione tra proprietario e bene si nutre, infatti, non solo di interessi attivi, ma anche del suo opposto, ovvero del

⁶⁵ Il valore ambientale del suolo è stato riconosciuto palesemente anche dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza n. 179 del 2019; ma già prima rilevano a tal fine le sentenze n. 68 e 245 del 2018.

⁶⁶ Si vedano P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, cit., 87; R. Míguez Nuñez, *Note minime*, cit., 1087-1089; C. Salvi, *Proprietà privata e funzione sociale*, in *Trattato di diritto del territorio*, a cura di F.G. Scoca, P. Stella Richter e P. Urbani, Torino, 2018, 81 ss.; V. Cerulli Irelli, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, a cura di P. Urbani, Torino, 2015, 19; E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, ivi, 87; P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014, 110 ss.; S. Rodotà, *La proprietà e le proprietà*, cit., 289; S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Milano, 1954. Ma anche dalla giurisprudenza costituzionale sono arrivate indicazioni in questo senso: si veda, ad esempio, la sentenza della Corte cost., 18 aprile 2011, n. 151.

⁶⁷ Tale dato per quanto evidente non può risultare appagante, però, rispetto alle sfide moderne. La ricostruzione di un caso legato agli obblighi di bonifica citato in A. Nervi, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, cit., 423, certifica chiaramente questo; quel compromesso di compatibilità garantisce la proprietà nell'acquisizione delle risorse naturali, ma risulta non così forte quando si tratta di tutelare *in primis* le risorse naturali.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

disinteresse. Nonostante nel concreto si possano determinare relazioni di disinteresse tra proprietario e *res*, l'istituto della proprietà non fa venir meno il carattere dell'esclusività, cosicché un bene di proprietà, per quanto abbandonato, lasciato in disuso o infruttuoso, è precluso dall'azione compiuta da soggetti terzi se non vi è il consenso del proprietario. Si sottolinea che in questo caso l'elemento decisivo per prospettare soluzioni giuridiche diverse a carico del proprietario è la relazione di disinteresse che può essere accertata sia nei comportamenti concreti coerenti e compiuti, sia attraverso atti giuridici. L'assenza di un interesse diretto del proprietario verso il bene cambia i parametri giuridici di riferimento, perché crea uno squilibrio⁶⁸. Infatti, si deve intendere che l'art. 42 Cost. opera un bilanciamento quando sorge un bisogno di arbitrare interessi concorrenti sulla stessa risorsa naturale, quelli del proprietario e quelli di interesse pubblico, rispetto ai quali esigenze di garanzie richiedono che sia la legge a intervenire; ma, se per ipotesi, la relazione tra proprietario e bene è di disinteresse, si ritiene che non venga più in considerazione quel parametro costituzionale perché, a fronte dell'interesse di solidarietà intergenerazionale, che ora è immanente per ogni risorsa naturale, non si manifesta più l'interesse concorrente individuale del proprietario. In quest'ultima situazione l'esclusività dell'uso del bene si trasforma in un privilegio che non appare più giustificato perché l'interesse singolare non esiste o non è manifestato oppure è manifestato proprio in senso contrario⁶⁹. Eppure, a oggi, con limitate eccezioni, la signoria espressa dalla relazione di proprietà consentirebbe al titolare del diritto reale perfino di distruggere la *res* proprio in ragione del suo pieno disinteresse⁷⁰. Di più: l'attuale configurazione codicistica del diritto di proprietà non solamente priva la possibilità di usi alternativi di terzi della proprietà abbandonata, ma consente addirittura di accollare allo Stato le proprietà private che costituiscono un disvalore economico con un mero atto di rinuncia unilaterale non recettizio (art. 827 c. c.)⁷¹. La proprietà è dunque configurata come uno spazio di esercizio di

⁶⁸ Sul tema mi sono soffermato anche in F. Giglioni, *La sostenibilità come vincolo giuridico per la rigenerazione urbana*, cit., 39-43.

⁶⁹ Cfr. C.A. Graziani, *Terra e proprietà ambientale*, in *Diritto privato. Studi in onore di A. Palazzo*, a cura di A. Donati, A. Garilli, S. Mazarese e A. Sassi, Milano, 355 ss., che sottolinea proprio il caso dell'abbandono della proprietà.

⁷⁰ Il tema è affrontato con osservazioni di grande interesse da R. Míguez Nuñez, *Note minime*, cit., 1083-1088.

⁷¹ L'impossibilità per i beni immobiliari di essere privi di un proprietario comporta che la rinuncia espressa di un titolare del diritto reale comporti in automatico il passaggio ad altro soggetto, che l'art. 827 c.c. individua nello Stato. È evidente il forte squilibrio che questo comporta in termini di distribuzione dei diritti, tutti in capo al proprietario, e dei doveri, tutti in capo allo Stato e, quindi, alla collettività. Di recente su questo si è soffermato

diritti che si articola in facoltà molto variegata, a cui si accompagna un carico di responsabilità che appare non più adeguato rispetto alle condizioni di grande scarsità che vivono le risorse naturali⁷².

È su questo versante della relazione proprietaria, allora, che la novità costituzionale del 2022 deve essere esplorata⁷³. Infatti, nella misura in cui la *res* oggetto di disinteresse è una risorsa naturale o un bene che già sacrifica una risorsa naturale, capace di ospitare, alimentare e rinnovare biodiversità e ecosistemi, si ritiene che l'uso esclusivo non può essere considerato più intangibile. Difendere l'esclusività della relazione proprietaria su un bene caratterizzato da disinteresse significa compromettere in modo non proporzionato la salvaguardia della trasmissione delle risorse naturali, soprattutto quando queste siano già compromesse o in condizione di essere compromesse in virtù dell'abbandono⁷⁴. Come è stato messo bene in evidenza, la insistenza sullo stesso bene di una pluralità di interessi di diversa natura assegna al proprietario più che un ruolo di signoria una funzione di custodia⁷⁵; ebbene, l'abbandono è sintomo di un esercizio non adeguato della funzione custodiale che può legittimare usi diversi proposti da terzi. La sostenibilità ambientale caratterizzata dalla solidarietà intergenerazionale enuclea una

L. Follieri, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli, 2022. Si veda anche C. Bona, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, anche per la ricostruzione storica di questa previsione. Il tema è affrontato da una prospettiva pubblicistica da M. Demichelis, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Napoli, 2023, 77-79.

⁷² Nella relazione tecnico-scientifica pubblicata da Ispra alla fine del 2023, *Statistiche ambientali per le politiche di coesione 2014-2020*, quello del consumo di suolo è indicato come una delle condizioni più aggravate negli ultimi anni (72-97).

⁷³ È utile in questo senso il concetto di proprietà ambientale utilizzato da Pennasilico, definendo quella proprietà di risorse naturali che è intrinsecamente connotata da una fruizione collettiva e inclusiva e non più esclusiva; cfr. M. Pennasilico, "Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1261-1271. Si veda anche P. Chirulli, *I beni comuni*, cit., 9-13.

⁷⁴ Cfr. R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., 83, il quale ricorda che per la solidarietà intergenerazionale «l'interesse della presente generazione non può prevalere sempre e necessariamente nei confronti degli interessi umani di chi ancora deve venire ad esistenza» e, se questo è vero, il caso della proprietà abbandonata si presta bene a misurare tali condizioni di convivenza tra questi interessi.

⁷⁵ Si veda così E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., 86-89; E. Boscolo, *Il suolo quale matrice ambientale e bene comune: il diritto di fronte alla diversificazione della funzione pianificatoria*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, 1114. Tesi ripresa anche da R. Míguez Nuñez, *Note minime*, cit., 1094. In termini simili anche M. Pierri, *Il limite antropocentrico*, cit., 293, quando sottolinea che la valorizzazione del tratto personalistico della Costituzione italiana è finalizzato non ad assegnare un privilegio all'individuo, ma – viceversa – un obbligo di salvaguardia responsabile che deriva dal valore relazionale del concetto stesso di persona.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

sorta di diritto contro lo spreco delle risorse naturali⁷⁶, da cui si possono ricavare forme di legittimazione per azioni di due tipi: l'opposizione (della Repubblica, nel senso ampio sopra chiarito) alla distruzione delle risorse naturali o l'uso da parte di terzi, previo accertamento dell'irragionevole permanenza della relazione esclusiva col proprietario quando i motivi a sostegno del sacrificio di una risorsa naturale non sono più aggiornati e rinnovati.

Se si prende il suolo come esempio, quanto detto potrebbe significare che l'abbandono di proprietà può diventare rilevante in due modi. Il primo è dato dal degrado della risorsa naturale a causa dell'abbandono. Fin qui l'azione umana è stata pensata come una minaccia per le risorse naturali e per il buon funzionamento degli ecosistemi, ma è noto che in alcuni contesti territoriali il presidio umano è viceversa rilevante anche per l'equilibrato sviluppo degli ecosistemi⁷⁷. Si pensi alla cura dei boschi o delle foreste o al contributo positivo (si sorvola qui sui rischi negativi, che pure ci sono) dell'azione agricola per la vegetazione e la diminuzione dei parassiti, ecc. In questi casi l'abbandono rileva perché la risorsa naturale scade in qualità e riduce la sua funzione ecosistemica, nel momento in cui la salvaguardia è ritenuta fondamentale per un contesto già fortemente degradato. L'altro modo in cui l'abbandono può rilevare è quando riguarda gli edificati per la ragione che, specie quelli che hanno alla base la sigillatura del suolo, il sacrificio della risorsa naturale non è più compensato da una funzione sociale. Se è legittimo ai sensi dell'art. 42, c. 2, Cost., ipotizzare il sacrificio del suolo quando ricorrono interessi che si traducono in un uso attivo del bene, anche se a fini strettamente individuali, l'abbandono rende la privazione della risorsa naturale non più giustificata, così da legittimare azioni che sono finalizzate o al ripristino della risorsa naturale o all'aggiornamento delle ragioni che ne hanno consentito l'originaria perdita per nuove funzioni di carattere sociale.

A ciò non potrebbe essere opposta una generica considerazione secondo cui in realtà tra proprietario e bene non sussisterebbe mai una condizione di disinteresse per il semplice fatto che la terra in disuso può essere considerata in attesa di rivalutazione per effetto di nuovi strumenti pianificatori, che ad esempio potrebbero rendere edificabili o rimuovere alcuni vincoli, perché questa impostazione apparirebbe incostituzionale⁷⁸, dal momento

⁷⁶ Si veda in questi termini anche M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale"*, cit., 8-9.

⁷⁷ Si pensi anche al tema della prevenzione degli incendi boschivi come funzione assegnata all'uomo; cfr. R. Stupazzini, *Il governo degli incendi boschivi alla luce dei più recenti interventi normativi. Profili organizzativi e attività amministrative nelle diverse fasi di gestione dell'evento*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2022, 285 ss.

⁷⁸ In questo senso si è, d'altronde, già espressa la Corte costituzionale nelle sentenze

che – ancora una volta – assolutizzerebbe l'interesse esclusivo del proprietario a scapito della tutela della risorsa naturale per le generazioni future⁷⁹. A differenza di quanto dedotto da due famose sentenze della Corte costituzionale, la n. 55 del 1968 e la n. 5 del 1980, la proprietà più che esprimere un contenuto minimo⁸⁰ esprime un contenuto massimo⁸¹.

Da questa condizione possono gemmare forme di azioni legittime che possono spaziare dall'estensione della legittimazione processuale per la tutela delle risorse naturali⁸² ai procedimenti di contestazione di abbandono dei beni privati o pubblici per prospettare usi alternativi⁸³; dagli oneri motivazionali aggravati per l'uso non coerente del bene alla salvaguardia delle generazioni future⁸⁴ alla limitazione delle scelte alternative al riuso dei beni abbandonati quando consumano nuove risorse naturali; dagli incentivi economici finalizzati all'uso della risorsa naturale sprecata fino a determinare parametri per la determinazione degli oneri di responsabili-

n. 126/2016 e poi n. 276/2020, laddove è stato chiarito che l'aspettativa edificatoria dei privati – in questo caso, peraltro, fondata su atti amministrativi che la giustificavano – non è un elemento idoneo a impedire la tutela del bene di valore ambientale.

⁷⁹ Cfr. anche G.A. Primerano, *Il consumo di suolo*, cit., 113. Più recentemente si veda P. Piras, *L'uso sostenibile del suolo e la città giusta*, in *Riv. quad. amb.*, 2023, 145-147, che configura il suolo urbano come bene intrinsecamente comune, in quanto destinato necessariamente a fornire servizi essenziali per le comunità umane.

⁸⁰ Cfr. A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 476-479, il quale vede nella riserva relativa di legge dell'art. 42, c. 2, Cost., la conferma che l'acquisto, il godimento e l'accesso costituiscono il contenuto minimo della proprietà assicurata ai titolari, eventualmente limitabile per legge.

⁸¹ Cfr. R. Míguez Nuñez, *Note minime*, cit., 1084-1085, che riprende C.A. Graziani, *La terra: oggetto di possesso o bene comune?*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 2013, 1, 22. In termini sostanzialmente simili V. Cerulli Irelli, *Statuto costituzionale della proprietà privata*, cit., 41-42, quando nota che non solamente esistono aree in cui l'edificazione non è possibile o è estremamente limitata da atti di pianificazione senza che questo comporti nessuna rivendicazione da parte del proprietario, ma anche le aree edificabili lo sono nella misura in cui soddisfano esigenze di diritto pubblico.

⁸² Ne fanno un cenno anche R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022*, cit., 78-79; E. Mostacci, *Proficuo, inutile o dannoso?*, cit., 1133; F. Giglioni, *La legittimazione processuale per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413 ss.; A. Cioffi, *Paesaggio, ambiente e «beni comuni» nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. agroal.*, 2016, 463 ss.; S. Settis, *Azione popolare*, Torino, 2012, 227.

⁸³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 202 del 2021, anche se la pronuncia riguarda più i rapporti tra comuni e regioni, presenta spunti interessanti ai fini del discorso che qui si sta conducendo a proposito dei beni abbandonati.

⁸⁴ Cfr. P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio*, cit., 59; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., 525-526.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

tà⁸⁵. In altre parole i nuovi parametri costituzionali possono creare le condizioni giuridiche di responsabilità dei proprietari nel caso in cui procedano ad abbandoni.

5. Ricadute esemplificative

Nell'economia di questo contributo non è possibile esaminare nel dettaglio tutte le ricadute che possono determinarsi dalla ricostruzione offerta; ci si limita, pertanto, a dare alcuni cenni di possibili conseguenze.

Si pensi al caso dell'art. 838 c.c., la cui applicazione può trovare nuove cause, fornendo elementi per aggiornare le finalità che consentono ai comuni di espropriare beni abbandonati nelle città⁸⁶. L'enucleazione di un nuovo significato della sostenibilità ambientale sarebbe in grado di arricchire le cause di espropriazione dei comuni per i beni abbandonati. La norma è inoltre interessante per chiarire anche un altro aspetto: l'art. 838 c.c. conferma che la reazione dei pubblici poteri all'abbandono in termini di espropriazione richiede la base legale, perché questo è espressamente previsto dall'art. 42, c. 3, Cost. Tuttavia, si potrebbe avanzare un'interpretazione secondo la quale la sostenibilità in senso forte crea le condizioni anche per legittimare usi alternativi dei beni abbandonati senza ricorrere necessariamente a espropriazione. L'art. 838 cod. civ. potrebbe, da un lato, apparire rinnovato nelle sue cause di applicazione e, dall'altra, costituire l'estrema forma di garanzia a tutela del potere di disposizione del bene, entro la quale, però, sarebbe possibile registrare una compressione del diritto di godimento del proprietario⁸⁷. Così si può riprendere la distinzione tra misure ablatorie ed espropriative: solo queste ultime, in quanto causa dell'estinzione del diritto, obbligano

⁸⁵ Si esercita a immaginare diverse soluzioni in questo senso R. Míguez Nuñez, *Note minime*, cit., 1099-1103.

⁸⁶ Sul tema A. Nervi, *Beni urbani, interessi rilevanti e strumenti di organizzazione e rappresentanza*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio, F. Gigliani, 2017, 54-55.

⁸⁷ Sul punto specificamente *Ibidem*, 55 e 60. Si veda anche B. Boschetti, *L'impatto della funzione di rigenerazione degli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio, F. Gigliani, Bologna, 2017, 200-201. La distinzione tra diritti d'uso e diritti di disposizione riferiti al diritto proprietà con graduazione degli effetti quando si ragiona di limiti alla proprietà è accolta anche in sede europea; cfr. C. giust. Ue, 22 gennaio 2022, C-234/20, *SIA „Sātiņi-S”*, m. 61, in cui chiaramente si stabilisce che la limitazione dell'uso non necessita di indennizzo a differenza dell'ipotesi di espropriazione. Anche se con toni meno espliciti di quanto fatto nella sentenza appena menzionata, è utile vedere anche C. giust. Ue, 10 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*.

all'indennizzo, mentre le prime, non considerate dalla costituzione, possono trovare spazio ampio nell'ordito normativo con compressioni varie del diritto di proprietà e delle facoltà che lo compongono⁸⁸.

Ulteriori ricadute di questa impostazione riguardano forme di responsabilità che possono essere attivate per i dirigenti che rimangono inerti di fronte al deperimento di beni patrimoniali pubblici abbandonati invece di realizzare nuove progettualità di riutilizzo⁸⁹ o nel caso in cui non pretendano l'esecuzione di contratti di lottizzazione per la realizzazione e la cessione di aree verdi, come contributo alla rinaturalizzazione dei contesti urbani⁹⁰. In questo modo i soggetti pubblici possono ridefinire intorno a beni abbandonati nuove politiche pubbliche, sviluppare forme di co-progettazione insieme a enti del terzo settore o perfino politiche di rigenerazione a scopo civico, sviluppando interessi di comunità intorno al bene abbandonato, dando così sostanza a esperienze di amministrazione condivisa⁹¹. D'altra parte, sono piuttosto numerosi oramai i provvedimenti normativi che indicano alle autorità pubbliche di utilizzare i beni pubblici disponibili e abbandonati per sviluppare specifiche politiche⁹².

Analogamente le regioni hanno approvato disposizioni normative che intendono intervenire su beni abbandonati con procedure che le pubbliche

⁸⁸ Fondamentale per questa distinzione è la ripresa dello studio di M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, spec. 485-488 e 498.

⁸⁹ Cfr. M. Asaro, *Immobili pubblici in disuso: alle pubbliche amministrazioni nuove opportunità per la gestione del patrimonio, la rigenerazione urbana e lo sviluppo*, in *LexItalia.it*, 2021, 1 ss.

⁹⁰ Un caso di grande interesse è dato dalla sentenza della Corte dei Conti, Umbria, 30 novembre 2022, n. 104, in cui il giudice contabile rintraccia la responsabilità a carico di dirigenti che non abbiano preteso la realizzazione e cessione di aree verdi in esecuzione di una convenzione di lottizzazione. A parere del giudice la cessione delle aree verdi si presenta come un obbligo che riflette correttamente la piena conformazione della proprietà per gli interessi generali e che appare in linea con il nuovo art. 9 cost. Cfr. G. Marletta, *La cessione delle aree verdi a tutela dell'interesse generale*, in *www.labsus.org*, 2023, a commento di tale sentenza.

⁹¹ Il modello dell'amministrazione condivisa, oggi riconosciuto anche dal legislatore nell'art. 6 del codice dei contratti pubblici, ha radici profonde nel pensiero di Gregorio Arena e fondamentale resta il lavoro G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., 29 ss. Per avere una sintesi degli sviluppi successivi e dell'avanzamento del modello si consiglia la lettura dei saggi inclusi in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena e M. Bombardelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁹² A titolo di esempio si possono citare l'art. 18, l. n. 84 del 1994, per l'uso delle aree demaniali e banchine da parte delle Autorità portuali; gli art. 20, c. 1 e 23 per l'individuazione delle aree dove collocare impianti per fonti rinnovabili o il riuso di piattaforme petrolifere abbandonate; art. 1, c. 2-*decies*, d.l. n. 59/2021, per il potenziamento degli interventi di edilizia residenziale pubblica; l'art. 4, c. 2, d.lgs. 75/2018, per l'affidamento di terreni abbandonati per la coltivazione di piante officinali; gli artt. 3, 4 e 5 l.n. 158/2017, per il rilancio dei piccoli borghi.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

autorità possono attivare anche nei confronti dei beni privati abbandonati. Particolarmente importante è in questo senso l'art. 40-*bis*, l. r. Lombardia n. 12/2005, che consente ai comuni di includere negli strumenti di pianificazione il patrimonio edilizio, dismesso da oltre un anno, che causa, tra le altre cose, «degrado urbano»⁹³.

Un altro strumento che potrebbe ricevere impulso da una rilettura forte della sostenibilità a carico dei beni di proprietà abbandonati è la pratica di *building freezing*, attraverso la quale il bene diviene di interesse pubblico per sviluppare politiche di carattere culturale a base ecologica⁹⁴. Si pensi, ad esempio, alla diffusione degli ecomusei. In ambito urbanistico o edilizio la sostenibilità forte consente di favorire pratiche di riuso temporaneo⁹⁵ che possono riguardare sia beni pubblici, sia beni privati, andando anche oltre quelle che sono le attuali previsioni normative (art. 23-*quater*, d.P.R. 380/2001)⁹⁶ o forme di recupero di ciò che non è più attuale rispetto alla pianificazione (art. 3-*bis*, d.P.R. 380/2001)⁹⁷. In termini analoghi agiscono i regolamenti per i beni comuni urbani e i patti di collaborazione, che agiscono spesso su beni e spazi abbandonati⁹⁸. Su altro versante possono trovare nuovi sviluppi istituti già conosciuti come i contratti di fiume⁹⁹, i contratti di lago, ecc., nonché incentivi che riguardano il pagamento dei servizi eco-sistemici¹⁰⁰, la cessione volontaria d'uso della proprietà¹⁰¹ o attivazione

⁹³ Contenuti in parte simili si ritrovano anche nell'art. 36, l. rg. Emilia Romagna, n. 24/2017 e art. 1, l. rg. Liguria n. 23/2015.

⁹⁴ Si vedano le suggestive proposte di S. Rusci, *La città senza valore*, Milano, 2021, 137-140.

⁹⁵ Cfr. G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. amm.*, 2021, 475 ss.

⁹⁶ Sul riuso transitorio cfr. M. Demichelis, *Il governo digitale del territorio*, cit., spec. 92 ss.; G.A. Primerano, *Il consumo di suolo*, cit., 182-185.

⁹⁷ Per qualche esempio in proposito, si veda ancora G.A. Primerano, *Il consumo di suolo*, cit., 123-126 e B. Boschetti, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in *Federalismi.it*, 2015, *passim*. In termini generali si veda anche C. Lauri, *Smart city ed economia circolare*, in *Studi in tema di economia circolare*, a cura di F. De Leonardis, Macerata, 2019, 178.

⁹⁸ La letteratura su questo punto è molto ampia. Per sintesi si rinvia al recente e attento studio di G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 441 ss. Il tema è affrontato da una prospettiva più ampia con riferimento proprio ai beni comuni e/o abbandonati da G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, *passim*.

⁹⁹ Cfr. A. Formica, *Il contratto di fiume quale strumento privilegiato per il contrasto al dissesto idrogeologico*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2021, 900 ss.; A. Portera, *I contratti di Fiume*, in *Federalismi.it*, 18, 2017.

¹⁰⁰ Cfr. A. Lalli, *I servizi ecosistemici*, cit., 53-57. Si veda anche A. De Nuccio, *L'incentivazione economica dei servizi agro-ecosistemici per un nuovo modello di sviluppo nell'ambiente rurale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 94 ss.

¹⁰¹ Cfr. G. Mocavini, *Il prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020, 32-41.

di forme di responsabilità a carico del proprietario inerte e indisponibile a favorire progetti di riutilizzo con possibile ridefinizione anche degli obblighi a carico nel caso delle bonifiche¹⁰².

Indubbiamente, da questo punto di vista, una delle discipline più avanzate sul piano del riuso dei terreni abbandonati è il testo unico delle foreste (d.lgs. n. 34/2018). Questa legge, non solamente è una delle poche a offrire anche una definizione chiara di “terreno abbandonato”, individuando precisamente i presupposti e le condizioni per identificarli (art. 3, c. 2, lett. *g*), ma anche art. 5, c. 2, lett. *a*) e *c*)), ma autorizza le regioni a intervenire in via surrogatoria su terreni abbandonati quando a farlo non siano i proprietari, anche in consorzio tra loro, e qualora non sia possibile trovare un accordo (art. 12, c. 3). Il ricorso agli interventi sostitutivi per la salvaguardia dell’assetto idrogeologico, la prevenzione e il contenimento di incendi e del degrado ambientale, da parte delle regioni può essere diretto o affidato a vari soggetti pubblici o privati, che la norma individua, i quali dunque sono autorizzati ad agire su beni privati lasciati in disuso.

Naturalmente ognuna di queste azioni, che non sono neppure complete, meriterebbe un approfondimento ulteriore, soprattutto nel caso in cui siano coinvolte proprietà private e si registri l’indisponibilità del proprietario a favorire soluzioni di riutilizzo. A tal proposito ci si limita a dire che di fronte all’abbandono l’impegno della Repubblica sancito ora dall’art. 9 Cost. si traduce in una forma di responsabilità del proprietario¹⁰³, per il quale andranno elaborate soluzioni nuove che incidano sul diritto di godimento. Il punto più complesso da risolvere giuridicamente è quando considerare un immobile abbandonato. Come visto dianzi, solo pochi testi normativi offrono una definizione di bene abbandonato con precisazione delle condizioni specifiche; si tratta, però, di indicazioni normative a carattere funzionale, i cui effetti sono limitati per gli scopi delle relative discipline. In tutti gli altri casi o le norme non si preoccupano di dare una definizione, lasciando però problemi di incertezza giuridica, o tacciono completamente. Se, però, quan-

¹⁰² Sul tema cfr. S. Bocchini, *Lo statuto del sito contaminato*, cit., 214-220. In questa chiave sono di grande utilità le riflessioni sviluppate all’interno del lavoro *Diritto e rigenerazione dei brownfields*, a cura di M. Passalacqua e B. Pozzo, Torino, 2019.

¹⁰³ In questo senso appaiono di particolare interesse le valutazioni svolte in F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, cit., 270-274, sulla trasformazione della proprietà in forma di responsabilità, che l’a. applica con riferimento all’affermazione dell’economia circolare, ma che presenta spunti di ulteriore approfondimento. L’idea del riciclo dello sviluppo dei suoli applicato agli edificati è affrontato da E. Fontanari e G. Piperata, *Re-cycle degli spazi urbani: un’introduzione*, in *Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. Fontanari e G. Piperata, Bologna, 2017, 9 ss.

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

to affermato fin qui ha un fondamento, occorrerà verificare se sia possibile utilizzare per via analogica procedure che già sono in uso nell'ordinamento per procedere a spossamento di beni in proprietà. Anche se il tema è tutto da indagare e da esplorare, un'ipotesi possibile da percorrere potrebbe essere l'applicazione per analogia dell'art. 609 c.p.c., supponendo di poter sostituire le autorità pubbliche competenti agli ufficiali giudiziari. Si tratta solo di suggestioni che, naturalmente, meritano ulteriori approfondimenti.

6. Conclusioni

La riforma costituzionale del 2022 si situa in un contesto storico globale in cui i temi della tutela ambientale sono avvertiti con urgenza. Anche l'ordinamento europeo, che in questo contributo è rimasto sullo sfondo, ha aiutato questo processo mettendo in campo un nuovo programma regolatorio che appare ispirato a soluzioni ben più incisive di quelle accennate nei trattati costitutivi¹⁰⁴. Per questa ragione si ritiene che la riformulazione degli art. 9 e 41 sia in grado di incidere profondamente sugli assetti giuridici dell'ordinamento. In proposito si è parlato anche della ridefinizione di un nuovo patto costituzionale¹⁰⁵, in cui la persona umana si ridefinisce non più solamente intorno alla libertà e alla solidarietà sociale, ma anche al rispetto degli equilibri biologici e naturali¹⁰⁶.

Se così è, siamo di fronte a un cambiamento che può generare trasformazioni profonde che al momento appaiono solo in parte visibili. Una di queste è proprio il rapporto con la proprietà¹⁰⁷. La relazione tra le novità costituzionali del 2022 e la proprietà è apparentemente invisibile, eppure

¹⁰⁴ Su questo tema, per economia di spazio, si sorvola e si rimette alle considerazioni interessanti e condivisibili di B. Boschetti, *Eco-design giuridico*, cit., 830-832; E. Chiti, In motu, cit., *passim*; M. Monteduro, *La tutela della vita*, cit., 440-441; E. Chiti, *Verso una sostenibilità plurale?*, cit., *passim*.

¹⁰⁵ Si veda così A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione*, cit., 119-121.

¹⁰⁶ Cfr. M. Pierri, *Il limite antropocentrico*, cit., 290-295. Si sono a tal fine anche sprecate nuove definizioni che sottolineano in modo nuovo la centralità della persona umana arricchendo quest'ultima degli elementi biologici. Si veda, ad esempio, il concetto "ecoantropocentrismo" in S. Latouche, *Breve trattato sulla decrescita felice*, Torino, 2008, 122, quello di "umanesimo ecologico" di M. Pennasilico, *L'insegnamento del diritto privato tra modello tradizionale e problematiche attuali (Manifesto per un diritto privato ecosostenibile)*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 656 o, infine, quello di "antrobiocentrismo" (A.M. Chiariello, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022, 464).

¹⁰⁷ La questione è evidenziata anche da L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale"*, cit., 1084.

una lettura sistematica della norma porta a ben altre conclusioni. La Costituzione, pur continuando a ignorare esplicitamente il concetto di sostenibilità, lo abbraccia implicitamente restituendone una valenza plurale¹⁰⁸. Accanto a una formulazione che non sembra essere lontana da quella dello sviluppo sostenibile conosciuto fin qui, teso a bilanciare interessi contrapposti da posizioni paritarie, si ravvisano motivi per rintracciare altre indicazioni: una è volta a stabilire la priorità della tutela ambientale sull'uso produttivo della proprietà se inserita in un programma definito per legge, l'altra, viceversa, è finalizzata a contrastare il disuso della proprietà quando questo compromette la risorsa naturale.

È indubbio che da questo scenario emerga un complesso di situazioni giuridiche e di poteri che si articolano lungo facoltà che conoscono legittimazioni asimmetriche: in alcuni casi, il bilanciamento equilibrato degli interessi contrapposti appare confermato, in altri esso si produce da posizioni iniziali che non possono essere considerate più paritarie¹⁰⁹. Assume così nuova luce la priorità degli interessi ambientali, i quali, se correttamente non possono essere considerati mai assoluti, ugualmente impongono una graduazione della ponderazione con gli altri interessi, in cui si parte innanzitutto dalla protezione ambientale per poi trovare adattamenti di secondo livello con altri interessi di natura esclusiva¹¹⁰. E se l'esortazione di Caravita resta

¹⁰⁸ La connotazione plurale qui in discussione è diversa da quella affrontata da E. Frediani, *Il paradigma trasversale*, cit., *passim*, che è più volta ad accertare il mutamento nel tempo dello sviluppo sostenibile, senza però approdare a una valenza anche precettiva della sostenibilità al di fuori del condizionamento procedimentale.

¹⁰⁹ Si tratta di una conclusione che può evocare quella sollecitata da altri autori, in cui la sostenibilità è vista come forma di giustizia delle transizioni trasformanti; cfr. B. Boschetti, *Eco-design giuridico*, cit., 837.

¹¹⁰ Tale rilettura dovrebbe rilanciare il carattere prioritario degli interessi ambientali, partendo da un rifiuto dell'impostazione adottata dalla Corte costituzionale nella prima sentenza ILVA (sent. n. 85 del 2013). In quella circostanza il giudice costituzionale ha operato una forzatura strumentale del concetto di interesse primario, finendo per banalizzarlo. Dicendo, infatti, che il carattere primario non autorizza un'applicazione tirannica del valore ambientale, la Corte ha strumentalmente estremizzato il concetto, finendo per dire che esso sta solo a significare che non possa essere ignorato al confronto con altri interessi. In realtà dire che in alcune circostanze si verificano condizioni per cui un interesse ha rilievo prioritario significa che in una scala di mediazioni vi sono situazioni in cui quelli prioritari sopravanzano entro limiti di compatibilità più ristretti per gli altri interessi, che ugualmente, però, non vengono ignorati. I valori riconosciuti in Costituzione devono sempre trovare bilanciamenti di coesistenza e questo dipende dal solo fatto di essere presenti o riconosciuti nella carta fondamentale; attribuire questo significato al fatto che alcuni siano considerati primari elude il significato proprio di una chiara prevalenza che quell'aggettivo vuole esprimere. Per una critica alla sentenza ILVA 1 o, comunque, una riconsiderazione alla luce della riforma costituzionale del

la proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9

tuttora valida nell'ammonire ad approcci fondamentalisti¹¹¹, è anche vero che lo spazio per il bilanciamento paritario si è ridotto, perché le situazioni giuridiche soggettive conosciute sono ridefinite dagli oneri di responsabilità per il futuro¹¹². In questo modo le situazioni giuridiche classiche degli ordinamenti liberali sono inserite in nuovi spazi giuridici creativi in cui le stesse sono riadattate e ridefinite in nome della responsabilità. L'ingresso in costituzione di un futuro della responsabilità non sovverte quello classico di libertà degli ordinamenti liberal-democratici, ma ne cambia i connotati in nome della salvaguardia stessa dell'umanità. È l'avvio di una nuova fase della storia del diritto dell'ambiente, che entra in gioco con la ricchezza di chi ha saputo interpretare in modo sapiente tutta la prima, e che ci proietta verso un ordinamento dai tratti fortemente innovativi¹¹³.

Abstract

The protection of the environment is not only a value of a global nature, but it can also now be considered a global constitutional value, given its provision in most of the founding charters of countries. Italy is no exception, which in 2022 expressly introduced such protection within Article 9 of the Constitution with Constitutional Law no. 1/2022. This innovation generates significant implications on a legal level, particularly with regard to the right to property and its conditioning due to the “environmental value”, which are the mainly considered in this paper.

2022, A. Morrone, *L'«ambiente» nella costituzione*, cit., 109-111; M. Pennasilico, *La “sostenibilità ambientale”*, cit., 41-46 e anche 53-54. Si veda anche G. Di Plinio, *La protezione integrale della natura*, in *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, Milano, 2008, 1 ss. Il ragionamento qui proposto è simile a quello sostenuto a proposito dell'autorizzazione integrata ambientale da M. D'Angelosante, *Il PNRR e le semplificazioni*, cit., 280-281, la quale sostiene che questa inversione delle priorità comporta che si parta dalla protezione dell'ambiente cui applicare indici di mitigazione progressivi.

¹¹¹ Si veda la citazione del dibattito tedesco degli anni Ottanta fatta proprio da Caravita per ribadire che il rispetto delle procedure democratiche si rende incompatibile con approcci assolutistici ai temi ambientali; cfr. B. Caravita, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 352.

¹¹² Cfr. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative*, cit., 67-69, che distingue, infatti, tra ipotesi in cui l'interesse pubblico primario collegato all'ambiente resta bilanciabile con i necessari compromessi sociali e ipotesi in cui invece la salvaguardia del primo non è rinunciabile.

¹¹³ La dottrina usa, a questo proposito, concetti quali quello di “Stato ambientale” (si veda L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo “Stato ambientale”*, cit., *passim*); “Stato circolare” (si veda F. De Leonardis, *Economia circolare*, cit., 202-207); “Stato ecologico” (si veda ancora F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico*, cit.) proprio per segnalare queste trasformazioni.

MARCO BEVILACQUA

L'ESERCIZIO DEI POTERI PUBBLICI PER LO SVILUPPO DELLE INFRASTRUTTURE DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. La transizione dal monopolio naturale alla liberalizzazione (e dunque all'oligopolio di mercato) nelle telecomunicazioni. – 2. L'evoluzione del mercato europeo delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche. – 3. Deroghe ed eccezioni al principio di libera concorrenza. – 3.1. Il paventato contrasto con il divieto degli aiuti di Stato. – 3.2. I modelli di intervento pubblico consentiti dal diritto eurounitario e dal diritto interno nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 4. L'accesso «riservato» dello Stato alla luce della procedura ad evidenza pubblica. – 5. L'auspicata configurazione autonoma del servizio di cablaggio. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. La transizione dal monopolio naturale alla liberalizzazione (e dunque all'oligopolio di mercato) nelle telecomunicazioni

A partire dall'Unità d'Italia¹, sino agli anni Ottanta del secolo scorso, i servizi delle telecomunicazioni (inizialmente inclusivi anche di quello postale) erano assoggettati a una preponderante riserva statale². Ne derivò la prevalenza del carattere di “servizio pubblico” rispetto agli interessi prettamente industriali, egualmente caratterizzanti la tipologia dei servizi in discorso. In questo contesto, l'aggettivo “pubblico” aveva carattere soggettivo, in quanto dipendeva dalla natura dell'ente erogante.

¹ Tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento si diffuse la tendenza ad affiancare allo sviluppo sociale, derivante dalla seconda rivoluzione industriale, uno Stato forte e coeso e a tal fine furono “pubblicizzati” i servizi essenziali di livello nazionale e municipale: per una ricostruzione puntuale delle trasformazioni avvenute in quel periodo cfr. A. Sandulli, *La grande “pubblicizzazione” tra Ottocento e Novecento*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, Giappichelli, 2021, 228 ss.

² In questo senso, cfr. M. Mazziotti, *La posta, il telegrafo, il telefono*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, 1914, 293, citato da M. Clarich, G.F. Cartei, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2004, 3.

Il monopolio naturale³ così costruito era retto dal principio giuridico secondo cui le imprese di servizi pubblici dovessero essere di titolarità pubblica. Sia il regio decreto 27 febbraio 1936, n. 645 – che contiene il codice postale e delle telecomunicazioni –, sia il regime repubblicano e la Costituzione del 1948 (si pensi all’art. 43), non hanno scalfito la solidità di questa impostazione. Tuttavia, la dismissione di gran parte delle partecipazioni statali negli anni Ottanta e Novanta fu influenzata, oltre che dalla cogente preminenza del diritto dell’Unione europea in materia di concorrenza, anche da una posizione⁴ di generale reticenza nei confronti della condizione di monopolio assunta dalla letteratura economica dell’epoca, in quanto si riteneva che potesse comportare una riduzione del benessere dei consumatori.

Alla luce di queste tendenze eurounitarie, l’ordinamento giuridico si arricchì di concetti, come quello del mercato unico e del principio di libera concorrenza, che hanno contribuito all’abbrivio di un lungo processo di rinnovamento del settore delle telecomunicazioni⁵, hanno comportato l’ampliamento del novero dei soggetti tenuti all’erogazione dei servizi pubblici in parola, contribuendo a scollegare il concetto di pubblicità del servizio dalla natura dell’ente erogante.

³ Con questa espressione si intende far riferimento non già all’istituto giuridico del monopolio, bensì al modello economico che ricomprende anche l’eventuale concessione del servizio ai privati, geneticamente riservato allo Stato. L’espressione in discorso descrive un insieme di situazioni complesse che appartengono a una vera e propria ideologia: è noto che in Francia il monopolio costituisce una manifestazione della *puissance publique* ma non rappresenta un fallimento del mercato come paventato dalla Scuola economica di Chicago (su quest’ultimo punto, cfr. in via riassuntiva R.A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1978, 925; si veda pure *ex multis* A.C. Harberger, *Monopoly and resource allocation*, Berlino, Springer, 1995, 77-90, R.A. Posner, *The social costs of monopoly and regulation*, in *Journal of political Economy*, 83, 1975, 807-827, G. Tullock, *The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft*, in *Economic Inquiry*, 5, 1967, 224-232. Ne consegue che il regime giuridico di un servizio pubblico non dipende interamente dalla normativa di riferimento, ma vi preesiste perché connesso ai «diversi percorsi, sviluppi e trasformazioni storiche»: in questo senso cfr. C. Desideri, *Servizi pubblici imprenditoriali. Riserva e regolazione del settore telefonico*, Milano, Franco Angeli, 1990, 135.

⁴ Cfr. *ex multis*, G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, il Mulino, 2001, 57 secondo cui l’aggettivo “naturale” della condizione di monopolio si riferisce alla condizione in cui non può essere evitato. Gli Autori contrappongono a questa condizione distorsiva del mercato la regolazione la quale «è utile a eliminare i costi che la collettività sopporta quando vi è un fallimento di mercato», «a promuovere l’offerta di beni o servizi “meritori”», nonché «a conseguire obiettivi di carattere redistributivo» (69).

⁵ Si tratta di un processo ancora in corso, come testimonia il recente intervento di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali (d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201) che ha rafforzato il modello delle società partecipate – per lo meno al livello locale.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

È noto che il diritto europeo non conosce la nozione di servizio pubblico, anche se la penetrazione delle regole di concorrenza in settori merceologici – in cui si registra una preminente presenza pubblica – ha imposto l'introduzione di contromisure, come il divieto degli aiuti di Stato.

Nondimeno, la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni evidenzia talvolta disfunzioni⁶ in termini di accessibilità e fruibilità delle reti. Si pensi al limitato accesso a *internet* o alla carente copertura della connessione a banda larga, ovvero anche al divario tecnologico tra il Nord e il Sud del Paese. Secondo l'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)⁷, nel 2019 la quota di famiglie che accedono a *internet* mediante banda larga ammontava al 76,1%, mentre secondo il *VI Rapporto Auditel Censis*, pubblicato il 14 novembre 2023, circa nove milioni di famiglie (pari al 36,9% del totale) non hanno accesso alla banda larga⁸. I dati richiamati rispecchiano una condizione non sostenibile, specie innanzi alla rapidità con cui si sviluppano i recenti fenomeni socio-economici. In particolare, queste evidenze statistiche mettono in luce il rilievo per cui un mercato liberalizzato *tout court*, accompagnato da un'inefficace regolazione, può anche produrre effetti indesiderati, come quello di preferire la stabilità dei mercati al benessere della collettività, specialmente in occasione di crisi finanziarie “di passaggio”.

Dal combinato disposto tra il reg. Ue n. 2021/241 e la Comunicazione della Commissione europea del 31 gennaio 2023, 36/01, emerge che nell'ambito della transizione digitale sono ricomprese anche le infrastrutture di connettività volte a colmare il divario digitale tra zone urbane e rurali, e a rimediare alle carenze del mercato. È evidente l'utilità strategica⁹ rappresen-

⁶ Sul tema, cfr. A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss. secondo cui, se la liberalizzazione avviene mediante una normativa dal lessico oscuro, incerta e inorganica, si può incorrere nel rischio per cui non si realizzi «una maggiore libertà di accesso al mercato», ma si disincentivi «quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità» (653).

⁷ Si veda il report *Cittadini e ICT*.

⁸ Si aggiunga che, secondo il *Rapporto*, due milioni di famiglie non possiedono alcun tipo di collegamento a *internet* da casa.

⁹ I cavi che portano la banda larga in quasi ogni luogo del mondo si compone di circa 750.000 chilometri che attraversano gli oceani. Sul ruolo cruciale dei cavi sottomarini, non solo per usi civili bensì anche militari, cfr. il rapporto dell'Information Technology and Innovation Foundation, *Submarine Cables: Critical Infrastructure for Global Communications*, aprile 2019 in cui si evidenzia l'importanza di cavi sottomarini per le reti interconnesse globali. La Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 sui diritti del mare consente a ciascuno Stato di posare, entro i limiti delle proprie acque territoriali, i cavi in questione. Il carattere strategico di questo mercato ha contribuito alla diffusione di strumenti giuridici di protezione degli interessi nazionali, come il *golden power*, per salvaguardare gli *asset* nazionali strategici,

tata dalla banda larga quale strumento capace di asciugare le distanze fisiche tra le zone remote. Al riguardo, può ribadirsi quanto già noto, ovvero che la realizzazione delle reti a banda ultra-larga rappresenta uno dei presupposti per lo sviluppo socio-economico e per contrastare il fenomeno del *digital divide*.

Preme chiarire che dietro alle evidenze delle difficoltà del modello liberalizzato non si cela l'intento di rinvigorire l'ideale ritorno al sistema delle nazionalizzazioni. Né di esaurire la complessità dei temi trattati dalla presente ricerca. Nondimeno, in taluni settori, il mercato libero di autodefinire l'offerta presenta dei rischi in termini di inefficienza che non è dato ignorare, alla luce di un pericoloso ritorno a un approccio formalistico di tendenza neo-pandettistica¹⁰. Peraltro, il paventato ritorno dei monopoli di Stato sarebbe già stato anticipato dalla condizione (peggiore) degli oligopoli di imprese private, come nel caso delle cosiddette *BigTech*¹¹, in merito alle quali il regolatore europeo e interno si sono attivati in ritardo e con strumenti non sempre efficaci. Di recente, sia il legislatore europeo sia quello interno hanno lanciato alcuni segnali verso il superamento del modello del *laissez-faire*, mediante l'introduzione di uno schema ibrido in cui lo Stato non è solo arbitro del libero gioco della concorrenza ma anche giocatore.

Pertanto, appaiono necessarie delle regole che, nel settore in discorso, siano volte a evitare situazioni escludenti e abusi di posizione dominante

con effetti distorsivi del regime concorrenziale: sul punto cfr. A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss., nonché ID., *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 463 ss. Resta aperto il quesito se il carattere strategico del settore in discorso possa sovrapporsi all'essenzialità per la collettività dello stesso, ovvero se il primo sia sufficiente a giustificare l'esercizio dei poteri pubblici in contrapposizione alle logiche di mercato.

¹⁰ In questo senso cfr. A. Sandulli, *La grande "pubblicizzazione" tra Ottocento e Novecento*, cit., 238 secondo il quale «non è necessariamente scontato che privatizzazioni e liberalizzazioni possano garantire strutture più efficienti e fornire attività e servizi migliori»: è opportuno svolgere una valutazione di contesto, partendo dall'analisi empirica e tentando poi di ricondurre l'indagine al livello dei principi generalmente applicabili.

¹¹ Questo caso dimostra che non necessariamente il monopolio (od oligopolio) naturale ha carattere pubblico. Dunque, le critiche al monopolio naturale pubblico «can lead to policy errors that undermine the dynamism of technological change and reduce consumer welfare»: così M. Taschdjian, J. Alleman, *Antitrust Failures: The Internet Giants*, relazione alla 29th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): «*Towards a Digital Future: Turning Technology into Markets?*», Trento, 1-4 agosto, 2018, 10. La tecnologia sta generalmente espandendo la portata geografica dell'impresa pubblica, diminuendo le quote di mercato delle imprese esistenti. In un contesto dinamico, la vigilanza antitrust è necessaria, ma dovrebbe essere applicata con cautela. Non è chiaro quali soglie di quota di mercato siano sufficienti a conferire potere di mercato.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

determinate dal potenziale esercizio esclusivo delle reti da parte dei relativi titolari sia pubblici che privati.

A partire dalle recenti posizioni assunte dalla Commissione europea, e dal legislatore italiano, si verificherà l'ipotesi se si stia assistendo a un possibile cambio di direzione nella configurazione dei servizi di comunicazione elettronica: la Commissione si sta orientando verso una direzione innovativa – ovvero diversa – rispetto alla consolidata tripartizione tra servizi di interesse economico generale (d'ora anche SIEG)¹², servizi di interesse generale (SIG) e servizi universali? Si tenterà perciò di rispondere alla seguente domanda: è conveniente lasciare alle (auto)regolazioni del mercato gli interventi di realizzazione delle infrastrutture per la banda (ultra)larga? Più precisamente, innanzi alle esigenze strategiche sopra accennate, può l'agente pubblico limitarsi a un ruolo di regolatore – o di controllore – del mercato, ovvero potrebbe ritenersi ammissibile una maggior incisività della sfera pubblica nell'economia?

L'approccio microeconomico al tema consente di mettere in rilievo il problema se sia conveniente lasciare alle (auto)regolazioni del mercato gli interventi di realizzazione delle infrastrutture per la banda (ultra)larga, ovvero se lo Stato non sia tenuto a intervenire in considerazione del rilievo strategico che tali opere rappresentano. La compresenza del pubblico agente in veste di giocatore para-privato potrebbe controbilanciare il modello liberalizzato, anche se ciò promuoverebbe il ritorno a una forma monopolistica di gestione del settore in discorso. Giova ricordare che “liberalizzazione” non significa assenza di regole, o peggio, un eccessivo grado di regolazione amministrativa mediante l'accentuazione di interferenze burocratiche nella vita delle imprese: «liberalizzazione significa libertà di accesso e apertura alla concorrenza»¹³ ed esprime un atteggiamento tutt'altro che ripiegato dello Stato. Inoltre, la regolazione «include quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare»¹⁴.

¹² Il rilievo per cui il SIEG possa essere affidato solo in caso di insufficienza del mercato, la cui valutazione è operata dalle autorità nazionali, ne segna l'incompatibilità con il regime concorrenziale: conformemente, cfr. M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 53 ss., 58-59.

¹³ S. Cassese, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, Giuffrè, 1999, 58 in cui l'Autore coglie altresì l'occasione per elogiare i vantaggi derivanti dalla *self-regulation*.

¹⁴ Id., *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000, 65 ss.

Lungo lo sviluppo dei temi trattati dalla presente ricerca si prenderanno in considerazione, in chiave evolutiva, i principali interventi normativi sia europei sia interni, al fine di porre in evidenza possibili approcci divergenti e verificare l'opportunità di una reciproca integrazione. Questa metodologia trova conforto nel rilievo per cui, dal raffronto della dimensione europea con quella interna, possono emergere spunti di riflessione ulteriori rispetto a un'analisi limitata a uno solo dei due ordinamenti giuridici.

Dunque, si indagherà l'efficacia del binomio economico liberalizzazione-regolazione per il settore delle comunicazioni elettroniche – in contrapposizione a quello della privatizzazione¹⁵, del quale se ne esclude sin d'ora la compatibilità per il contrasto evidente che emerge con le finalità strategiche delle opere di riferimento – al fine di porre in evidenza la centralità dei servizi infrastrutturali¹⁶, soprattutto nel campo digitale, quali motore economico del futuro.

2. L'evoluzione del mercato europeo delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche

Sino al 2018 il settore delle reti di comunicazione elettronica era regolato da quattro principali direttive: la dir. 2002/19/Ce (direttiva accesso); la dir. 2002/20/Ce (direttiva autorizzazioni); la dir. 2002/21/Ce (direttiva quadro); la dir. 2002/22/Ce (la direttiva servizio universale). Queste direttive sono ad oggi abrogate¹⁷ ma sono interessanti da analizzare per cogliere gli sviluppi evolutivi della legislazione europea in materia¹⁸.

¹⁵ In questo senso, cfr. A. Nicita, F. Belloc, *Liberalizations in Network Industries*, Cham (Svizzera), Springer, 2016, 31 ss. In letteratura è possibile riscontrare l'orientamento per cui l'apertura al mercato degli anni Novanta in Europa sia da qualificarsi come privatizzazione e non già come liberalizzazione: cfr. R. Feasey, M. Cave, *Policy towards competition in high-speed broadband in Europe, in an age of vertical and horizontal integration and oligopolies*, Project report del Centre on Regulation in Europe, 20 febbraio 2017, 42.

¹⁶ In questo senso, cfr. A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche [Lo "Stato digitale"]*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513 ss.

¹⁷ Nel periodo di vigenza, le quattro direttive sono state modificate dalla dir. 2009/140/Ce (direttiva sul miglioramento della regolamentazione) (GU L 337 del 18.12.2009, pag. 37) e dal reg. Ce n. 544/2009 (GU L 167 del 29.6.2009, pag. 12). Le quattro direttive sono rimaste in vigore fino al 20 dicembre 2020.

¹⁸ Rispetto alla prima generazione di direttive comunitarie in materia di telecomunicazioni (1990-1997 – in tema cfr. V. Zeno-Zenovich, *Il governo del sistema delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 15 ss.), quelle del 2002 introducono un tipo di convergenza «organizzativa, da un lato, stabilendo in sede comunitaria il disegno strutturale e funzionale delle autorità nazionali di regolazione; dall'al-

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

Nessuna delle quattro direttive si riferiva direttamente alla banda (ultra) larga, ma contenevano richiami generici alle infrastrutture delle comunicazioni elettroniche. In particolare, l'art. 12, par. 1¹⁹, dir. 2002/21/Ce assoggettava la libertà d'impresa a un diritto concesso in ragione di una norma nazionale. L'esercizio di tale diritto doveva essere autorizzato²⁰ in ossequio dell'art. 3, par. 2, dir. 2002/20/Ce, per cui «la fornitura di reti di comunicazione elettronica o di servizi di comunicazione elettronica può [...] essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale». Ne emerge un modello economico neoliberale in cui lo Stato assume il ruolo di controllore non solo all'ingresso del mercato liberalizzato (mediante la scelta dell'impresa a cui attribuire l'autorizzazione per le reti per l'erogazione dei servizi di comunicazione elettronica), bensì anche nell'ordinario svolgimento dell'attività d'impresa *day by day*, mediante l'imposizione di precise finalità pubbliche.

L'assoggettamento ad autorizzazione della fornitura di sistemi di comunicazione incontra solo l'eccezione per cui questi possono anche non essere preventivamente autorizzati quando le comunicazioni debbano essere assicurate in caso di emergenza e per l'integrità della rete. In tali casi, avrebbe trovato applicazione la dir. 89/336/Cee²¹ in merito ai requisiti di protezione, nonché alle relative modalità di controllo degli apparecchi che possono creare perturbazioni elettromagnetiche dell'Unione europea.

La presenza di questa eccezione fa sorgere il dubbio se l'orientamento

tro istituendo una organizzazione comune di regolatori, posta in sede comunitaria»: così, S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689. In tema, cfr. pure M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 511 ss., nonché L.G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche*, *ivi*, 561 ss.

¹⁹ «Quando un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto, in forza della legislazione nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse oppure può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le autorità nazionali di regolamentazione incoraggiano la condivisione di tali strutture o proprietà».

²⁰ A tale riguardo le imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale devono essere state investite di tale missione da un atto della pubblica autorità: sul punto, si veda le sentenze della Corte di giustizia Ue 21 marzo 1974, C-127/73, *BRT c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs*, punto 20, e Corte di giustizia Ue 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop, arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop, arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, punto 47).

²¹ Ad oggi la direttiva è stata abrogata, da ultimo, dalla dir. 2004/108/Ce, in merito alla compatibilità elettromagnetica delle apparecchiature in questione. In particolare, essa mira a garantire il funzionamento del mercato interno prescrivendo che le apparecchiature siano conformi a un livello adeguato di compatibilità elettromagnetica.

accolto dal legislatore eurounitario possa inquadrarsi nelle maglie della liberalizzazione, ovvero della privatizzazione²². Nel primo caso, si avrebbe una pressoché totale assenza del soggetto pubblico dal settore, se non per l'attività di controllo *ex post* che è tenuto a svolgere per assicurare la conformità ai principi sanciti dall'ordinamento europeo in materia. Vero è che l'autorizzazione generale dovrebbe costituire il momento per effettuare le verifiche *ex ante*. Tuttavia, come sarà illustrato in seguito, il recepimento delle direttive del 2002 nell'ordinamento italiano ha configurato un'autorizzazione di fatto, che si può ottenere mediante una mera notifica da parte dell'operatore interessato all'autorità competente.

Nel secondo caso, lo Stato membro ben potrebbe garantire esso stesso la fornitura di determinati servizi mediante il ricorso a modelli privatistici di intervento pubblico nell'economia, purché non introduca diritti speciali o esclusivi che si traducano nella restrizione dell'uso delle reti di comunicazione elettronica. In questo senso, la dir. 2002/77/Ce consente alle autorità pubbliche di «esercitare un'influenza determinante sul comportamento di un'impresa pubblica sia attraverso le norme che disciplinano l'impresa stessa sia attraverso il modo in cui sono ripartite le partecipazioni al capitale» (cons. 10), per evitare che il godimento di una posizione dominante nel mercato possa tradursi in una violazione delle regole di concorrenza del Trattato. Anche se la direttiva n. 77 non fa parte del “quartetto” di misure volte a regolare il settore delle comunicazioni elettroniche (già telecomunicazioni), è l'unica ad essere rimasta ancora oggi in vigore.

Alla luce del successivo art. 3, direttiva n. 77, si evince che la potenziale dicotomia tra reti pubbliche e reti private²³ di comunicazione elettronica

²² Ciò anche in considerazione del rilievo per cui sulle telecomunicazioni ben potrebbero intervenire sia l'Autorità garante per le comunicazioni, sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Quest'ultima dovrebbe limitarsi a vigilare sulle intese, sugli abusi di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione in applicazione dell'art. 102 TFUE. Di converso, secondo la legge istitutiva dell'AGCOM del 31 luglio 1997, n. 249, l'organo interno all'Autorità della Commissione per le infrastrutture e le reti solo nel caso sancito dall'art. 1, c. 6, lett. a), n. 4-*bis*, si occupa “fibra ottica”, e segnatamente al fine di stabilire *standard* tecnici «a cui devono attenersi gli aggiudicatari dei bandi per la realizzazione dell'infrastruttura di rete, in modo da assicurare adeguati livelli qualitativi e prestazioni elevate di connettività». Non è casuale che la norma in commento sia stata recentemente introdotta dal d.l. 5 dicembre 2022, n. 187, a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici.

²³ Nelle linee guida del 6 settembre 1991, elaborate dalla Commissione europea sull'applicazione delle regole di concorrenza della Cee nel settore delle telecomunicazioni (6 settembre 1991, 233/02), la nozione di «reti private» è rilevante solo ai fini della valutazione, da parte della Commissione, dell'eventuale contrasto con il principio della libertà di concorrenza degli accordi riguardanti gli impianti terrestri (reti pubbliche commutate o circuiti

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

viene meno in favore di una generale attribuzione di pubblicità alle reti di comunicazione elettronica. In questo senso, occorre precisare che: a) le reti di comunicazione elettronica non possono essere private, o privatizzate; b) l'ordinamento eurounitario ha introdotto il meccanismo delle autorizzazioni, nonché alcuni divieti affinché le imprese pubbliche che occupano una posizione dominante nell'installazione di tali infrastrutture non operino discriminazioni a favore delle proprie attività. Ciò non significa che le infrastrutture non possano essere installate da privati; piuttosto, l'installazione ad opera di un'impresa pubblica non deve sfociare in un uso esclusivo della rete.

La direttiva n. 77 fornisce inoltre delle utili indicazioni definitorie circa l'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, includendovi anche l'installazione di reti a mezzo di fibre ottiche, reti satellitari, reti terrestri fisse e mobili (art. 1, par. 1, n. 1). Ne deriva che il quadro eurounitario prospettato nel 2002 include anche il servizio di cablaggio, ovvero quel servizio che ha ad oggetto la realizzazione fisica dell'impianto necessario affinché possano essere trasmessi e diffusi segnali elettromagnetici.

Il considerando n. 7 della direttiva in commento sviluppa le posizioni espresse dal legislatore eurounitario nelle quattro direttive "sorelle". Più precisamente, si riconducono nei servizi di comunicazione elettronica anche le reti di fibre che consentono a terzi di trasmettere segnali avvalendosi delle proprie attrezzature.

Nel 2005 la Commissione europea è intervenuta con una raccomandazione²⁴ per chiarire alcune questioni tralasciate dal quadro normativo comune di cui alla dir. quadro 2002/21/Ce. In particolare, l'atto comunitario richiedeva che tra gli Stati membri fossero adottate condizioni trasparenti, proporzionate e non discriminatorie per lo sviluppo di sistemi di comunicazione su linee elettriche. Secondo l'orientamento espresso dalla Commissione, rientrano nelle reti di comunicazione su linee elettriche le reti via cavo, ma non anche la banda (ultra)larga, sebbene di essa vi sia menzione nella rubrica della raccomandazione in discorso.

Se il modello seguito fino alla c.d. direttiva Bolkestein²⁵ era quello della

dedicati) o i servizi (ad esempio telefonia vocale per il pubblico), che possono essere conclusi soltanto tra «organismi di telecomunicazioni» (OT), a causa del loro regime giuridico che prevede diritti speciali o esclusivi (punto n. 41).

²⁴ Raccomandazione della Commissione europea del 6 aprile 2005 sulle comunicazioni elettroniche in banda larga attraverso la rete elettrica.

²⁵ Giova precisare che non rientrano nel campo d'azione della dir. 2006/123/Ce i servizi di comunicazione elettronica (art. 2, c. 2, lett. c). La direttiva in parola si occupa solo dei servizi d'interesse economico generale, definiti come quelli che sono «prestati dietro corrispettivo economico» (cons. 17), al fine di implementarne la libera circolazione. L'eccezione

completa liberalizzazione, a seguito della crisi economica del 2008-2009 e della conseguente crisi del debito sovrano, la Commissione europea in molteplici interventi ha attribuito a tali servizi il carattere di SIEG, piuttosto che di servizi universali. Le ragioni di politica industriale sottese al nuovo orientamento espresso dall'esecutivo dell'Unione non dipendono, in verità, esclusivamente dall'esigenza di fronteggiare in modo efficace le esternalità negative conseguenti alla crisi economica. Il mutamento nella natura dei servizi di comunicazione elettronica sarebbe stato prodromico a rafforzare l'idea che il mercato può anche rappresentare «lo strumento la cui organizzazione riflette l'interesse pubblico da cui dipende la realizzazione di tutti gli altri interessi, secondo quanto previsto dall'art. 2 del»²⁶ TUE.

Emerge un sistema in cui si innestano due categorie di operatori economici. Il considerando 14, dir. 2014/30/Ue²⁷, distingue tra i «fabbricanti di apparecchiature destinate a essere collegate alle reti» e «gli operatori delle reti», alla luce dei differenti obblighi che scaturiscono dalla direttiva: con riguardo ai primi, essi «dovrebbero costruire [le apparecchiature destinate a essere collegate alle reti] in modo tale da evitare che le reti subiscano un deterioramento inaccettabile del servizio quando sono utilizzate in condizioni di funzionamento normali». Rispetto agli operatori, essi «dovrebbero costruire le loro reti in modo tale che i fabbricanti di apparecchiature suscettibili di essere collegate alle reti non debbano sopportare un onere sproporzionato per evitare che le reti subiscano un deterioramento inaccettabile del servizio».

Secondo l'art. 5, par. 2, lett. b), della direttiva da ultimo richiamata gli Stati membri hanno facoltà di adottare misure volte a proteggere le «reti pubbliche» di telecomunicazione per motivi di sicurezza, sebbene non possano ostacolare «la messa a disposizione sul mercato e/o la messa in servizio sul loro territorio delle apparecchiature conformi alla» direttiva (par. 1).

Alla luce delle predette considerazioni, la natura pubblica delle reti non inficia la concorrenzialità del settore, in quanto ciò che deve permanere liberalizzata è l'attività di erogazione e non l'oggetto²⁸ della stessa²⁹.

dei servizi di comunicazione elettronica è giustificata dalla diversa qualificazione come servizio universale che il legislatore eurounitario ha operato negli interventi normativi del 2002.

²⁶ M. Clarich, G.F. Carlei, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio*, cit., 7.

²⁷ Direttiva sull'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla compatibilità elettromagnetica.

²⁸ Fa eccezione a queste considerazioni l'istituto dei beni demaniali, i quali come noto non possono essere commercializzati.

²⁹ La Commissione europea promuove la liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni sin dalla dir. 90/388/Cee. Nel 1992, il Consiglio ha riconosciuto all'unanimità il

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

In effetti, nella direttiva non si rinvia alle reti (o cavi) in fibra ottica, né alle relative infrastrutture. Si considerano assoggettate al regime liberalizzato le «apparecchiature» comprensive sia degli impianti che degli impianti fissi³⁰. In aggiunta, il considerando n. 26, dir. 2014/30/Ue, sembrerebbe annoverare tra gli «impianti fissi» anche le «reti». Tuttavia, si tratta di una categorizzazione piuttosto ampia che non consente di includervi anche gli impianti per le reti pubbliche di telecomunicazione di cui al diverso regime disciplinato dal citato art. 5.

Nello stesso anno della direttiva in commento è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea³¹ confermando il potere, attribuito alle autorità nazionali³² di regolazione, di imporre a un operatore di comunicazioni elettroniche, che disponga di un potere significativo su un determinato mercato, l'obbligo di provvedere a realizzare gli allacciamenti necessari a consentire l'utilizzo della rete da parte dell'utente finale, anche su richiesta degli operatori concorrenti. Per il giudice eurounitario, il combinato disposto degli artt. 8 e 12, dir. 2002/19/Ce, si traduce in un obbligo di soddisfare le richieste di accesso a condizioni «ragionevoli», il cui giudizio è rimesso all'interpretazione del giudice. L'ampliamento³³ della portata dell'art. 2, lett. a), della cosiddetta direttiva «accesso», operato dalla sentenza in commento, sarebbe giustificato dalle logiche concorrenziali del mercato unico europeo, laddove l'utente finale deve essere messo nella condizione di scegliere tra i servizi offerti anche da imprese diverse da quella che occupa una posizio-

principio secondo cui anche la fornitura delle infrastrutture di telecomunicazione dovrebbe essere liberalizzata entro il 1° gennaio 1998.

³⁰ Si veda il cons. 8, dir. 2014/30/Ue.

³¹ Corte di giustizia Ue 19 giugno 2014, C-556/2012, *TDC A/S c. Teleklagenævnet*, per cui ben può l'autorità nazionale di regolazione imporre all'impresa, anche pubblica, che occupa una posizione dominante nel mercato «un obbligo di installare, su richiesta di operatori concorrenti, un allacciamento privato di lunghezza non superiore a 30 metri a partire dal punto di distribuzione della rete di accesso fino al punto terminale di rete presso l'utilizzatore finale» (punto n. 55).

³² Sui rapporti tra autorità nazionali e Commissione cfr. R. Perez, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2004, 1 ss.

³³ L'art. 2, lett. a), dir. 2002/19/Ce, fornisce una nozione di «accesso» riferita al fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, al fine di erogare servizi di comunicazione elettronica anche quando sono utilizzati per la prestazione di servizi della società dell'informazione o di servizi di radiodiffusione di contenuti. Tuttavia, secondo la Corte di giustizia Ue, tale nozione avrebbe una portata più ampia poiché ricomprenderebbe anche «può ricomprendere l'installazione di allacciamenti privati fra il punto di distribuzione della rete di accesso e il punto terminale di rete presso l'utilizzatore finale» (punto n. 43).

ne dominante nel settore. Dall'analisi della sentenza emergono perciò due considerazioni: da un lato, essa non richiama il novero delle reti "private", lasciando presumere che la rete, fissa o mobile, goda di un carattere pubblico naturale; dall'altro, da quanto emerge dalla pronuncia in discorso la realizzazione dell'opera infrastrutturale di cablaggio non costituisce un servizio a sé stante bensì un obbligo correlato e diretto³⁴ all'erogazione dei servizi di connessione di cui alla dir. 2002/19/Ce.

3. Derghe ed eccezioni al principio di libera concorrenza

A differenza del quadro normativo precedente la dir. 2018/1972/Ue, che abroga le direttive del 2002, introduce dei limiti all'intervento incentivante dello Stato. In particolare, quest'ultimo non può attribuire obblighi specifici di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente³⁵ da imprese operanti in normali condizioni di mercato e a condizioni (quali prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità e accesso al servizio) compatibili con il pubblico interesse³⁶.

In aggiunta, lo Stato non può coprire integralmente i costi necessari alla realizzazione della banda larga. Difatti, alla luce del considerando n. 239 della direttiva del 2018 gli Stati membri possono istituire meccanismi di finanziamento del costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale solo qualora fosse dimostrato che tali obblighi possano essere assunti solo in perdita o ad un costo netto superiore alle normali condizioni commerciali.

In più di un'occasione³⁷ la Commissione è intervenuta per chiarire

³⁴ Di recente, la Commissione europea è intervenuta in senso protezionistico circa la strumentazione necessaria alla realizzazione delle reti di comunicazione elettronica. Con il reg. di esecuzione Ue 2021/548, la Commissione ha disposto la registrazione delle importazioni dalla Repubblica popolare cinese di cavi di fibre ottiche monomodali evitare operazioni di dumping commerciale nei confronti dei produttori europei. È singolare il fatto che siano stati esclusi dalla registrazione i cavi per uso sottomarino che costituiscono una tecnologica altamente strategica.

³⁵ Comunicazione della Commissione europea 2023/C 36/01, 31 gennaio 2023, punto 26.

³⁶ Cfr. il punto 48 della comunicazione 8/02 della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, dell'11 gennaio 2012; v. pure il punto 13 della comunicazione 8/03 della Commissione sulla disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, dell'11 gennaio 2012.

³⁷ A titolo esemplificativo, si pensi al Piano di ripresa del 26 novembre 2008, alla stra-

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

la portata strategica dello sviluppo della rete di comunicazione elettronica. Tuttavia, non si rinviene nel Trattato l'espressa attribuzione di una competenza all'Unione in materia di comunicazioni elettroniche. A questo riguardo deve osservarsi che le istituzioni europee, e in particolare la Commissione, sono competenti in materia di mercato e di concorrenza, e con ciò sono titolari di attribuzioni trasversali a tutti i settori. Sino al 2012, il mercato comune era stato costruito nell'ottica di garantire la massima libertà di movimento alle imprese che vi operavano. Le crisi economiche del 2007-2008 e del 2020 hanno comportato l'ingresso di taluni "aggiustamenti" del mercato, mediante ad esempio l'ampliamento delle misure derogatorie al divieto di aiuti di Stato.

La presenza di *market failures* costituisce l'elemento cardine sul quale la Commissione europea argomenta l'ammissibilità degli aiuti di Stato nel settore della fornitura di servizi a banda larga. Ne deriva che la Commissione, in luogo degli Stati membri, ben può intervenire con misure atte (e necessarie) a garantire il «buon funzionamento del mercato comune»³⁸. Nondimeno, queste non possono avere una portata direttamente restrittiva sulle competenze nazionali, e la Commissione è tenuta, piuttosto, a far ricorso all'obbligo di leale collaborazione (art. 13 TUE). Anche perché, secondo la Commissione, «la decisione di un'impresa di non investire in un progetto a bassa redditività non indica necessariamente che il mercato non funziona adeguatamente; essa è anzi indice di un mercato che funziona correttamente»³⁹.

Per queste ragioni, gli interventi della Commissione europea sugli aiuti di Stato devono riguardare solo i settori in cui gli investitori privati non sono in grado di fornire l'accesso a servizi a banda larga adeguati⁴⁰. Inoltre, l'intervento pubblico nel settore in discorso, per non incorrere nel divieto di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, deve essere anche proporzionato. In considerazione della natura statale della competenza a determinare lo *standard* minimo per la fornitura del servizio in parola, gli Stati membri debbono dimostrare

tegia «Europa 2020», nonché alla Comunicazione sulla *Connettività per un mercato unico digitale competitivo: verso una società dei Gigabit europea* della Commissione, pubblicata il 14 settembre 2016, nell'ambito dei quali la strategia per la banda larga occupa un posto importante.

³⁸ G. Tosato, *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2009, 42.

³⁹ *Ivi*, punto 45.

⁴⁰ In questo senso, cfr. il punto 95 della Comunicazione 2023/C per cui «lo Stato membro deve dimostrare che l'aiuto è idoneo a far fronte al fallimento del mercato individuato e a conseguire gli obiettivi perseguiti dall'aiuto».

che solo attraverso un intervento finanziario significativo si sarebbe potuto orientare in modo determinante il mercato verso un'erogazione perequata del servizio essenziale.

3.1. *Il paventato contrasto con il divieto degli aiuti di Stato*

La Commissione europea era già intervenuta sul complesso bilanciamento tra mercato delle telecomunicazioni e presenza statale, quest'ultima controbilanciata dal divieto di aiuti di Stato. Si tratta, tuttavia, di interventi eminentemente di *soft-law* come le comunicazioni istituzionali, la cui natura è ancora dibattuta poiché costituiscono strumenti che non sono espressamente previsti dai Trattati. Solo in alcune occasioni è stato possibile inquadrare tali comunicazioni come vere e proprie decisioni della Commissione: affinché l'equiparazione sia ammissibile la Corte di giustizia dell'Unione europea ha evidenziato, a più riprese, la necessità che la comunicazione contenga tutti gli elementi di una decisione⁴¹.

Nel settore che qui interessa, le comunicazioni sono espressione di veri e propri indirizzi⁴² della Commissione europea in veste di Autorità regolatrice del mercato in libera concorrenza. Difatti, negli *Orientamenti comunitari* del 30 settembre 2009, n. 235/04, relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione al rapido sviluppo di reti a banda larga, si riconosce l'importante ruolo che potrebbe essere svolto dalle sovvenzioni statali⁴³, in contrapposizione alla logica concorrenziale. Più precisamente, in

⁴¹ Si veda *ex multis* Corte di giustizia Ue 24 marzo 1993, C-313/90, *CIRFS c. Commissione* nella quale la Corte ha riconosciuto una specifica efficacia vincolante nei confronti delle comunicazioni pubblicate dalla Commissione. In questo senso, cfr. pure in dottrina P. De Luca, *La limitazione degli effetti di soft law delle comunicazioni della Commissione: il caso Grecia c. Commissione*, in *Dir. dell'Un. eu.*, 2016, 507 ss., il quale critica l'ampliamento di strumenti giuridici atipici con carattere non più *soft*.

⁴² Sull'esigenza di analizzare la portata che si cela oltre gli effetti meramente dichiarativi delle comunicazioni della Commissione cfr. F. Giglioni, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 538 ss. secondo cui la comunicazione della Commissione europea, 20 dicembre 2011 in merito alla disciplina dei servizi di interesse generale (SIG), indica una via alternativa alla tradizionale tecnica di integrazione europea, fondata sulla prevalenza del diritto europeo rispetto agli ordinamenti nazionali: «la differenziazione nazionale non solamente è tollerata, ma ampliata e ricercata» (544).

⁴³ In particolare, essi potrebbero «costituire strumenti efficaci per realizzare obiettivi di interesse comune [e consentirebbero] di correggere i fallimenti del mercato, migliorando il funzionamento dei mercati e rafforzando la competitività. Inoltre, quando il funzionamento dei mercati, seppur efficiente, è ritenuto insoddisfacente sotto il profilo della politica di coesione, il ricorso agli aiuti di Stato può consentire di ottenere risultati più auspicabili e più equi». Inoltre, «il comparto della banda larga, un intervento pubblico ben mirato può contri-

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

ragione dei primi cenni disfunzionali del modello della liberalizzazione, relativi alle cosiddette “aree a fallimento di mercato”, la Commissione europea è intervenuta con un *escamotage* per consentire il ricorso agli aiuti di Stato⁴⁴.

Ne deriva che, ai fini della valutazione della compatibilità con il divieto degli aiuti di Stato, la Commissione europea ha ritenuto ammissibile senza bisogno di alcuno scrutinio l'intervento statale a sostegno delle aree bianche⁴⁵, poiché l'aiuto sarebbe a supporto della coesione economica e sociale territoriale e potrebbe correggere i fallimenti del mercato. Sicché la fornitura monopolistica del servizio di comunicazione elettronica, sotto il profilo infrastrutturale, non comporta necessariamente un fallimento di mercato⁴⁶. Mentre per le aree nere, in genere, il divieto di cui all'art. 107 TFUE trova sempre applicazione, poiché l'intervento statale è da considerarsi non necessario, è solo per le cosiddette aree grigie che la Commissione europea è tenuta a svolgere una valutazione approfondita del caso concreto. Ciò in quanto, sebbene nella zona interessata dall'intervento pubblico possa già essere presente un operatore di rete, è possibile che alcune categorie di utenti non siano adeguatamente servite.

Per questi motivi, la Commissione ha ritenuto ammissibile – con le dovute cautele e condizioni – il ricorso a forme di investimento pubblici per sviluppare le reti di banda larga nelle zone che, per ragioni utilitaristiche degli operatori economici, erano rimaste escluse da interventi di questo tipo. Pertanto, si registra la transizione da un modello interamente liberalizzato

buire a ridurre il divario digitale tra le aree e le regioni di un paese che hanno accesso a servizi a banda larga abbordabili e competitivi e le aree in cui questa offerta è assente» (punto 4).

⁴⁴ Per poter qualificare un finanziamento come «aiuto di Stato», una misura deve rispondere cumulativamente ai seguenti requisiti: a) la misura è concessa mediante risorse statali; b) la misura conferisce alle imprese un vantaggio economico; c) detto vantaggio è selettivo e d) falsa o rischia di falsare la concorrenza; e) la misura incide negativamente sugli scambi tra Stati membri (Comunicazione della Commissione europea del 26 gennaio 2013, punto 9). Invero, anche se resta preponderante la tendenza a liberalizzare la gran parte dei settori merceologici nell'area europea, al fine di rendere effettiva l'unione dei mercati, vi sono alcuni ambiti, come quello delle reti di comunicazione elettronica, che svolgono un ruolo nevralgico per lo sviluppo di una comunità, prima ancora dell'evidente importanza strategica e di difesa nazionale assunta dalle tecnologie in discorso.

⁴⁵ Si veda la Comunicazione della Commissione europea del 26 gennaio 2013, punto 3.2.

⁴⁶ In questo senso cfr. G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002, per cui «il monopolio non appare solo una possibile variante dei modelli di organizzazione del mercato. Si pone, piuttosto, quale attributo essenziale della disciplina, coerente con i suoi presupposti fondativi e funzionale con le finalità di una nozione [quella di servizio pubblico] che pare a tratti atteggiarsi a moderna versione del contratto sociale» (266).

a un modello intermedio, con un ruolo promotore dello Stato assunto ben prima dell'emergenza pandemica.

Nel medesimo senso, dalla seconda parte del punto n. 4 della Comunicazione del 26 gennaio 2013, 25/01, si evince che l'intervento pubblico con fondi statali dovrebbe essere limitato in ragione del rischio che la misura di aiuto soppianti gli investimenti privati, snaturi gli incentivi agli investimenti commerciali e, in ultima analisi, falsi la concorrenza in misura contraria agli interessi comuni dell'Unione europea. Con riguardo ai limiti per gli investimenti pubblici a sostegno della banda (ultra)larga, le due comunicazioni della Commissione, rispettivamente del 2009 e del 2013, pongono come principale contrappeso al ricorso agli aiuti di Stato il divieto di sostituire l'offerta che il mercato potrebbe proporre autonomamente.

L'art. 52, reg. Ue n. 2014/651, rende compatibili con il mercato interno, ai sensi dell'art. 107, par. 3, TFUE, gli aiuti di Stato per la realizzazione delle sole reti fisse a banda larga. In particolare, vengono indicate le condizioni e le modalità per la concessione degli aiuti di Stato nella materia che qui interessa. Con riguardo alle condizioni, il sostegno finanziario pubblico deve limitarsi a due tipologie di investimenti, finalizzati a ridurre e contenere il fenomeno del *digital divide*: *i*) quelli volti a collegare le famiglie e i motori socioeconomici nelle zone in cui non esiste alcuna rete in grado di fornire velocità di *downlink* almeno di 100Mbps; *ii*) quelli per connettere i territori dotati di una velocità di rete pari a 100Mbps ma inferiore a 300Mbps⁴⁷. È rilevante osservare che gli interventi finanziabili con gli aiuti di Stato sono qualificati come «investimenti» (art. 52, par. 2), evidentemente pubblici, aventi ad oggetto la costruzione, la gestione e il funzionamento di una rete fissa a banda larga. Sarebbe perciò opportuno che la realizzazione *ex novo* di tali opere sia ricondotta all'azione pubblica⁴⁸ *iure imperii*. L'eventuale distorsione del mercato sarebbe giustificata dal bilanciamento fra gli interessi in gioco effettuato dal legislatore eurounitario circa il maggior rilievo attribuito all'interesse generale di garantire la connessione a quei territori rimasti isolati.

Orbene, secondo il legislatore eurounitario del 2014, contrariamente a quanto affermato nel 2013 dalla Commissione europea, lo Stato ben può intervenire per la realizzazione della rete – esiste perciò un servizio, non red-

⁴⁷ Sugli obiettivi strategici per migliorare la connettività nelle aree rurali cfr. la Comunicazione della Commissione del 2016 sulla *Gigabit society*.

⁴⁸ In questo senso cfr. V.M. Sbraccia, *Infrastrutture, reti a banda ultra larga e governo democratico dell'economia europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 455 ss. secondo il quale «non si può, quindi, prescindere da un ruolo di guida pubblica» (481).

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

ditizio, consistente nel solo sviluppo dell'opera – ma non può poi erogare in modo monopolistico il servizio stesso di rete, che invece è considerato come un servizio assoggettato alla libera concorrenza.

Si tratta perciò di un approccio al servizio di cablaggio non necessariamente lucrativo, che trova conforto nella implicita distinzione tra l'economicità dell'attività di costruzione di un'infrastruttura di rete a banda larga, finalizzata al suo sfruttamento commerciale da parte dello Stato o di operatori terzi, e lo sviluppo di una rete a banda larga «per scopi non commerciali»⁴⁹. Questa seconda ipotesi può non costituire aiuto di Stato qualora la costruzione della rete non favorisca alcuna impresa. Difatti sarebbe riscontrabile l'aiuto di Stato se tale rete fosse successivamente resa accessibile a un nucleo ristretto di operatori privati nel settore della banda larga. Analogamente, se una rete è costruita o i servizi a banda larga sono acquistati per soddisfare il fabbisogno proprio della pubblica amministrazione tale intervento potrebbe non conferire vantaggi a imprese economiche e dunque l'investimento pubblico non costituirebbe aiuto di Stato.

Sicché, nella Comunicazione del 26 gennaio 2013 si conferma il modello fortemente orientato verso la liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche (cfr. punti 23 e 25 della Comunicazione), e ciò lo si evince dal punto 4 dell'Introduzione ove la Commissione afferma che «qualsiasi intervento con fondi statali dovrebbe limitare per quanto possibile il rischio che la misura di aiuto soppianti gli investimenti privati, snaturi gli incentivi agli investimenti commerciali e, in ultima analisi, falsi la concorrenza in misura contraria all'interesse comune dell'Unione europea».

Pertanto, solo in alcune circostanze gli Stati membri possono classificare la fornitura di servizi a banda larga come SIEG a norma dell'art. 106, par. 2, TFUE, e sostenere lo sviluppo di una rete che fornisce tali servizi. In altri termini, solo attraverso la qualificazione della messa a disposizione di una rete a banda larga come SIEG *ex art.* 106 possono trovare applicazione gli artt. 107, par. 2, e 108 TFUE, sulla compatibilità di misure finanziarie statali con il divieto degli aiuti di Stato.

3.2. I modelli di intervento pubblico consentiti dal diritto eurounitario e dal diritto interno nel settore delle comunicazioni elettroniche

Il modello di partecipazione del soggetto pubblico al capitale di un'impresa privata nel settore della rete a banda larga è sempre stato ammissibile

⁴⁹ Si tratta di un'impostazione che verrà poi ripresa dalla comunicazione della Commissione europea, 31 gennaio 2023, 36/01, punto 11.

a livello eurounitario. Secondo la normativa originaria, l'art. 345 TFUE lascia «del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»⁵⁰. In tal modo si può inquadrare l'investimento pubblico a sostegno dello sviluppo – o dell'introduzione – della banda larga come partecipazione societaria, rientrando nelle proprietà pubbliche degli Stati membri. Non costituisce perciò aiuto di Stato la partecipazione societaria, neppure a lungo termine. Fintantoché il pubblico agente resta soggetto alle normali condizioni di mercato e al rischio d'impresa che ne deriva, tali apporti di capitale pubblico non possono essere considerati aiuti di Stato perché non costituiscono una distorsione della concorrenza. In questo senso si è espressa sia la Commissione europea, sin dal 2009, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁵¹ in base al principio dell'investitore di mercato⁵².

⁵⁰ La norma riprende pedissequamente quanto già espresso nell'art. 195 del Trattato della Comunità europea.

⁵¹ A questo riguardo Decisione della Commissione, 11 dicembre 2007, caso C-53/2006 *Citynet Amsterdam* l'investimento della città di Amsterdam in una rete di comunicazione fibre-casa (FTTH) in cui è stato sottolineato che il piano aziendale prospettato sia remunerativo. Tuttavia, nella già richiamata Comunicazione del 2013 la Commissione ha chiarito che, sempre con riferimento allo sviluppo della banda larga – qualificato non più come servizio universale, bensì come servizio di interesse economico generale – non è automatico che questi si assumeranno il medesimo rischio che si assume il soggetto pubblico quando investitori privati partecipano al progetto. Questa precisazione costituisce un evidente *revirement* caratterizzato dal passaggio da un regime autorizzatorio a uno concessorio, ove il concessionario è sì libero di organizzare la propria attività secondo i criteri scelti da quest'ultimo per la migliore gestione del servizio, ma nei limiti del c.d. rischio operativo – *a contrario*, A. Rubino, *Banda larga: servizio universale e aiuti di Stato*, cit., 85, nota 113 allude altresì che nel progetto di investimento va chiarita la conformità dell'investimento pubblico all'economia di mercato e dimostrato il rischio assunto anche dai privati nell'investimento –, ovvero l'assunzione in concreto dei rischi economici della gestione del servizio: sul punto, si veda Trib., V sez., 13 giugno 2000, cause riunite T-204/97 e T-270/97 *EPAC – Empresa para a Agroalimentação e Cereais, SA c. Commissione*; 15 giugno 2005, T-17/02, *Fred Olsen, SA c. Commissione*, per cui un servizio d'interesse economico generale può essere affidato ad un operatore tramite una concessione di servizio pubblico. Sicché, secondo la giurisprudenza, le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale devono aver ricevuto detto incarico con un atto della pubblica autorità.

⁵² I primi risvolti applicativi del principio in parola risalgono agli anni '70-'80 ed erano focalizzati sulle imprese pubbliche come beneficiari delle misure di aiuto. Sul tema, si è espresso il Consiglio di Stato, con una pronuncia isolata ma assai rilevante (sez. V, 21 novembre 2017, n. 5386) secondo cui, quand'anche una società pubblica effettui un investimento nei riguardi di un operatore privato – nel caso di specie Atac S.p.A. aveva proceduto all'assorbimento del personale di Trambus Open S.p.A., a seguito della preferenza espressa dal personale di quest'ultima, in luogo del socio privato Les Cars Rouges S.p.A. che pure aveva

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

In alternativa al modello partecipativo, la richiamata Comunicazione del 2013 ha introdotto la facoltà per gli Stati membri di considerare l'attribuzione della disponibilità di una rete a banda larga a un'impresa privata incaricata di erogare il servizio – qualificato dalla Commissione di interesse economico generale – beneficiando di misure finanziarie pubbliche di compensazione per le spese derivanti dalla gestione del servizio. In questo caso sono evidenti le ragioni del potenziale contrasto con il divieto di aiuti di Stato.

Di recente, la Commissione europea ha individuato⁵³ tre modelli compatibili con il divieto di aiuti di Stato:

- 1) il sostegno “in natura”, per cui gli Stati membri sostengono lo sviluppo della banda larga fissa o mobile mettendo a disposizione degli operatori di reti a banda larga infrastrutture esistenti o di nuova costruzione;
- 2) investimento diretto, in cui gli Stati membri costruiscono una rete fissa o mobile e la gestiscono direttamente attraverso un settore della pubblica amministrazione o un operatore *in-house* (c.d. accesso *wholesale*⁵⁴);
- 3) concessione, in cui gli Stati membri finanziano lo sviluppo di una rete a banda larga fissa o mobile, che resta di proprietà pubblica, mentre la sua gestione è offerta mediante procedura di selezione su base competitiva a un fornitore di comunicazione elettronica incaricato della sua gestione e del suo sfruttamento a livello commerciale.

A quest'ultimo riguardo giova richiamare l'art. 52, par. 7, reg. Ue n. 2014/651, per cui l'attribuzione del servizio deve essere assegnata nel rispetto della procedura ad evidenza pubblica, limitando i criteri di valutazione delle offerte a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il reg. Ue n. 2014/651 non vieta che la concessione di tali aiuti avvenga anche nei confronti di imprese pubbliche. Al contrario, si tiene in considerazione questa ipotesi nell'art. 52, par. 7, lett. b)⁵⁵, che stabilisce dei limiti per l'affidamento *in-house* dello sviluppo e della gestione di una rete fissa a banda larga.

manifestato il proprio interesse all'operazione – non costituisce aiuto di Stato, in quanto trova applicazione il principio dell'investitore privato «che esclude tout court la sussistenza di aiuti di Stato» (punto 4 della parte in diritto).

⁵³ Si veda l'Allegato IV alla citata Comunicazione della Commissione europea del 2023.

⁵⁴ Si tratta di una modalità per consentire al cliente finale di accedere alla rete messa a disposizione dall'operatore *ex-monopolista* (od *oligopolista*).

⁵⁵ Questa disposizione e quelle successivamente richiamate in riferimento all'art. 52

In particolare, in caso di affidamento diretto l'autorità pubblica potrà fornire soltanto servizi all'ingrosso utilizzando la rete sovvenzionata.

Il paragrafo 9 invece contiene una disposizione comune ai due casi di concessione dell'attività a un soggetto pubblico o privato, volta a garantire una sana e prudente gestione delle risorse finanziarie pubbliche e «per assicurare che gli aiuti rimangano proporzionali ed evitare che comportino un eccesso di compensazione o il sovvenzionamento incrociato di attività non sovvenzionate, il beneficiario degli aiuti garantisce la separazione contabile tra i fondi utilizzati per lo sviluppo e il funzionamento della rete finanziata dallo Stato e altri fondi a sua disposizione» (par. 11). Questa impostazione risulta coerente con quanto era stato già affermato nel punto n. 4 della Comunicazione della Commissione del 2013 sopra richiamata in cui si evidenzia l'importanza che i fondi pubblici in questo settore siano utilizzati in maniera oculata e che la Commissione assicuri che gli aiuti di Stato siano complementari e non sostitutivi degli investimenti provenienti dagli operatori di mercato.

Mentre nella comunicazione del 2009⁵⁶ gli interventi in compensazione erano limitati alla copertura unica dei costi dell'installazione dell'infrastruttura nelle aree non redditizie, con la pubblicazione degli Orientamenti del 2013 la Commissione europea estende la portata di tali interventi, ponendo come unico limite il rispetto della “giurisprudenza Altmark”, purché si tratti di costi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico (punto 18).

Pertanto, fino al 2023 i tipi di intervento pubblico finanziario compatibili con gli artt. 107 e 108 TFUE erano: quello conforme al principio dell'investitore operante in un'economia di mercato; quello per compensare gli obblighi di servizio pubblico in ossequio ai “criteri Altmark”. Di converso, rispetto ai due orientamenti menzionati, in quello del 2023 scompare il richiamo al rischio sostitutivo che lascia il posto a una serie di precisazioni quantitative molto puntuali circa la necessità, l'efficienza, la proporzionalità dell'intervento. Sicché, non è più sufficiente «la semplice presenza di fallimenti del mercato in un determinato contesto»⁵⁷ per giustificare l'intervento statale. Ne deriva che l'intervento diretto in economia deve essere qualificato come *extrema ratio* per risolvere le discrasie del mercato, quando il ricorso ad altre politiche e misure meno distorsive dovrebbe rappresentare il metodo ordinario. In questo senso, l'intervento statale deve essere propor-

del Regolamento n. 651 sono state aggiunte dal Regolamento (UE) 2023/1315 del 23 giugno 2023.

⁵⁶ Si veda il punto 29.

⁵⁷ Comunicazione della Commissione europea, 36/01, cit., punto 51.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

zionato al problema affrontato: «gli aiuti sono considerati proporzionati se l'importo è limitato al minimo necessario e se le possibili distorsioni della concorrenza sono ridotte al minimo»⁵⁸.

Alla luce della rinnovata posizione del 2023 assunta dalla Commissione, gli aiuti di Stato sono ammessi per incentivare gli operatori commerciali a intervenire nel comparto delle comunicazioni elettroniche. In altri termini, gli aiuti sono considerati proporzionati «se l'importo è limitato al minimo necessario e se le possibili distorsioni della concorrenza sono ridotte al minimo»⁵⁹.

Inoltre, nella Comunicazione del 2023 scompare l'elemento della redditività dell'intervento statale, sicché ben possono prevedersi degli interventi «in deficit» specialmente per le aree non redditizie, come quelle bianche. Scompare anche il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, e dunque l'ipotesi della partecipazione statale nel capitale sociale di un'impresa, sostituita dall'intervento diretto in forma di società *in-house*⁶⁰.

⁵⁸ *Ivi*, punto 115.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Sotto quest'ultimo profilo giova richiamare il caso di Open Fiber S.p.A. la quale è stata costituita nel 2015 per realizzare un'infrastruttura di rete a banda (ultra)larga (BUL) interamente in fibra ottica FTTH (*Fiber To The Home*) in tutte le regioni italiane. Conviene chiarire che Open Fiber non è una società *in-house*, ma una società a controllo pubblico indiretto.

Per realizzare il progetto è stato scelto un modello di business “*wholesale only*” così da garantire un libero accesso a tutti gli operatori interessati, a parità di condizioni, fornendo agli utenti una vasta possibilità di scelta.

La missione di Open Fiber persegue gli obiettivi previsti dall'*Agenda Digitale Europea*, dalla *Strategia Italiana per la banda ultra larga* e dal Piano *Verso la Gigabit Society*. Un piano che permette di stabilire i livelli minimi di connettività in tutti i Paesi europei per cittadini, istituzioni e aziende. Giova osservare che Open Fiber, ancorché operi in regimi concorrenziali, può qualificarsi come “impresa pubblica” in quanto partecipata indirettamente dallo Stato. Come ricordato, Enel Open Fiber S.p.A. fu costituita nel mese di dicembre del 2015 e era controllata interamente da Enel. L'ente era partecipato con quota paritaria da Enel S.p.A. (a sua volta partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze per il 23,6% del capitale sociale) e da Cassa Depositi e Prestiti Equity – si tratta di una *holding* di investimenti controllata al 100% da Cassa Depositi e Prestiti). Nel mese di ottobre del 2021 Enel ha ceduto il suo pacchetto (50% complessivamente) al fondo Macquaire per il 40%, e il restante 10% a CDP Equity, la cui quota ora ammonta al 60%.

L'art. 4, par. 2, dir. 2014/25/UE, fornisce una nozione di impresa pubblica per cui è tale quella impresa «su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione». La partecipazione al capitale – per lo meno di maggioranza – di un'impresa di matrice privatistica da parte di un soggetto pubblico è perciò indice di pubblicità. Di recente la Corte di giustizia UE ha disatteso questa impostazione, qualificando un ente «impresa pubblica» non in ragione

Anche l'ordinamento nazionale propone dei modelli di intervento pubblico nel settore delle comunicazioni elettroniche, con alcune peculiari-

dell'influenza dominante esercitata dal socio pubblico ma in base all'attività svolta, ossia se quest'ultima fosse riconducibile alle attività rientrante nel settore dei servizi postali i quali, a partire dalla dir. 2014/25/UE è assoggettata a regole particolari sulle procedure per gli appalti indetti da enti aggiudicatori.

Il Piano del 2018 limita l'intervento diretto alla realizzazione della rete pubblica nazionale sulle aree bianche, cioè a fallimento di mercato, e si fonda sull'accordo tra lo Stato e le Regioni, sebbene si tratti di una competenza esclusiva dello Stato legittimato a dettare norme nel settore delle infrastrutture di comunicazione in ragione delle seguenti materie dettate dall'art. 117, c. 2, Cost.: l'ordinamento civile, il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale e la tutela della concorrenza.

Nel 2018, Open Fiber è risultata aggiudicataria di tre procedure di gara per la concessione della costruzione e della gestione di una infrastruttura passiva a banda ultra larga nelle cosiddette "aree bianche" del territorio italiano, bandite nell'ambito del *Piano strategico Banda Ultralarga*.

Il rilievo per cui le tre gare per la copertura con fibra ottica delle aree bianche siano state aggiudicate da una società partecipata non deve destare sospetti: come precisato nel Piano strategico per la banda (ultra)larga, nelle aree bianche e anche in quelle grigie si è verificato un cortocircuito del mercato liberalizzato che ha richiesto l'intervento (seppur indiretto) dello Stato. Il rischio di compromettere il giuoco della concorrenza è ben giustificato dall'esigenza di ridurre il *digital divide* e l'accesso universale alla connessione *internet* per consentire la transizione verso la *Gigabit society*.

Contro l'aggiudicazione Telecom Italia S.p.A. ha presentato ricorso al giudice amministrativo che lo ha rigettato. Nelle more del giudizio di secondo grado in seno al Consiglio di Stato, Telecom ha sollevato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una procedura ristretta disciplinata dall'art. 28, dir. 2014/24/UE, come quella di cui trattasi nella controversia principale. La domanda di pronuncia pregiudiziale – Corte giust. 11 luglio 2019, C-697/17, *Telecom Italia S.p.A. c. Ministero dello Sviluppo Economico e Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) S.p.A.*, – verteva sul requisito di identità giuridica e materiale elaborato dalla Corte alla luce dell'art. 51, dir. 2004/17/Ce, nella sentenza del 24 maggio 2016, C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S c. Banedanmark* possa trovare applicazione.

In fatto, Open Fiber aveva stipulato un accordo di fusione successivo alle fasi di prequalifica e di quella di presentazione delle offerte. Tuttavia, l'art. 28, par. 2, prima frase, dir. 2014/24/UE sancisce che l'operatore economico che presenta un'offerta deve, in linea di principio, essere quello che è stato prequalificato. Tale disposizione non prevede norme riguardanti le modifiche eventualmente intervenute nella struttura o nella capacità economica e tecnica del candidato prequalificato. Tenuto conto del requisito dell'identità giuridica e sostanziale tra gli operatori economici prequalificati e quelli che presentano le offerte, la Corte di giustizia UE ha concluso nel senso per cui l'art. 28, par. 2, prima frase, dir. 2014/24/UE, non osta a che, nell'ambito di una procedura ristretta di aggiudicazione di un appalto pubblico, un candidato prequalificato che si impegni a incorporare un altro candidato prequalificato, in forza di un accordo di fusione concluso tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle offerte e attuato dopo tale fase di presentazione, possa presentare un'offerta.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

tà dovute alla tendenziale non vincolatività delle comunicazioni della Commissione europea, quali strumenti atipici di *soft-law*, che conviene indagare.

Nel piano approvato dal Governo italiano il 3 marzo 2015 (*Strategia italiana per la Banda Ultralarga*) per ridurre il *gap* infrastrutturale nell'ambito delle comunicazioni elettroniche emerge che il «salto di qualità» può raggiungersi solo attraverso l'intervento pubblico. Conformemente all'orientamento eurounitario, quest'ultimo è ammissibile quando contribuisce a determinare un netto miglioramento⁶¹ che si verifica se la rete sovvenzionata apporta al mercato nuove significative capacità in termini di disponibilità, velocità e concorrenza del servizio di banda larga rispetto alle reti esistenti.

I modelli⁶² individuati dalla Strategia del 2015 sono:

- a) il modello diretto attraverso cui lo Stato italiano si avvale di una società *in-house* – Infratel Italia S.p.a. (di seguito anche “Infratel”) – la cui *mission* consiste nel curare i programmi di infrastrutturazione del Paese, in particolare con riferimento allo sviluppo della rete di banda (ultra)larga e dei servizi pubblici di connessione *Wi-Fi* nella cornice della *Strategia*. In particolare, Infratel⁶³ si occupa di realizzare le parti passive della rete di accesso date in concessione attraverso una procedura aperta;
- b) la *partnership* pubblico-privata⁶⁴ che prevede la partecipazione pubblica al capitale di una società mista pubblico-privato che agi-

⁶¹ Il punto 97 della Comunicazione 36/01 del 2023 definisce i fattori per determinare il «salto di qualità, che «si ottiene se, a seguito dell'intervento statale, sono soddisfatte le condizioni seguenti: a) lo sviluppo della rete fissa o mobile finanziata dallo Stato rappresenta un nuovo, ingente investimento; e b) la rete finanziata dallo Stato apporta al mercato nuove capacità di rilievo in termini di disponibilità, capacità, velocità e concorrenza dei servizi a banda larga».

⁶² Sul portale *web* di Infratel, nella sezione dedicata ai fondi comunitari 2014-2020 impiegati per lo sviluppo della banda ultra larga, sono riportati dei modelli parzialmente divergenti: 1) in primo luogo, è richiamato il modello diretto caratterizzato da un bando di gara per l'affidamento di un appalto pubblico. In questo caso, la proprietà dell'infrastruttura resta pubblica e gli operatori economici possono usufruirne mediante la cessione di diritti d'uso (modalità *indefeasible right of use*); 2) nei modelli a contributo, invece, la proprietà dell'opera resta dell'operatore aggiudicatario, nonostante sia finanziata in parte con fondi pubblici; 3) oltre alla costruzione, attraverso il modello a concessione è possibile affidare all'operatore economico anche i compiti di manutenzione e di gestione dal punto di vista tecnico-commerciale della rete, che rimane anche in questo caso di proprietà pubblica.

⁶³ Partecipata al 100% da Invitalia S.p.A., a sua volta partecipata al 100% dal Ministero delle imprese e del *made in Italy*.

⁶⁴ Non si tratta del partenariato pubblico-privato ma si riferisce a una forma di intervento indiretto dello Stato nel mercato. Nel primo senso statuisce invece l'art. 1, c. 2, l. 18 giugno 2009, n. 69 affermando che «la progettazione e la realizzazione delle infrastrutture di

sce da operatore *wholesale*. In questo modello vi rientra la società Open Fiber S.p.A. qualificata come *wholesale operator*.

I due modelli (*sub a*) e b) non sono autoescludenti: nel sistema italiano i due approcci dialogano e si intersecano a vicenda. Le gare pubbliche messe a bando da Infratel sono prevalentemente vinte da Open Fiber, creando così un meccanismo di monopolio indiretto⁶⁵;

- c) l'ultimo modello proposto dalla Strategia è definito «a contributo», in cui lo Stato interviene indirettamente nell'economia e guida piuttosto l'attività d'impresa mediante incentivi per la realizzazione di specifici impianti, fondi di garanzia per prestiti agevolati, sgravi fiscali. Un altro elemento di rilievo è costituito dall'attribuzione della titolarità dell'opera, conseguente alla realizzazione della stessa.

La Strategia del 2015 opera una generale bipartizione: nel modello dell'intervento diretto, al completamento delle opere, la proprietà delle infrastrutture rimane interamente pubblica; mentre in quello a contributo «le infrastrutture saranno di proprietà del privato che le realizza e questi dovrà sottostare agli obblighi previsti dal regime di aiuto e rendere disponibili le infrastrutture agli altri operatori che ne facciano richiesta con prezzi definiti dall'Autorità garante per le comunicazioni [d'ora anche AGCOM] che tengano conto del contributo ricevuto dallo Stato»⁶⁶.

Di recente è stata adottata una nuova strategia per la realizzazione delle infrastrutture di banda larga (*Strategia italiana per la Banda Ultra Larga 2023-2026*) dal Comitato Interministeriale per la Transizione Digitale il 6 luglio 2023, nell'ambito della quale l'intervento pubblico diventa necessario e diffuso, a prescindere dal modello di riferimento, per assicurare l'effettiva utilizzabilità e accesso alle reti delle comunicazioni elettroniche. Ad esempio, per i piani «Sanità connessa»⁶⁷ e «Isole minori» l'infrastruttura «verrà implementata attraverso modelli di investimento diretto.

cui al comma 1 nelle aree sottoutilizzate possono avvenire mediante modalità di finanza di progetto».

⁶⁵ Sul punto, cfr. la «vicenda Open Fiber» descritta alla nota 51. Vero è che la nozione di servizio universale di derivazione comunitaria «è compatibile con la presenza di un unico gestore pubblico operante in regime di riserva legale. In questo caso gli obblighi di servizio universale sono posti in capo all'unico gestore» (M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 198).

⁶⁶ *Strategia italiana per la Banda Ultralarga* del 2015, 30.

⁶⁷ Si veda www.innovazione.gov.it/dipartimento/focus/piano-sanita-connessa/.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

Sui modelli di intervento pubblico, la nuova Strategia⁶⁸ non introduce novità rispetto alla pianificazione precedente. L'approccio è evidentemente influenzato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, non solo per gli obiettivi fissati in conformità al reg. Ue n. 2020/2094 – che istituisce il *Next Generation EU* – bensì anche per lo stringente orizzonte temporale del 2026.

La nuova rete sarà interamente finanziata e di proprietà dello Stato e sarà gestita da uno o più operatori che verranno scelti sulla base di un processo di selezione competitivo, aperto, trasparente e non discriminatorio, rispettando il principio di neutralità tecnologica⁶⁹.

Ne deriva che l'obbligo di garantire l'accesso all'infrastruttura grava solo sulla proprietà privata, e non già anche sullo Stato. Se per quest'ultimo non si può ammettere la sussistenza in via implicita dell'obbligo, allora si riscontra un *favor* nei confronti della sfera pubblica rispetto alla realizzazione delle infrastrutture in discorso. In questo senso si pone anche la proposta di Regolamento europeo sulle reti di comunicazione elettronica *Gigabit* del 23 febbraio 2023⁷⁰ il cui considerando 14 stabilisce che debbono essere previsti dei «diritti per le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica o risorse correlate (*comprese le imprese pubbliche* [enfasi aggiunta]) ai fini dell'accesso all'infrastruttura fisica». In considerazione del riconoscimento dell'insufficiente redditività di alcune aree del mercato, idealmente il soggetto pubblico dovrebbe garantire la fornitura del servizio principale, ossia la realizzazione dell'infrastruttura; mentre, gli operatori di rete privati sarebbero tenuti a contribuire al conseguimento degli obiettivi digitali⁷¹ mediante l'erogazione del servizio di distribuzione delle comunicazioni elettroniche.

⁶⁸ Giova precisare che si tratta un atto deliberativo che contiene gli impegni programmatici del Governo (art. 2, c. 3, lett. a), l. 23 agosto 1988, n. 400).

⁶⁹ Si veda la Strategia Italiana per la Banda Ultralarga *Verso la Gigabit Society*, 25 maggio 2021, rispettivamente 9 e 14. Per neutralità non si dovrebbe intendere che l'investitore pubblico deve perseguire le medesime logiche di mercato dell'investitore privato; al contrario, la neutralità permette di scindere l'intervento pubblico dalla competitività concorrenziale, poiché si sostanzia nella finalità di erogare il medesimo servizio alla collettività che può fruirne in modo perequato.

⁷⁰ È in corso di discussione tra il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea un regolamento generale sull'infrastruttura *Gigabit* che andrà a sostituire la direttiva 2014/61/UE. La proposta di regolamento è particolarmente rilevante rispetto al riconoscimento espresso nei riguardi dell'importanza strategica che le infrastrutture digitali rivestono.

⁷¹ A questo riguardo si veda la decisione Ue 2022/2481.

4. L'accesso «riservato» dello Stato alla luce della procedura ad evidenza pubblica

Alla luce delle considerazioni che precedono, i ripetuti *shock* economico-sociali dell'ultimo quarantennio hanno contribuito alla rapida diffusione della necessità di proteggere alcuni settori ritenuti strategici per lo Stato, riportando in auge il concetto di «riserva pubblica»⁷².

⁷² Sul concetto richiamato cfr. S. Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in questa *Rivista*, 2022, 293 ss., spec. 309-310 per cui il concetto di «titolarità pubblica» deve tenersi distinto e separato da quello di «riserva pubblica»; in questo modo si può corroborare la concezione della «soggettività temperata». Non si ritiene condivisibile «demonizzare» il rapporto pubblico servizio-riserva pubblica. Al riguardo, i servizi di comunicazione elettronica possono essere confrontati, per assonanza, con quello postale, il quale apparteneva in esclusiva allo Stato – cfr. art. 1, d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (testo unico in materia postale), nonché con quelli di bancoposta e di telecomunicazioni. Giova richiamare sul tema che prima dell'abrogazione di tutte le norme presenti nel testo unico in riferimento alle comunicazioni elettroniche, a seguito dell'introduzione del codice del 2003, l'art. 183 del d.P.R. n. 156 disponeva che «le amministrazioni dello Stato possono provvedere, nello interesse esclusivo dei propri servizi, alla costruzione ed allo esercizio di impianti di telecomunicazioni, previo consenso dell'Amministrazione, alla quale spetta anche di autorizzare il collegamento di tali impianti alla rete urbana od a quella interurbana, alle condizioni stabilite nel regolamento». Una norma non dissimile è confluita nel codice delle comunicazioni elettroniche nel quale l'art. 51, c. 1, recita che «gli impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico, quelli esercitati dallo Stato e le opere accessorie occorrenti per la funzionalità di detti impianti hanno carattere di pubblica utilità, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327» e perciò non ci sarebbe bisogno di adottare la dichiarazione di pubblica utilità per procedere all'espropriazione conseguente. Si tratta, in effetti, di due regimi differenti previsti per gli impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico (c. 1) e gli impianti di reti di comunicazioni elettronica e le opere accessorie di uso esclusivamente privato (c. 2) i quali possono «essere dichiarati di pubblica utilità con decreto del Ministro dello sviluppo economico, ove concorrano motivi di pubblico interesse». Per questo motivo, solo le installazioni di infrastrutture ad uso pubblico sono sanzionabili in assenza di autorizzazione (art. 98 del cod.comm.el.), e non già anche quelle private per le quali è sufficiente una segnalazione certificata di inizio attività (art. 99, c. 4, cod.comm.el.). In generale, sotto vari profili circa la pubblica utilità cfr. S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, Giuffrè, 2007.

Sicché, si può osservare che nella transizione dal testo unico sulle telecomunicazioni al codice delle comunicazioni elettroniche – in chiave ricostruttiva, cfr. N. Rangone, *Comunicazioni elettroniche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1101 ss. – la realizzazione dell'impianto che ospita le reti di comunicazione elettronica è retta non più dall'art. 43 Cost., per cui, in ragione della riserva pubblica, la concessione sarebbe possibile solo a imprese pubbliche, bensì dall'art. 41, III co., Cost. in riferimento all'attività economica pubblica, esercitata da privati. A una attenta lettura combinata tra le due norme emerge una contrapposizione tra l'iniziativa economica privata e la riserva pubblica giustifi-

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

In generale, l'Unione riconosce «il diritto degli Stati membri di riservare capacità per reti di comunicazione elettronica, anche in assenza di richieste specifiche, allo scopo di soddisfare la domanda futura di infrastrutture fisiche e ottimizzare il valore delle opere di genio civile, oppure di adottare misure che prevedano diritti simili di coordinamento di opere civili per gli operatori di altri tipi di reti, come ad esempio le reti del gas e dell'elettricità» (cons. 25, dir. 2014/61/UE). In questo senso si pone anche quanto riportato nell'Allegato I alla dir. 2014/25/UE, recante l'elenco delle attività soggette alla disciplina dell'evidenza pubblica, per cui sono equiparati all'installazione di impianti elettrici in edifici, o in altre opere di costruzione, i sistemi di telecomunicazione. L'Allegato non esplicita cosa si debba intendere per «sistemi di telecomunicazione», potendosi perciò considerare come un'espressione omnicomprensiva di varie tecnologie di rete.

L'installazione di tali sistemi in edifici⁷³ sarebbe assoggettata alla di-

cata da due elementi: i fini di utilità generale e il carattere di servizio pubblico essenziale. Ne deriva che l'attività riservata si pone come controaltare – o meglio come modello economico alternativo – alla gestione imprenditoriale liberalizzata.

Certo è che non necessariamente deriva dalla natura pubblica del servizio anche un regime di esclusiva degli operatori privati. Sia consentito richiamare una risalente pronuncia della Corte costituzionale, 21 luglio 1981, n. 148 in materia di servizio radiotelevisivo secondo la quale l'introduzione di una normativa *antitrust* non comporta il venir meno della riserva: «il servizio pubblico essenziale di radioteletrasmissione, su scala nazionale, di preminente interesse generale, può essere riservato allo Stato in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato. Necessità, va aggiunto, che non emerge soltanto in relazione alla maggiore o minore disponibilità delle frequenze di trasmissione, ma attiene altresì alla natura del fenomeno delle radioteletrasmissioni visto nel contesto socioeconomico in cui esso è destinato a svilupparsi» (cons. dir., punto 2).

In questo senso, l'affidamento di un servizio dovrebbe essere fondato anche su una valutazione di segno utilitaristico, che si comprende quelle di efficienza, efficacia ed economicità dello strumento, ma in aggiunta tiene conto dello scrutinio sull'opportunità di mantenere – anche con strumenti di matrice privatistica – entro le maglie pubbliche il servizio in questione. Del resto, nelle comunicazioni della Commissione europea sopra richiamate si comprende tra i modelli di erogazione del servizio di banda (ultra)larga il meccanismo dell'*in-house providing* piuttosto che della partecipazione statale al capitale sociale di un'impresa privata. Aggiungasi che l'approccio utilitaristico non consente di ricondurre lo scrutinio in discorso al giudizio sull'essenzialità del servizio: quest'ultima, infatti, sarebbe riferibile solo agli *standard* qualitativi, e non già anche alla pubblicità del servizio che invece è presupposta. Dunque, si tratterebbe di una valutazione propria della pubblica amministrazione, ancorché sia ancora aperto il problema se ritenerla attività vincolata o discrezionale.

⁷³ L'Allegato non specifica se si tratta di edifici pubblici o privati. Tuttavia, confrontando la normativa europea con l'attuale codice degli appalti interno, si deve ritenere che l'evidenza pubblica sia applicabile solo agli interventi su edifici pubblici, mentre per quelli

sciplina dell'evidenza pubblica, e precisamente al settore speciale delle reti elettriche (o del gas), come allude il considerando 25, dir. 2014/61/Ue. In questo senso si pone anche l'art. 2 della medesima direttiva in cui si equipara l'operatore di rete di comunicazioni elettroniche a quelli che si occupano della produzione, trasporto o distribuzione di «i) gas, ii) elettricità, compresa l'illuminazione pubblica, iii) riscaldamento, iv) acqua». Ne deriva che non solo la posa in opera⁷⁴ di cavi e fibre ottiche è riconducibile ai settori speciali⁷⁵ degli appalti pubblici, ma questa può anche essere soggetta a una riserva di capacità dello Stato di imporre che tutte le nuove infrastrutture (tra cui reti idriche, energetiche, di trasporto e fognarie) e/o i nuovi edifici siano dotati di portanti idonei alle reti di accesso di nuova generazione («reti NGA»).

L'art. 56, c. 1, del nuovo codice dei contratti pubblici riprende solo in parte quanto precisato da quello precedente nell'art. 15 – che a sua volta ricalcava l'art. 8, dir. 2014/24/Ue. La norma interna attualmente in vigore provvede ad escludere dall'applicabilità delle disposizioni del codice relative ai settori ordinari gli «appalti pubblici finalizzati a permettere alle stazioni appaltanti la messa a disposizione o la gestione di reti di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche» (c. 1, lett. b). La *ratio* dell'esclusione potrebbe derivare da una duplice matrice: europea, nell'ambito della quale l'esclusione costituisce il precipitato dell'applicazione del modello economico delle liberalizzazioni; nazionale, in quanto dipenderebbe dalla particolare valenza strategica rappresentata dal settore delle comunicazioni elettroniche. A quest'ultimo riguardo, giova osservare che già la dir. 2004/18/Ce esplicitava⁷⁶ la ragione dell'esclusione del settore delle telecomunicazioni dall'applicazione delle norme sugli appalti

privati lo Stato si può limitare a promuovere l'installazione di nuove reti attraverso sovvenzioni o incentivi.

⁷⁴ Si tratta per la maggior parte di interventi di ingegneria civile caratterizzati da opere di scavo, posa di cavi, cablaggi verticali, ecc. Giova osservare che i cavi verrebbero esclusi dalla definizione di infrastruttura fisica dalla più recente proposta della Commissione europea per un regolamento in merito alle reti di comunicazione elettronica *Gigabit* del 23 febbraio 2023.

⁷⁵ Sia nel caso del Piano “Scuole connesse” (v. nota 33), sia in quello “Sanità connessa” (v. nota 34), la gara, bandita da Infritel Italia S.p.A., ha osservato la modalità di procedura aperta per i settori ordinari di cui al precedente codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016.

⁷⁶ Si veda il cons. 21 per cui «in considerazione della situazione di concorrenza effettiva degli appalti nel settore delle telecomunicazioni in seguito all'attuazione della normativa comunitaria volta a liberalizzare tale settore, è opportuno escludere dal campo di applicazione della presente direttiva gli appalti pubblici in tale settore, a condizione che siano aggiudicati allo scopo principale di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare talune attività nel settore delle telecomunicazioni».

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

pubblici in considerazione della impermeabilità del settore alla condizione di concorrenza effettiva.

Dieci anni dopo, questa impostazione è stata ripresa dall'art. 8, dir. 2014/24/Ce – che abroga quella del 2004 – anche se non espressamente ricollegabile alla liberalizzazione. Ancorché si ammetta l'esclusione per ragioni strategiche, essa dovrebbe valere solo per l'attività principale e non già anche per quelle strumentali⁷⁷. Si tratterebbe perciò di attività diverse dalla gestione delle reti pubbliche di telecomunicazioni e dalla prestazione al pubblico di servizi di comunicazione elettronica.

Ciò anche in ragione di quanto precisato dal citato articolo 8: solo la disposizione e/o la gestione delle reti pubbliche di telecomunicazione sono escluse, non già anche la realizzazione delle infrastrutture che invece ben potrebbe essere ricondotta nel settore speciale degli appalti di impianti elettrici, ove si trattasse di implementazione di edifici⁷⁸. Se invece l'intervento avesse ad oggetto la realizzazione di impianti al di fuori di tali edifici, pubblici o privati, si verificherebbe un aggravio procedurale dovuto alla contestuale applicazione di più discipline: urbanistica ed edilizia, ambientale, beni culturali e del paesaggio. Quindi, solo l'affidamento della gestione, disposizione e prestazione dei servizi di comunicazione elettronica sfugge all'evidenza pubblica, trattandosi di un mercato tradizionalmente chiuso.

L'assenza di offerta in determinate aree geografiche rappresenta la conseguenza negativa di un'eccessiva apertura al mercato di un settore strategico. In questo senso si pone l'art. 11, d.lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche) che consente agli operatori privati, che intendono avviare attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione generale «subito dopo la notifica» (c. 3). Dunque, non solo è libero l'accesso al mercato – che di fatto è limitato poiché il modello oligopolistico⁷⁹ è perdurato nel corso dei

⁷⁷ Se si configurasse il servizio di cablaggio come strumentale, questo dovrebbe essere incluso nei settori ordinari e pertanto soggetto all'evidenza pubblica.

⁷⁸ Sul punto cfr. il "gruppo" 45.2 – Costruzione completa o parziale di edifici; genio civile – dell'Allegato I alla dir. 2014/25/Ue.

⁷⁹ L'art. 11, c. 9, d.lgs. n. 259/2003, fissa la durata delle autorizzazioni generali a massimo venti anni. Ciò comporta l'esclusione dall'ingresso nel mercato della realizzazione di infrastrutture fisiche di nuovi operatori almeno per quell'arco temporale. Vero è che gli Stati membri debbono intervenire affinché il titolare esclusivo della rete (pubblica) consenta l'accesso alla sua infrastruttura fisica agli altri operatori anche per l'installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità (art. 3, par. 1, dir. 2014/61/Ue). In genere, le strutture fisiche dovrebbero poter ospitare anche più reti di comunicazione elettronica contemporaneamente, come nel caso della fibra inattiva per «far passare cavi, apparecchiature o qualsiasi altro elemento di una rete di comunicazioni elettroniche, indipendentemente da

decenni, anche in assenza di un intervento diretto dello Stato – ma lo è pure la cessazione dell'attività d'impresa⁸⁰.

Si evince che l'economia di mercato liberalizzato ha comportato l'instaurazione di un modello basato sulla libera iniziativa dell'operatore, in assenza della quale si registra una carenza di distribuzione equa sul territorio e tra la popolazione del servizio in discorso.

Il (paventato) ritorno dello Stato entro i confini di questo settore merceologico troverebbe giustificazione nella prassi. In particolare, il *modus operandi* osservato dall'agente pubblico per incentivare la realizzazione delle reti in discorso si è sviluppato lungo tre fasi: nella prima, sono stati introdotti⁸¹ benefici e agevolazioni alle quali gli operatori privati potevano liberamente accedere, purché nel rispetto di alcune condizioni sia soggettive – concer-

chi ne sia l'utilizzatore effettivo o il proprietario» (cons. 15, direttiva n. 61). Un operatore di rete può rifiutare l'accesso a determinate infrastrutture fisiche per motivi oggettivi. Questi si possono riassumere nelle seguenti condizioni: l'infrastruttura fisica può non essere tecnicamente adatta a causa di particolari circostanze connesse all'infrastruttura alla quale è stato richiesto l'accesso, quale l'attuale mancanza di spazio disponibile, o a causa di necessità future in termini di spazio sufficientemente dimostrate (cons. 17). In questo senso spetta agli Stati membri individuare gli edifici specifici posseduti o controllati da enti pubblici nel loro territorio ai quali gli operatori privati non possono accedere, ad esempio «per motivi di valore architettonico, storico, religioso o naturalistico»: così, il cons. 17 della proposta di regolamento sulle reti di comunicazione elettronica Gigabit del 23 febbraio 2023. Dunque, il bilanciamento degli interessi in gioco viene affidato agli enti pubblici titolari delle infrastrutture fisiche ed è sottratto alle logiche di mercato.

Per rispettare tale previsione a livello eurounitario, l'art. 3, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 259/2003, è stato modificato in più occasioni: affinché l'accesso all'infrastruttura possa essere legittimamente rifiutato dal titolare della rete, non è più sufficiente – come previsto in costanza della modifica di cui al d.lgs. n. 33/2016 – che l'infrastruttura fisica sia «oggettivamente inidonea»; è altresì necessario – si tratta di integrazioni aggiunte dalla legge annuale sulla concorrenza per il 2021 (l. 12 agosto 2022, n. 118) – che «nel comunicare il rifiuto [siano] elencati gli specifici motivi di inidoneità allegando, nel rispetto dei segreti commerciali del gestore della infrastruttura e dell'operatore di rete, planimetrie e ogni documentazione tecnica che avvalorino l'oggettiva inidoneità, con esclusione della documentazione che possa costituire uno scambio di informazioni sensibili ai fini della concorrenza o che possa mettere a rischio la sicurezza delle infrastrutture fisiche» (art. 3, c. 4, nuova lett. a), d.lgs. n. 33/2016). In ciò si registra il vuoto normativo celato nell'art. 11, d.lgs. n. 259 del 2003, sull'autorizzazione generale resa per l'attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica. Infatti, nella notifica non è richiesto dichiarare l'adeguatezza dell'opera a futuri interventi, ma è sufficiente riportare «una breve descrizione delle reti o dei servizi che si intende fornire» (lett. f).

⁸⁰ Art. 11, c. 8, d.lgs. n. 259/2003 per cui l'uscita dal mercato «può aver luogo in ogni tempo», purché sia notificato dall'operatore un preavviso di tre mesi al Ministero e all'Autorità.

⁸¹ Art. 6, d.l. 12 settembre 2014, n. 133.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

nenti i valori demografici dei luoghi in cui si sarebbe proceduto alla posa in opera della fibra – sia oggettive – il tipo di tecnologia impiegato, la novità degli interventi infrastrutturali, la soddisfazione di un obiettivo di pubblico interesse previsto dall'Agenda digitale europea⁸².

A partire dal 2017, invece, gli incentivi statali vennero erogati non attraverso sovvenzioni o erogazioni a fondo perduto ma come corrispettivo per l'acquisto di diritti d'uso di infrastrutture di posa di cavi in fibra ottica, a integrazione della rete di telecomunicazioni a larga banda realizzata da Infratel⁸³. In seguito, ma riconducibile alla medesima "fase evolutiva", la sottoscrizione dell'accordo quadro per regolare l'esercizio dei diritti d'uso fu sostituita⁸⁴ dall'aggiudicazione per l'affidamento dei lavori di realizzazione di impianti in fibra ottica per una rete a banda (ultra)larga, comprensiva della fornitura e posa in opera dei cavi. Ne deriva, perciò, un mutamento nell'oggetto del bando: al fianco della concessione limitata alla costruzione, manutenzione e gestione della rete a banda (ultra)larga, precedentemente realizzata da Infratel e per questo motivo deve considerarsi «di proprietà pubblica»⁸⁵, si aggiunge la fornitura di servizi di connettività *internet* a banda ultra larga.

⁸² Contenuta nella comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26 agosto 2010.

⁸³ Facendo parte del gruppo Invitalia, può ritenersi applicabile per analogia la norma che qualifica l'Agenzia quale "centrale di committenza", della quale possono avvalersi tutte le Amministrazioni interessate alla realizzazione di investimenti finanziati con risorse nazionali e dell'Unione Europea ai sensi del codice dei contratti pubblici: v. l'art. 55-bis, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

⁸⁴ La nozione di «accordo quadro» – di cui all'art. 2, c. 1, lett. n) dell'Allegato I.1 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, definito come quell'«accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste» – differisce da quella sugli appalti pubblici, qualificati come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi» (lett. b), nonché dalle concessioni per mezzo delle quali si «affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (lett. c).

⁸⁵ Si veda la comunicazione di Infratel del 22 giugno 2017 concernente la sottoscrizione delle convenzioni tra Open Fiber S.p.A. e Infratel, relativo all'affidamento di una concessione di costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a banda ultra larga di proprietà pubblica nelle aree bianche del territorio delle Regioni Abruzzo e Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto: www.infratelitealia.it/archivio-documenti/documenti/comunicazione-di-sottoscrizione-convenzioni-procedura-ristretta-ex-articolo-61-del-d-lgs-n-502016-relativa-alla-procedura-di-gara-indetta-da-infratel-italia-s-p-a-per-laffidamento-di.

Si deve probabilmente a questa operazione la conseguente sovrapposizione tra i due differenti servizi nell'ordinamento. In sostanza, l'operatore economico che intende formulare un'offerta non può più limitarsi a dimostrare la sua capacità tecnico-economico-finanziaria per il servizio di cablaggio; dovrà altresì garantire l'erogazione del servizio di connessione *internet*.

Il regime giuridico della concessione si è andato via via sostituendo a quello dell'autorizzazione⁸⁶, in considerazione della cessione di un bene ad uso pubblico che si sostanzia nell'attribuzione in capo all'operatore economico di obblighi essenzialmente connessi alla costruzione degli impianti e delle reti; mentre la stazione appaltante resterà titolare di poteri di controllo, ai quali deve necessariamente accompagnarsi l'esercizio del potere sostitutivo.

In questo senso, dal decreto del Ministero delle imprese e del *made in Italy* (già dello sviluppo economico) del 1° ottobre 2013 si desume che può procedersi all'installazione di infrastrutture digitali previo rilascio della concessione⁸⁷. Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 3, c. 1, d.m. richiamato, l'installazione segue le regole del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285⁸⁸, e pertanto il posizionamento delle infrastrutture digitali deve essere autorizzato da parte dell'«Ente locale ovvero [d]alla figura soggettiva pubblica proprietaria delle aree»⁸⁹.

Infine, la terza fase, più recente e che non si sostituisce alla seconda tendenza ma vi si affianca, è caratterizzata dal susseguirsi di una serie di interventi legislativi volti, anche alla semplificazione procedimentale per la realizzazione di reti pubbliche di comunicazione. Vero è che già a partire dal d.l. n. 135/2018 furono introdotte una serie di misure prevalentemente volte a ridurre i tempi⁹⁰ di rilascio delle autorizzazioni per il dispiegamento delle reti.

⁸⁶ Una parte della dottrina ha correttamente evidenziato che «il passaggio da un sistema di concessioni (concorrenza per il mercato) a un sistema di autorizzazioni (concorrenza nel mercato) è una soluzione percorribile in quei settori caratterizzati dalla presenza di autorità amministrative indipendenti che svolgono funzioni di regolazione per l'erogazione del servizio e per l'accesso alle relative infrastrutture, provvedendo [...] a definire i livelli di qualità del servizio» (M. Calcagnile, *Monopoli e private nei servizi di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 644).

⁸⁷ Si veda in particolare l'art. 4, c. 6, per cui, «al fine di prevenire possibili cedimenti e demolizioni delle infrastrutture di sottoservizio già esistenti, eventualmente interferenti con l'infrastruttura digitale, in fasi di rilascio della concessione di installazione dell'infrastruttura digitale l'Ente gestore della strada potrà richiedere all'Ente operatore la realizzazione di indagini preliminari sull'area oggetto dell'intervento».

⁸⁸ Recante il codice della strada.

⁸⁹ Art. 49, d.lgs. n. 259/2003, ma anche l'art. 11, d.m. 1° ottobre 2013 sugli obblighi dell'ente gestore della strada.

⁹⁰ Si pensi alla deroga introdotta all'art. 22, c. 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in materia

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

Dal quadro descritto emerge un'impostazione generalmente introversa nei riguardi della presenza pubblica nel mercato del settore in discorso, ribadita e rafforzata anche a seguito della crisi pandemica del 2020. Si pensi ai bandi di gara "Scuole connesse"⁹¹ e "Sanità connessa" pubblicati nell'ambito dell'attuazione del PNRR⁹². Invero, l'interventore statale può spingersi anche oltre agli interventi pubblici menzionati. Il recente orientamento espresso dal Governo italiano che equipara⁹³ alle opere di urbanizzazione primaria le opere di infrastrutturazione per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica, si pone in continuità con l'art. 51 cod.comm.el. che attribuisce a tali impianti «carattere di pubblica utilità». Il mutamento di paradigma mostra l'attenzione – *rectius*, preoccupazione – che il Governo nazionale sta rivolgendo al settore delle infrastrutture di comunicazione elettronica mediante il ricorso a regimi giuridici che segnano la dequotazione del regime autorizzatorio.

5. L'auspicata configurazione autonoma del servizio di cablaggio

Occorre domandarsi se la realizzazione dell'infrastruttura «fisica» non costituisca un servizio autonomo e non meriti dunque un'attenzione diversificata rispetto a quelli di comunicazione elettronica in senso lato. In verità, la Commissione europea è volta a promuovere il riutilizzo delle infrastrutture esistenti, al fine di contribuire a ridurre il costo complessivo per la realizzazione di una nuova rete a banda larga. Ne deriva che l'esercizio dei poteri pubblici in economia troverebbe giustificazione solo per l'installazione di impianti nuovi, o per lo sviluppo di quelli esistenti, e non già per interventi di manutenzione o di ordinaria gestione.

di autorizzazione relativa ad interventi in materia di edilizia pubblica e privata, il termine previsto è di 120 giorni: il d.lgs. n. 135 è invece intervenuto riducendolo a 90 giorni. Gli interventi successivi, come il d.l. n. 18/2020, il n. 76/2020, il n. 77/2021, sono tutti equivalenti rispetto alla natura della semplificazione introdotta rispetto ai servizi di comunicazione elettronica, incidendo sia sulla riduzione dei termini per il rilascio delle relative autorizzazioni, sia sulla contestualità dei documenti rilasciati, evitando una eccessiva stratificazione di procedure diverse e multiple, sia sulla sospensione degli obblighi di rilascio preventivo di autorizzazioni ultronee come quella paesaggistica.

⁹¹ Si veda www.innovazione.gov.it/dipartimento/focus/piano-scuole-connesse/.

⁹² Si tratta di interventi di cui alla Missione 1, componente 2, investimento 3.1.3 (Scuola Connessa) e investimento 3.1.4 (Sanità Connessa).

⁹³ Si veda l'art. 2, c. 2, Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 2 novembre 2023 che stabilisce che «per l'installazione delle reti di comunicazione elettronica mediante posa di fibra ottica non si applica la disciplina edilizia e urbanistica».

È evidente che lo sviluppo delle infrastrutture, soprattutto nell'ambito delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICTs), assume un'importanza nevralgica per la ripresa economica e sociale di un Paese e si configura come uno dei temi principali di politica economica. Il nesso⁹⁴ tra infrastrutture e crescita non è affatto scontato, poiché sovente nel dibattito politico ed economico le prime vengono configurate in termini di incremento di spesa pubblica, anziché di benefici effettivi per la collettività. È decisamente sottovalutato il positivo impatto che l'incremento di dotazione strutturale del sistema genererebbe in termini di accresciuta disponibilità di servizi ad essa associata. L'oggetto principale dell'attenzione del legislatore eurounitario è il servizio nella logica concorrenziale, e non già infrastrutturale.

Invero, la realizzazione stessa delle reti, anche attraverso un approccio di *unbundling*⁹⁵, può essere considerata un servizio necessario per coniugare l'investimento sul territorio. Si tratta di infrastrutture essenziali innanzi alle quali l'autorità pubblica non può limitarsi a definire la *governance* per la gestione del servizio: dovrebbe essere altresì in grado di esprimere una visione strategica mediante interventi *ad hoc* che, pertanto, non costituiscono una distorsione del mercato se sono finalizzati allo sviluppo, alla crescita e alla sostenibilità della comunità di riferimento.

Nell'ordinamento eurounitario, e per derivazione anche in quello interno, si riscontra una nozione di «infrastruttura fisica» piuttosto ampia che è variata nel corso degli anni. In particolare, questa nozione si intarsia con i concetti di rete, pubblica e privata, che è utile indagare.

Il punto 19 della citata Comunicazione della Commissione europea n. 36/01 del 2023 inquadra la «rete a banda larga» come uno strumento per l'erogazione dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga (lett. a). Mentre invece l'infrastruttura consiste in «una rete a banda larga priva di componenti attive e generalmente costituita dall'infrastruttura fisica, quale definita all'articolo 2, secondo comma, punto 2), della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e da cavi (compresi fibra spenta

⁹⁴ Sul tema, dal punto di vista economico industriale, cfr. U. Monarca, *Le reti per il futuro*, in *L'Industria*, 2013, 217 ss.

⁹⁵ All'epoca della liberalizzazione, lo sviluppo della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni è stato coadiuvato dall'accesso *unbundling* del *local loop* (c.d. U.I.I.). Si tratta di un modello disaggregato di erogazione del servizio che concerne nella separazione tra le varie componenti della filiera produttiva per favorire una maggiore competitività nel mercato di riferimento; sul tema cfr. in modo approfondito C. Leporelli, P. Reverberi, *Praticabilità dell'"unbundling": aspetti regolamentari e tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 127 ss.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

e cavi in rame)» (punto 19, lett. b). Alla luce di questi riscontri, si possono intravedere i margini per una configurazione autonoma dell'opera infrastrutturale, ma non necessariamente come servizio autonomo.

Mentre, invece, il legislatore italiano ha ricondotto nel novero dell'infrastruttura fisica elementi attivi e passivi della rete, quali ad esempio tubature, piloni, cavidotti, pozzi di ispezione, pozzetti, centraline, edifici o accessi a edifici, installazioni di antenne, tralicci e pali⁹⁶. Si trattava di una definizione molto estesa che, invero, aveva un'unica eccezione consistente nei «cavi». Questa impostazione necessita di essere raffrontata con quanto disposto dallo stesso codice delle comunicazioni elettroniche, aggiornato in seguito nel 2021 – in modo pressoché conforme al precedente – il cui art. 1, c. 1, lett. b), precisa che il servizio di accesso, quando è riferito all'infrastruttura fisica, include edifici, condotti e piloni. In questo senso può farsi riferimento all'attività di cablaggio, ossia la materiale disposizione dei fili conduttori che collegano i componenti di un apparecchio o di un impianto.

Sotto il profilo definitorio emerge perciò il differente approccio seguito dal legislatore europeo, *in primis*, e da quello interno, *in secundis*, tra servizio infrastrutturale – volto alla realizzazione fisica della rete – e servizio di comunicazione elettronica in senso stretto, finalizzato alla distribuzione della connessione *internet*. In particolare, si registra una sovrapposizione tra il servizio di messa a disposizione della rete *internet* e l'impianto che materialmente conduce il segnale. Difatti, la fornitura di una rete di comunicazione elettronica include la realizzazione, la gestione, il controllo o la messa a disposizione di tale rete (art. 1, c. 1, lett. s, cod.comm.el.). Al riguardo, l'art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33 – che modifica il codice delle comunicazioni elettroniche – definisce la rete pubblica di comunicazioni come quella «utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico [e] che supporta il trasferimento di informazioni tra i punti terminali di reti». Rispetto alla versione originaria della nozione di «reti di comunicazione elettronica», contenuta nel vecchio art. 1, c. 1, dd), d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, quella recente modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, ne estende la portata anche alle infrastrutture private, poiché statuisce che sono reti quei sistemi di trasmissione che possono anche non essere «basati [...] su un'infrastruttura permanente o una capacità di amministrazione centralizzata» (art. 2, c. 1, lett. vv).

L'art. 22, c. 1, n. 2), l. 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale⁹⁷ per il mercato e la concorrenza 2021), ha sostituito la nozione di «infrastruttura fisica»

⁹⁶ Si veda l'art. 2, c. 2, lett. d), d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33.

⁹⁷ Giova osservare che la l. 30 dicembre 2023, n. 214 (legge annuale per il mercato e la

contenuta nel codice, limitandone i contenuti alla situazione in cui il titolare dell'impianto rifiuta l'intervento di installazione di ulteriori elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità ad opera di altri operatori.

Così, il servizio di cablaggio resterebbe separato rispetto a quello di comunicazione elettronica in senso stretto, quest'ultimo di norma a pagamento (art. 2, c. 1, lett. fff), d.lgs. n. 259/2003): mentre invece non è prevista una condizione economica a carico dell'utente finale per fruire della fibra ottica. Poiché i servizi di comunicazione elettronica nell'ordinamento italiano sono ancora qualificati come servizi universali, l'attività d'impresa dell'operatore privato non può essere determinata solo dalla logica del profitto, ma anche dal dovere di solidarietà che lo obbliga a fornire il servizio a categorie sociali non remunerative.

La configurazione autonoma del servizio di cablaggio ne assicurerebbe una più ampia diffusione, ma dimostrerebbe l'insuccesso dello Stato regolatore e il ritorno a una preminente posizione di promozione del mercato da parte del pubblico agente⁹⁸.

Tuttavia, questa impostazione si espone alla agevole critica di attribuire un ruolo taumaturgico allo Stato, in conseguenza alla configurazione autonoma del servizio di cablaggio, con il rischio⁹⁹ di oscurare le logiche di mercato di un settore che resta a tutti gli effetti liberalizzato. Probabilmente è per tale ragione che il legislatore interno è rimasto fedele all'impostazione eurounitaria del 2002 per cui si registra una sostanziale sovrapposizione fra le diverse attività imprenditoriali riconducibili ai servizi di comunicazione elettronica. Ne deriva che il ruolo ricoperto dall'autorità pubblica potrebbe essere duplice: da un lato, essa potrebbe limitarsi a un ruolo regolatorio, ma in questo caso dovrebbe provvedere affinché le reti realizzate da operatori private siano «idonee» (art. 22) a ospitare collegamenti multipli; dall'altro, poiché sarebbe preferibile che tali impianti siano neutri, ben potrebbe lo

concorrenza 2022) non contiene alcun richiamo alle infrastrutture per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica.

⁹⁸ Sui rischi e sui pericoli derivanti dall'assolutismo di questa posizione cfr. G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁹⁹ La configurazione autonoma del servizio infrastrutturale di cablaggio per le comunicazioni elettroniche potrebbe contribuire altresì alla realizzazione di opere duplici, una da parte dei privati e l'altra da parte del soggetto pubblico. La qualificazione delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche come *essential facility* non deve perciò condurre alla cosiddetta *wasteful duplication*: in questo senso cfr. G. Tassoni, *Infrastruttura di telecomunicazione elettronica e riserva statale della legislazione a tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, 283 ss., spec. 284 che richiama anche Cartei, *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 1059.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

Stato realizzarli esso stesso mediante il ricorso, anche combinato, a uno dei modelli sopra richiamati.

6. Considerazioni di sintesi

Il rilievo per cui la Commissione europea abbia mutato orientamento nel 2013, portando il servizio delle comunicazioni elettroniche sul piano dei SIEG, denota la consapevolezza per cui il mercato delle (tele)comunicazioni non era – ed è – adeguatamente universale da poter garantire dei livelli minimi quantitativi e qualitativi dei servizi.

Può osservarsi che il sistema eurounitario si presenta tollerante nei riguardi dell'intervento pubblico in economia, alla luce dei modelli di intervento pubblico e delle misure derogatorie della disciplina sugli aiuti di Stato. In conformità a tale impianto, le recenti tendenze¹⁰⁰ del legislatore italiano, in costanza dell'attuazione del NGEU e del REPOWEREU, mostrano un atteggiamento più incline a incentivare il ricorso a modelli para-pubblici per il perseguimento delle finalità di interesse generale: si pensi al recente d.lgs. n. 201 del 2022 mediante il quale si rafforza il ruolo svolto dalle società a partecipazione pubblica nell'erogazione dei servizi pubblici locali. Si assiste, in aggiunta, all'attribuzione al Governo di poteri di controllo a monte il cui esercizio comporta l'assunzione, da parte dello Stato, del ruolo di co-gestore e co-decisore delle strategie aziendali e delle attività imprenditoriali in relazione ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga.

Una ulteriore considerazione conviene che sia espressa sugli strumenti adottati dal legislatore eurounitario, e per osmosi da quello interno, per normare il settore che qui interessa. Dapprima mediante direttive che non rappresenterebbero la fonte di diritto originario più idonea a incentivare un quadro normativo omogeneo fra gli Stati membri. Al livello europeo si registra altresì un largo e diffuso ricorso a strumenti di *soft-law*, di indirizzo come le osservazioni della Commissione europea. Solo di recente, il legislatore europeo sta vagliando l'ipotesi di adottare un regolamento europeo – quello richiamato al par. 3.2 sulla transizione verso la *Gigabit society* – per normare l'economia delle infrastrutture digitali e per armonizzare le misure destinate alla riduzione dei costi di installazione, sinora disciplinati dalla dir.

¹⁰⁰ Si pensi all'art. 28, d.l. 21 marzo 2022, n. 21: in tema, cfr. A. Sandulli, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, cit., spec. 466). Pertanto, il grado di tolleranza nei confronti di una presenza attiva dello Stato in economia si è esteso oltre i confini del ruolo di vigilante.

2014/61/Ue. La scelta della Commissione europea di proporre l'adozione di uno strumento regolatorio è dipesa dai «limiti dimostrati nell'affrontare i problemi persistenti individuati, derivanti non soltanto dal suo approccio di armonizzazione minima, ma anche dal basso livello di armonizzazione perseguito»¹⁰¹. Il regolamento europeo ha il pregio di accelerare l'installazione delle reti a fronte di una direttiva che richiederebbe troppo tempo per il recepimento da parte degli Stati membri nel diritto nazionale, in un contesto in cui gli ordinamenti giuridici sono in forte ritardo innanzi alla rapida evoluzione dell'economia digitale. Questo problema è stato colto da Giacinto della Cananea¹⁰², il quale ha evidenziato la persistente dilatazione temporale nella realizzazione di nuove reti dovuta anche alla perdita della posizione di riserva originaria che occupava l'impresa pubblica sino agli anni Novanta.

Di contro, l'ordinamento interno è rimasto ancorato alla precedente impostazione¹⁰³, preferendo strumenti di indirizzo come piani e atti amministrativi generali, ovvero le linee di azione, per guidare l'andamento del settore. Ne deriva che le linee-guida e gli *standard* per l'implementazione delle reti veloci di comunicazione elettronica dovrebbero essere determinati a monte dall'esecutivo – auspicabilmente europeo, poiché riconducibili a scelte di politica industriale, a seguito di un procedimento caratterizzato da consultazioni e dal coinvolgimento dei gruppi d'interesse.

Occorre perciò domandarsi se il modello dello Stato interventore¹⁰⁴, o promotore¹⁰⁵, ovvero anche salvatore¹⁰⁶, possa considerarsi stabilizzato, a seguito della crisi, oppure rappresenta solo una risposta eccezionale e temporanea. Sembrerebbe che anche il mercato stia accettando alcune “naturali” distorsioni a fronte di esigenze di utilità pubblica, da ritenersi compatibili con l'ordinamento giuridico interno alla luce dell'art. 41, III c., Cost.¹⁰⁷.

¹⁰¹ Proposta di regolamento del 23 febbraio 2023, 5.

¹⁰² G. della Cananea, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 602.

¹⁰³ Sui limiti dell'impostazione codicistica e sull'incoerenza con il diritto eurounitario delle scelte ivi riportate, cfr. N. Rangone, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1173 ss., spec. 1182.

¹⁰⁴ S. Cassese, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in *Quaderni storici della Marche*, 1968, 402 ss., nonché, anche per altri profili, D. Gallo, *Servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁰⁵ Sul tema cfr. *Lo Stato promotore*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2021.

¹⁰⁶ In questo senso cfr. V. Minervini, *Il ritorno dello Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, 471 ss.

¹⁰⁷ La norma ammette fra le righe un'iniziativa economica privata dei pubblici poteri», assoggettata a limiti sia qualitativi che quantitativi: i primi ineriscono la scelta del modello

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

Giova osservare che il modello di mercato liberalizzato non produce i medesimi effetti per tutti i settori: per alcuni, data la capillarità e l'esigenza che l'erogazione del servizio sia diffusa il più possibile sia al livello geografico sia al livello demografico, è necessaria una presenza predominante dello Stato.

Pertanto, il servizio di cablaggio è accessorio e strumentale al servizio di erogazione della rete di connessione *internet*. Infatti, il fornitore della connessione si serve dell'infrastruttura cablata proprio al fine di erogare il servizio agli utenti. Tuttavia, se l'assoggettamento del servizio di cablaggio alle logiche di mercato di matrice neoliberale dipendesse eccessivamente da queste ultime, ciò comporterebbe l'esclusione di quelle comunità territoriali costituite da un numero esiguo di individui, accentuando il *digital divide*. La scelta di accedere al servizio di rete *internet* dovrebbe essere rimessa all'utente e non già all'operatore economico privato. Per tale motivo, più volte evidenziato nello sviluppo della presente ricerca, sarebbe auspicabile che all'area d'intervento pubblico sia demandata la sola realizzazione delle infrastrutture che riveste un'importanza cruciale per lo sviluppo delle tecnologie digitali.

La distorsione del mercato sarebbe perciò ammissibile solo nell'ipotesi in cui vi è una accertata carenza infrastrutturale per la quale è necessario operare una perequazione nella distribuzione del servizio. Tuttavia, la transizione dal regime della riserva originaria a quella della liberalizzazione pone problemi di capacità di governo nell'erogazione dei servizi essenziali in condizioni di concorrenza. La logica concorrenziale, infatti, rischierebbe di comprimere eccessivamente la dimensione del servizio pubblico quale

organizzativo dell'intervento pubblico; i secondi ineriscono i limiti di fatturato che la società pubblica può ottenere mediante lo svolgimento di attività di mercato. Dunque, il campo di applicazione dell'art. 41, III c., Cost. è potenzialmente illimitato; all'opposto, l'art. 43 impone all'amministrazione precedente di rispettare le regole concorrenziali. Cfr. in questi termini, U. Pototschnig, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Modena, Mucchi editore, 1992, 999. Alla luce di queste considerazioni, lo strumento accordato dai Costituenti con l'art. 41, III c., apparirebbe più incisivo e con un grado d'ingerenza più marcato rispetto al modello organizzativo delineato nell'art. 43. In aggiunta, l'Autore non ritiene che l'introduzione di controlli e programmi sia sufficiente a funzionalizzare l'attività economica pubblica o privata (1002). Certo è che nella Carta costituzionale non si rinvencono i termini "incentivi", "sovvenzioni", "finanziamenti", e simili: in considerazione della teoria della Costituzione formale, questi strumenti non sarebbero riconducibili né all'art. 41, III c., né all'art. 43, poiché non rappresentano un modello organizzativo in rapporto con il mercato; invece, alla luce della teoria della Costituzione materiale, essi potrebbero rappresentare una forma di programmazione economico-finanziaria di cui all'art. 41, c. 3, con lo scopo di indirizzare l'attività economica privata verso finalità pubbliche. A prescindere dall'impostazione osservata, come già riscontrato sia l'ordinamento eurounitario che quello interno includono l'intervento (indiretto) a sostegno dell'attività d'impresa tra i modelli adottabili al fine di sostenere lo sviluppo delle reti di banda (ultra)larga.

«motore della coesione sociale»¹⁰⁸. In questa prospettiva, la reale dicotomia è tra servizi pubblici, o d'interesse generale¹⁰⁹ da un lato, e servizi dal carattere eminentemente economico¹¹⁰, dall'altro. Il servizio universale rivestirebbe un carattere marginale di «*service public minimal dans un environnement concurrentiel*»¹¹¹. A risolvere il problema non potrebbero neppure venire in soccorso lo strumento della “rete unica”, se riconducibile «ad un unico operatore controllato dallo Stato che non operi nell'offerta dei servizi»¹¹², o in alternativa l'auspicato approccio di coordinamento tra pubblico e privato.

In linea di principio, ogni servizio offerto alla comunità ha caratteri di generalità, e pertanto di universalità. Innanzi a tali constatazioni, la dicotomia servizio universale-servizio di interesse generale si affievolisce.

Se il servizio universale¹¹³ fosse riconducibile alla più ampia genealogia dei SIG, la lucratività dell'attività potrebbe rappresentare l'elemento differenziale fra le diverse categorie. Questa dicotomia riflette una separazione riconosciuta dall'ordinamento giuridico «tra il momento organizzativo del servizio, tutto dominato dall'interesse pubblico e il momento delle regole ordinarie della gestione, affidato alla responsabilità esclusiva»¹¹⁴ del gestore. Sicché, quando la normativa di settore stabilisce che l'intervento pubblico

¹⁰⁸ C. Boiteau, *Il concetto comunitario di servizio pubblico e servizi pubblici locali*, in *Probl. amm. pubbl.*, 1997, 349 ss., richiamato da G.F. Cartei, *Il servizio universale*, cit., 268.

¹⁰⁹ Senza pretesa di completezza, sull'affinità tra servizi pubblici in genere e servizi di interesse generale cfr. F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2006; S. Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, privative e modelli concorrenti*, cit.; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, 453 ss.

¹¹⁰ In questo senso, cfr. E. Moavero Milanesi, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in *Il mercato unico dei servizi*, a cura di F. Bestagno e L.G. Radicati di Brozolo, Milano, Giuffrè, 2007, 89 ss., spec. 90.

¹¹¹ Si veda la letteratura francese richiamata da G.F. Cartei, *Il servizio universale*, cit., 269, nota 31.

¹¹² L. Saltari, *A che serve la “rete unica” di comunicazioni elettroniche in Italia?*, in questa *Rivista*, 2022, V.

¹¹³ Secondo una parte della dottrina, il servizio universale è il contenuto minimo dei servizi di interesse economico generale, precedentemente riservati alla sfera pubblica e oggi liberalizzati. Il servizio universale sarebbe pertanto assimilabile a uno strumento di regolazione, caratterizzato da un intervento pubblico *ex ante* ove lo Stato stabilisce preventivamente le regole e i principi per il soddisfacimento degli interessi collettivi che il mercato non può perseguire in autonomia, rispettando le logiche concorrenziali: in questo senso, cfr. D. Gallo, *Public Services and EU Competition Law*, New York-Torino, Routledge-Giappichelli, 2021, 78.

¹¹⁴ U. Pototschnig, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *L'energia nel quadro delle nuove leggi sui servizi pubblici*, Atti del Convegno di Studi tenuto a Sanremo nell'autunno del 1991, Milano, Giuffrè, 1992, 7.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

deve essere remunerativo si è innanzi a un servizio di interesse economico generale; altrimenti, si applica il divieto degli aiuti di Stato – che evidentemente sanziona il sovvenzionamento a fondo perduto.

Certamente gli aiuti di Stato costituiscono un'eccezione al modello di mercato liberalizzato e concorrenziale e debbono continuare a essere inquadrati in tal modo. Tuttavia, si rendono necessari, insieme alla pleora di strumenti di intervento pubblico – diretto e indiretto – nell'economia, a fronte della carenza al livello europeo di una politica industriale comune. Questa lacuna porta inevitabilmente a una frammentazione nazionale dei livelli di erogazione di complessa gestione.

Sotto il piano quantitativo delle risorse concretamente investite, anche in tal caso è opportuno procedere a un raffronto tra le dimensioni europea e interna. Sul fronte europolitano, nel 2018 è stato istituito il *Connecting Europe Broadband Fund* (d'ora anche CEBF) con sede in Lussemburgo, al quale è stata attribuita una capacità di finanziamento di 500 milioni di euro. L'ammontare stanziato congiuntamente dal Fondo per lo sviluppo e la coesione (Fsc), dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), non potrà essere incluso fra le risorse del CEBF poiché solo incidentalmente si occupano di incrementare e far progredire la rete a banda (ultra)larga in Europa. In seguito all'approvazione del *Recovery and Resilience Facility* nel 2021¹¹⁵ ebbe maggior rilievo la realizzazione delle infrastrutture di rete per la banda (ultra)larga, soprattutto con lo stanziamento di risorse straordinarie previsto dal *Next generation Eu*¹¹⁶.

L'ordinamento italiano non presenta un fondo di investimento simile ma è integrato dagli interventi “contributivi” di agenzie pubbliche come Invitalia S.p.A. Quest'ultima può disporre, tramite gli enti facenti parte il gruppo, delle risorse, prima stanziata dalle strategie nazionali per la banda (ultra)larga, e poi dall'Unione europea con il RRF. In particolare, oltre ai circa 7 miliardi¹¹⁷ complessivi messi a disposizione dalla *Strategia* del 2015, il PNRR destina il 27% delle risorse alla transizione digitale, di cui 6,7 miliardi di euro per progetti relativi alla *Strategia* del 2021. Emerge anche il rilievo per cui l'Italia provvede allo sviluppo delle infrastrutture digitali con più risorse settoriali rispetto a quanto l'Unione europea non abbia fatto

¹¹⁵ Istituito con il reg. Ue n. 2021/241.

¹¹⁶ Almeno il 20% dei 672,5 miliardi di euro deve essere destinato alla transizione digitale (fonte: www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/).

¹¹⁷ Contestualmente all'approvazione del NGEU l'Unione europea ha approvato il cosiddetto Meccanismo per collegare l'Europa (reg. Ue n. 2021/1153) che stanziava circa un miliardo di euro, per il periodo 2021-2027, al fine di sostenere e catalizzare gli investimenti in infrastrutture di connettività digitale di interesse comune europeo.

antecedentemente al NGEU. Sicché, il definitivo sviluppo del processo di integrazione europea, mediante il quale gli Stati membri inizieranno a cedere gradualmente sempre più competenze, potrebbe essere determinato dall'istituzione di un'agenzia *ad hoc*, sulla falsa riga della società italiana Invitalia¹¹⁸, sulla quale gravino integralmente i costi iniziali e di gestione, quale che sia il modello prescelto di intervento nel mercato¹¹⁹. Come ricordato, non vi sarebbe bisogno di cercare troppo lontano, quando si disporrebbe già di Infratel.

Se ciascun Stato membro seguisse quest'impostazione si potrebbe garantire investimenti¹²⁰ coordinati fra loro, rivolti all'attuazione di una politica industriale comune. Da quanto osservato, la risposta più celere ai fallimenti di mercato, dovuti a un'incontrollata liberalizzazione del settore delle comunicazioni elettroniche, si manifesta con l'intervento diretto dello Stato per la realizzazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo della rete. L'introduzione di misure finanziarie rappresenta piuttosto una misura che può affiancarsi all'intervento diretto per «spingere gentilmente»¹²¹ il mercato ad agire in un certo modo. Così l'attività svolta dalle autorità di regolazione sarebbe limitata al solo controllo *ex post* sul rispetto delle regole di concorrenza, non già tanto sull'utilizzo delle infrastrutture – purché non siano introdotte barriere all'ingresso del mercato dall'operatore gerente l'infrastruttura – quanto piuttosto sull'erogazione del servizio di comunicazione elettronica.

Abstract

The aim of the paper is to investigate the evolution of the market model in the electronic communications infrastructure sector. The strategic usefulness of (ultra) broadband as a tool for reducing physical distances between remote areas is evident.

¹¹⁸ La differenza principale tra Invitalia e la Banca europea per gli investimenti (BEI) è che quest'ultima non agisce in qualità di centrale di committenza, ma eroga le risorse pubblica sottoforma di prestiti.

¹¹⁹ In questo senso, cfr. A. Sandulli, *Lo «Stato Digitale». Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513 ss., spec. 526.

¹²⁰ Una parte della dottrina individua nello Stato «investitore» una nuova forma di intervento pubblico nell'economia, caratterizzata dall'indole pro-competitiva in un'ottica prevalentemente concorrenziale: in questo senso, cfr. M. Passalacqua, *Numquam nega, raro adfirma: il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Mercato Concorrenza* Regole, 2021, 55 ss., spec. 76-77.

¹²¹ R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, Feltrinelli, 2022.

L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture

The introduction of the laissez-faire model within the EU legal system has brought with it several risks arising from the inefficiency of free market self-determination, such as the abandonment of rural areas because they are not economically viable. According to the recent positions expressed by the European Commission and, consequently, by the Italian legislator, the research will examine whether there is a possible change in the configuration of electronic communication services. More precisely, can the public institutions limit themselves to the role of regulator – or controller – of the market, or could it be admissible to consider a greater impact – such as a model of tempered nationalizations – of the public sphere in the economy?

AMBROGIO DE SIANO

INVESTIMENTI PUBBLICI NELLA RICERCA SCIENTIFICA. CONSIDERAZIONI BREVI SUI DOTTORATI AL TEMPO DEL PNRR

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La scienza e la ricerca scientifica in Costituzione: cenni brevissimi. – 3. PNRR, università e ricerca. – 4. Le linee di investimento che riguardano i dottorati. – 5. Alcuni dubbi sulla ragionevolezza e proporzionalità degli investimenti nei dottorati. – 6. Osservazioni conclusive in vista di un imprescindibile dialogo tra politica e comunità scientifica.

1. Premessa

Il recente «Rapporto sullo stato del sistema universitario e della ricerca 2023» elaborato dall’Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR)¹, esponendo una serie di molto interessanti (benché, per forza di cose, relativamente aggiornati) dati, mostra una incoraggiante tendenza concernente il finanziamento della ricerca scientifica italiana; tendenza da ultimo dovuta (in larga parte, ancorché non solo) alle risorse che si inseriscono nel programma *Next generation Eu*.

Invero, il tentativo di impiegare la eccezionale mole di investimenti in modo da generare una crescita socio-economica del Paese non poteva che significativamente riguardare l’università e, in particolare, la ricerca. Una ulteriore prova della fondamentale importanza di quest’ultima per la sopravvivenza della società, prima ancora che per il suo progresso, è recentissima: è giustappunto la ricerca ad aver consentito di sconfiggere la terribile pandemia che ha interessato il mondo a partire dal 2020.

Del resto, la sua rilevanza per lo sviluppo della persona e della comunità ha fatto sì che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, l’interesse dello Stato nell’azione di supporto alla scienza si andasse via via amplifi-

¹ Reperibile all’indirizzo: <https://www.anvur.it/attivita/rapporto-biennale/rapporto-versione-2023/>. I dati si riferiscono: all’a.a. 2021/2022 per quanto riguarda l’offerta formativa e il numero di iscritti; all’a.a. 2020/21 per le statistiche sui laureati; all’anno 2022 per quanto concerne i dati sul personale e sulle risorse finanziarie.

cando: la strutturazione di un Paese contemporaneo rendeva indispensabile investire in ricerca, segnatamente a fronte, da un lato, della limitatezza dei finanziamenti privati e, dall'altro, del suo costo, che andava sempre più incrementando. Sicché, dopo una iniziale fase post-costituzionale in cui la ricerca sostenuta dallo Stato era essenzialmente rivolta a consentire lo svolgimento di alcune funzioni amministrative, l'intervento statale si è esteso alla scienza tutta².

Nondimeno, la intensità del sostegno pubblico è stata per nulla costante: negli ultimi tre lustri, a seguito della crisi economica manifestatasi a cavallo dei primi due decenni del secolo, l'investimento in ricerca si è attestato su livelli fortemente insufficienti, lontanissimi dalla media europea³. Media che è stata più o meno temporaneamente eguagliata grazie ai fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), una parte dei quali – lo si è accennato poco prima – è stata impegnata per la ricerca universitaria⁴. Destinatari di ingenti finanziamenti sono anche i dottorati di ricerca, con il dichiarato intento di rafforzare il rapporto tra scienza e impresa⁵.

Principale oggetto d'analisi del presente saggio è proprio la corporata concentrazione di risorse sul dottorato, in cui si praticano (così come nell'università tutta) la libera ricerca e la libera formazione in funzione del progresso culturale, sociale ed economico del Paese⁶.

² Per una sintesi sulla evoluzione della ricerca scientifica in Italia e del progressivo sostegno pubblico si v., tra gli altri, M. Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1972, 740 ss., 755 ss.; F. Merloni, *Ricerca scientifica*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, 393 ss.

³ Secondo i dati forniti dall'Accademia dei Lincei nel documento «Piano quinquennale 2023-2027 per la ricerca pubblica. Il futuro dell'Italia si gioca su scienza e ricerca» (reperibile all'indirizzo: https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Articles/Piano_quinquennale_%20per_la_ricerca_pubblica-2023-2027_Lincei-06.09.22.pdf), i tagli alla spesa pubblica conseguenza della crisi economica del 2008-2009 hanno comportato una drastica diminuzione dell'intensità di R&D – ossia del rapporto tra spesa per la ricerca e PIL –, che è scesa dallo 0,62 per cento nel 2008-2009 allo 0,51 per cento degli anni 2015-2018. Per il vero, gli ultimi governi hanno parecchio investito, invertendo il *trend*, tanto che nel 2021-22 si è raggiunto il livello del 2008-2009 e nel 2022 si è arrivati allo 0,64 per cento (10). Il problema dell'insufficiente del finanziamento ordinario in Italia è endemico: si v. la puntuale ricostruzione di S. Calzolaio, *La libertà di ricerca scientifica nei conti pubblici (dopo SEC2010)*, in *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 27 ss.; e più di recente A. Iannuzzi, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e il finanziamento della ricerca*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 308 ss., 315 ss.

⁴ V. *infra* il par. 3.

⁵ Sull'evoluzione (normativa e non) che ha riguardato il dottorato di ricerca sin dalla sua istituzione si v. A. Marra, *Come cambia il dottorato di ricerca*, in *Come cambia l'Università italiana*, a cura di A. Marra e M. Ramajoli, Torino, Giappichelli, 2023, 201 ss.

⁶ L'importanza del percorso dottorale sull'assetto complessivo dell'università, anche

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

Quantunque non possa che destare compiacimento l'ingente impiego di risorse cui si sta assistendo – soprattutto a fronte della vera e propria carestia manifestatasi dopo il 2010⁷ –, esso suscita più di una perplessità, presentando, nella opinione di chi scrive, difetti di ragionevolezza e proporzionalità, inducibili, tra l'altro, dall'entità dei fondi, dalla delimitazione tematica e temporale delle ricerche e, soprattutto, dall'assenza di un efficace collegamento con il mondo del lavoro, pubblico (in particolare accademico) o privato che sia.

In altre parole, per come sono fatti gli investimenti concernenti il percorso dottorale suscitano la sensazione di non essere adeguatamente forgiati per consentire quello sviluppo che con il PNRR ci si è proposti di raggiungere.

Nel provare a dimostrarlo, il saggio, dopo un breve cenno al reticolo normativo di rango costituzionale – tanto di natura propulsiva (art. 9 Cost.) quanto di natura protettiva (art. 33 Cost.) – dedicato all'autonomia della scienza, si concentrerà, appunto, sulla loro intrinseca consistenza, al fine ultimo di apprezzarne ragionevolezza e proporzionalità in considerazione degli obiettivi cui sono vocati.

Chi scrive si rende conto che tentare di valutare l'adeguatezza di una pianificazione⁸ significa avventurarsi per una strada pericolosa, piuttosto di-

in ragione della crescente richiesta di formazione *post-lauream* propria delle economie contemporanee, è sottolineata da A. Marra, *Come cambia il dottorato di ricerca*, cit., 201 ss. Pensiero condiviso, tra l'altro, dalla Corte dei conti, la quale, nel *Referto sul sistema universitario* del maggio 2021 (reperibile all'indirizzo: <https://www.corteconti.it/Download?id=5078c35f-a683-482b-821c-33e05f1ac3e5>), ha definito il dottorato di ricerca «il principale strumento per la formazione di una comunità di studiosi che qualifichi le attività di ricerca dell'Ateneo» (230 ss.).

⁷ L'andamento delle risorse destinate a finanziare borse di dottorato è fotografato dai dati forniti dalla Corte dei Conti nel *Referto sul sistema universitario*, cit., 234 ss.

⁸ Valutazione che prescinde dalla effettiva giustiziabilità dell'atto, che, nel caso del PNRR, potrebbe difettare in quanto esercizio della funzione d'indirizzo politico. In proposito, al netto della natura del PNRR – indagata da una folta schiera di pubblicisti: tra gli altri, E. Catelani, *PNRR e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, 2022, 210 ss.; E. Cavasino, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*, 2022, 247 ss.; F. Salmoni, *Recovery Fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa*, in *Rivista AIC*, 2022, 1 ss.; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *Federalismi.it*, 2023, 1 ss.–, si v. le riflessioni di A. Barone, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il processo*, 2023, 383 ss.; e, più in generale, quelle di C. Cudia, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2021, 621 ss., sull'esistenza e sull'ampiezza di un'area di insindacabilità dell'atto politico.

sadorna quanto a sicurezza giuridica: l'assenza di un paradigma comportamentale certo, alla luce del quale approntare gli investimenti in ricerca, comporta che la riflessione giuridica che li riguarda produca risultati tutt'altro che incontrovertibili.

Malgrado ciò, allo scopo di comprendere (scrutinando le scelte effettuate dal governo) se l'opportunità offerta dal PNRR per quel che concerne la ricerca dottorale sia stata appieno sfruttata, non v'è altro modo che ricorrere al parametro offerto da ragionevolezza e proporzionalità⁹; principi che, peraltro, nel caso di specie troverebbero un minimo (ancorché non proprio insignificante) temperamento nei dati che recenti rilevazioni (dell'ANVUR, della Corte dei conti e dell'Accademia dei Lincei) hanno mostrato. D'altra parte, è ricorrendo a detto parametro che è possibile sindacare la discrezionalità che in abbondanti dosi trova manifestazione negli atti di pianificazione¹⁰ senza che si sconfini nel merito delle decisioni politiche e prim'ancora economiche¹¹.

Approfittando dell'ampiezza del tema, nel rassegnare le conclusioni si tenterà di svolgere qualche fugace considerazione finale sul rapporto tra politica e scienza: rapporto che da ultimo viene spessissimo analizzato sotto il profilo della tendenziale prevalenza della seconda sulla prima e che invece in questa sede si presta a essere indagato sotto il profilo della conformazione della seconda a opera della prima.

2. La scienza e la ricerca scientifica in Costituzione: cenni brevissimi

Come accennato in premessa, nel corso del Novecento, la scienza, intesa come insieme di conquiste di conoscenza che hanno avuto impatto sulla dimensione sociale ed economica delle persone, è stata oggetto di una imponente crescita. Non a caso dunque – anche in reazione all'astensionismo

⁹ D'altra parte, la irragionevolezza delle scelte politiche riguardanti l'università («irragionevolezza prodotta dall'assenza di qualsiasi criterio di selezione degli interventi previsti») è stata già in passato registrata: ad esempio, in merito alla l. n. 133/2008, G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, in *Costituzionalismo.it*, 2009.

¹⁰ Sulla nozione (logica, prima che giuridica) di pianificazione M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 629 ss.; su quella per certi versi vicina, ma più specifica, di programmazione economica M. Carabba, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1113 ss.

¹¹ Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2023, n. 7881 (seppur riguardante la molto più comune attività di pianificazione urbanistica).

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

liberale nel supportarla, da un lato, e al tentativo di conformarla condotto nel periodo fascista, dall'altro – le si è espressamente assegnata tutela in Costituzione tramite gli artt. 9, c. 1, e 33, c. 1¹².

Il primo impone un dovere positivo alla Repubblica, che «promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica»; il secondo le impone un dovere negativo, prevedendo che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

Al netto di una perdurante incertezza definitoria su cosa sia scienza¹³, quel che pare certo è che essa, nel suo costante processo storico-evolutivo, è libera¹⁴ (anche perché disinteressata¹⁵) produzione di conoscenza, in quanto tale “esterna” alla politica¹⁶ e alla domanda di utilità proveniente dall'economia¹⁷. La libertà in parola importa la facoltà per chi la pratica di autodefinire

¹² La disciplina costituzionale sulla ricerca scientifica è stato oggetto di tantissimi studi: tra gli altri, M. Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., 750 ss.; F. Merloni, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffrè, 1990, 353 ss.

¹³ In proposito F. Merloni, *op. cit.*, 3 ss. Incertezza che riguarda altresì la nozione di ricerca scientifica: in essa sembrano annoverarsi quella pura e quella applicata, quella tecnologica e quella collegata allo sviluppo economico, quella delle scienze naturali ed esatte così come quella delle scienze umane e sociali (M. Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., 762). Più recentemente sulle diverse classificazioni possibili di ricerca scientifica F. Merloni, *Autonomia e libertà*, cit., 19 ss.

¹⁴ Da ultimo, su cosa si intenda giuridicamente per libertà nell'elaborare la scienza (e, correlativamente, che contorni abbia la libertà nell'insegnamento della scienza) R. Cavallo Perin, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema costituzionale delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, 587 ss.

¹⁵ In quanto «affrancata, indipendente, da ogni altro potere pubblico o privato», R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 595.

¹⁶ Sulla relazione tra potere e sapere, che influisce sulla libertà della scienza, M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 740 ss.

¹⁷ La complessità della libertà in parola, sebbene si collochi a «un livello “alto” nella gerarchia dei valori costituzionali» – sia per la sua «diretta connessione con il principio individualistico, sia per l'assenza tanto di limiti espressi, quanto di un rinvio al legislatore ordinario per una sua disciplina» –, è interrelata con alcuni di questi ultimi e dunque suscettibile di mediazione con loro. Così A. Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, 89 ss., da cui sono tratte le citazioni dell'*incipit* di questa nota (97). Nondimeno, nel compiere la necessaria composizione con altre libertà, va tenuto in considerazione che il testo costituzionale, visto il suo «contenuto incondizionato», manifesta una «ritrosia concettuale verso le limitazioni alla libertà di scienza, siano esse ad opera di altri poteri, o a favore di altre libertà, con ciò confermando una cultura che ha profonde radici istituzionali, a protezione di un diritto inviolabile dell'individuo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità», R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 601.

l'oggetto dell'indagine e i suoi fini, i mezzi e il metodo per svolgerla, le modalità di divulgazione dei risultati (parziali o finali che siano)¹⁸.

Proprio per ciò si può esercitare libera scienza in plurimi centri, che vanno tenuti distinti dalle sedi della ricerca, per queste intendendosi luoghi in cui non solo ci siano strumenti e beni per studiare, ma si trovi pure un ambiente culturale adeguato a favorire la riflessione scientifica¹⁹.

Nondimeno, luogo privilegiato in cui esercitare la libera scienza è l'università²⁰, cui la Costituzione (art. 33, c. 6) riconosce un ordinamento autonomo («nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato»): un riconoscimento che consente di darsi una regolamentazione riguardante l'organizzazione del libero esercizio della ricerca e del suo libero insegnamento affinché il sapere critico possa essere coltivato, riveduto e tramandato all'insegna del pluralismo delle verità scientifiche²¹.

Le due disposizioni a tutela dell'autonomia della scienza acquistano più senso e incisività se considerate alla luce di altri precetti costituzionali, che contribuiscono a meglio definire la libertà in esse protetta, in particolare concorrendo alla definizione del rapporto tra quest'ultima e l'interesse pubblico alla ricerca, e dunque tra scienza e Repubblica²².

Precetti espressi segnatamente negli artt. 2, 3 e 4 Cost. – secondo i quali, in estrema sintesi, la ricerca scientifica è strumento di sviluppo dell'individuo, come singolo e nelle formazioni sociali²³ –; nell'art. 41 (c. 1 e c. 3)²⁴, ma pure nell'art. 97: l'organizzazione amministrativa deve essere efficiente in modo che la ricerca possa rendersi utile per il progresso del Paese²⁵.

¹⁸ Ivi, 613 ss.

¹⁹ M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 762 s.

²⁰ Vastissima è la bibliografia sull'Università. Ci si limita a rinviare, anche per la letteratura citata, ad A. Marra, *Università e ricerca scientifica*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 1235 ss., nonché a M. Dugato e G. Piperata, *Università degli studi (diritto pubblico)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 2008.

²¹ Sull'Università come «non potere» e come istituzione di «verità scientifica» R. Cavallo Perin, *L'università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 549 ss. e 555 ss., secondo il quale l'esercizio della libertà di scienza non è direttamente definito dalla Costituzione o dalla legge che limita l'ordinamento universitario. Sono viceversa due altri gli ordinamenti di riferimento: uno è la comunità scientifica, che «definisce sia i metodi scientifici accreditati sia la cooptazione»; l'altro è l'università, «come luogo di esercizio istituzionale di taluni tra i titolari di libera scienza, qualificati anche formalmente come accademici, professori, ricercatori, studenti universitari o accademici, tutte istituzioni la cui ragione del riconoscimento costituzionale come ordinamento è assicurare in ogni tempo un sapere scientifico» (552 s.)

²² M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 750 ss.

²³ Ivi, 752 ss.

²⁴ Ivi, 754.

²⁵ Ivi, 755.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

È proprio quest'ultima disposizione – la quale reca una importanza fondamentale per la ricerca scientifica coinvolgendo il tema del finanziamento pubblico – che viene maggiormente “sollecitata” nella riflessione che segue, ponendosi a paradigma della valutazione di idoneità degli investimenti PNRR nella ricerca dottorale.

3. PNRR, università e ricerca

Come accennato, la sede primaria della libera scienza e della libera formazione è l'università²⁶, che dunque è un luogo – l'unico – caratterizzato dalla combinazione di ricerca e didattica: per garantire la libertà nello svolgimento di queste ultime all'università è riconosciuto – anche questo lo si è riferito – il diritto di darsi un ordinamento autonomo, il quale è strumento a servizio della estrinsecazione delle libertà in parola²⁷.

L'università, dunque, a dispetto di un percorso di cambiamento lungo ormai oltre un decennio rivolto ad affrancarla da un modello troppo “tradizionale”²⁸, continua a essere considerata il principale snodo culturale del

²⁶ L'art. 1, l. n. 240/2010, così recita: «Le università sono sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e sono luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica».

²⁷ A. Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica*, cit., 103 ss. La dottrina sull'autonomia universitaria è vasta e autorevole – tra gli altri, soprattutto, F. Merloni, *Autonomia*, cit., 101 ss., e recentemente R. Cavallo Perin, *L'università come libera scienza*, cit., *passim* –: la si trova compendiata in A. Marra, *Università*, cit., 1239 ss. In particolare, sulla parabola dell'autonomia universitaria (fino pressoché alla sua nullificazione) a seguito della l. n. 240 – la quale ha predisposto un sistema universitario fortemente centralistico, condotto per lo più dal MIUR ma con una significativa quota d'influenza tecnocratica nella definizione degli indirizzi della istruzione universitaria – A. Sandulli, *Per la tutela della dimensione costituzionale dell'istruzione*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 643 ss., 646 ss. Ancora sulla crisi dell'autonomia universitaria F. Merloni, *Libertà della scienza e della ricerca*, in *Dir. pubb.*, 2016, 161 ss., 168 ss.; e, soprattutto per quel che attiene alla relazione con la competizione tra Università, cui l'autonomia si dimostra piegata, E. Carloni, *La ricerca scientifica in trasformazione: tra PNRR e tendenze di fondo del sistema universitario*, in *Come cambia l'Università italiana*, a cura di A. Marra e M. Ramajoli, cit., 131 ss., 133 ss.

²⁸ Percorso descritto in *Il sistema universitario in trasformazione*, a cura di E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, e G. Vesperini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università. Vol. II. Il finanziamento della Università*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università. Vol. III. Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale scientifica, 2013; *L'Università e la sua organizzazione. Questioni*

Paese. Non a caso su di essa il PNRR ha fatto convergere corposi investimenti con l'obiettivo di creare un collegamento tra la formazione e il mondo del lavoro in modo da porre le «condizioni per lo sviluppo di una economia ad alta intensità di conoscenza, di competitività e di resilienza»²⁹.

Benché sia ormai notissima e già oggetto di analisi³⁰, ai fini del saggio è bene rammentare le fattezze della Missione 4, la quale è suddivisa in due componenti.

La componente 1 – «Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università», con una dotazione di 19,44 miliardi di euro – prevede investimenti strutturali con l'obiettivo di colmare o ridurre le carenze sistemiche riguardanti tutti i gradi dell'istruzione.

La componente 2 – «Dalla ricerca all'impresa», con una dotazione di 11,44 miliardi di euro – prevede invece investimenti in ricerca e sviluppo con l'obiettivo di promuovere l'innovazione e la diffusione delle tecnologie, rafforzando le competenze nell'intera filiera del processo di ricerca sino al trasferimento tecnologico.

Per quel che concerne la componente 1, riguardano l'università le linee d'investimento 3.4 e 4.1.

La prima – «Didattica e competenze universitarie avanzate» – ha come obiettivo la qualificazione e la innovazione dei percorsi universitari mediante tre obiettivi strategici: digitalizzazione, cultura dell'innovazione e internazionalizzazione. A tal fine è tra l'altro previsto il coinvolgimento di cinquecento dottorandi in programmi dedicati alle transizioni digitali e ambientali. La seconda – «Estensione del numero di dottorati di ricerca e dottorati innovativi per la P.A. e il patrimonio culturale» – prevede, a partire dall'anno accademico 2022/2023, l'attivazione di corsi di dottorato innovativi relativi alla P.A. e al patrimonio culturale, nonché l'estensione del numero di dottorati "generici".

La componente 2 è rivolta interamente alla ricerca universitaria con l'obiettivo principale di rilanciare economicamente il Paese: in vista di ciò,

ricorrenti e profili evolutivi, a cura di F. Cortese, L. Degrassi, e G. Piperata, Napoli, Jovene, 2014; C. Barbati, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019.

²⁹ Si è così almeno temporaneamente posto rimedio alle conseguenze del definanziamento pubblico iniziato nel 2008, che ha inferto tagli dolorosi al sistema della ricerca: si è trattato – secondo G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, cit., – di una «eutanasia per via finanziaria», che ha segnato negativamente il futuro dell'Università e della ricerca non solo a causa della riduzione delle risorse, ma anche in ragione del fatto che ha limitato il ricambio generazionale per effetto dell'introduzione del blocco del *turnover*.

³⁰ Tra gli altri, A. Iannuzzi, *Il Piano nazionale*, cit., 310 ss.; M.C. Cavallaro, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *P.A.*, 2023, 445 ss.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

viene potenziata la ricerca di base e quella industriale, nonché quella finalizzata ad affrontare sfide strategiche per lo sviluppo del Paese.

Nell'ottica di un'ampia sinergia tra ricerca scientifica e impresa, si prova a rafforzare «la propensione all'innovazione del mondo produttivo, incoraggiando un uso sistemico dei risultati della ricerca e favorendo la creazione di reti di collaborazioni internazionali».

Particolare attenzione è riservata ai giovani ricercatori e alla creazione di *partnership* pubbliche/private di rilievo nazionale o con una vocazione territoriale. Si intende inoltre favorire, attraverso riforme e investimenti nei dottorati, l'apertura delle infrastrutture della ricerca al mondo produttivo: si tenta così di sviluppare competenze specifiche rispondenti alle esigenze delle imprese, in particolare quelle legate alle tematiche del *green* e del digitale. Si vuole altresì «aumentare l'efficacia delle azioni delle Amministrazioni pubbliche», attraverso l'istituzione di dottorati innovativi, pensati per accrescere le capacità e le competenze delle pp.aa. attraverso l'immissione in ruolo di personale altamente qualificato³¹.

4. Le linee di investimento che riguardano i dottorati

Si è riferito che i dottorati di ricerca sono stati individuati come uno dei principali strumenti per consentire l'avanzamento delle conoscenze e (conseguentemente) lo sviluppo (non solo culturale, ma soprattutto) economico del Paese.

La dotazione finanziaria è notevolissima, anche in considerazione del ridotto tempo di sviluppo delle ricerche e la ristrettezza degli ambiti materiali in cui esse debbono svolgersi.

Per quanto riguarda la componente 1, la linea di investimento 3.4 prevede l'assegnazione di cinquecento borse nei tre anni accademici a partire

³¹ Le relative linee d'investimento sono tematicamente articolate come di seguito: a) investimento 1.1, fondo per il programma nazionale della ricerca (PNR) e per i progetti di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN); b) investimento 1.2, finanziamento di progetti presentati da giovani ricercatori; c) investimento 1.3, partenariati estesi a Università, centri di ricerca, imprese e finanziamento progetti di ricerca; d) investimento 1.4, potenziamento delle strutture di ricerca e la creazione di campioni nazionali di R&S su alcune Key enabling technologies; e) investimento 1.5, creazione e rafforzamento di ecosistemi dell'innovazione per la sostenibilità; f) investimento 3.1, fondo per la realizzazione di un sistema integrato di infrastrutture di ricerca e innovazione; g) investimento 3.3, introduzione di dottorati innovativi che rispondono ai fabbisogni di innovazione delle imprese e promuovono l'assunzione dei ricercatori da parte delle imprese.

dall'a.a. 2022/2023. La stessa linea d'investimento prevede altresì il finanziamento di nuove borse di dottorato in programmi dedicati alle transizioni digitali e ambientali per ognuno dei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023 per un importo complessivo di trenta milioni di euro.

Più articolata è la linea di investimento 4.1, con la quale ci si propone di aumentare la riserva di capitale umano impegnato in attività orientate alla ricerca, nelle pp.aa. e nel patrimonio culturale, attraverso l'assegnazione (nei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023) di tremilaseicento borse su temi PNRR (per un importo complessivo di duecentosedici milioni di euro), di seicento borse per il patrimonio culturale (per un importo complessivo di trentasei milioni di euro) e di tremila borse per la p.a. (per un importo complessivo di centottanta milioni di euro).

Il rimborso di queste spese è subordinato a verifiche periodiche (fino al 2026) circa il raggiungimento di traguardi e obiettivi (*milestone e target*)³².

Per i dottorati di ricerca l'obiettivo è meramente quantitativo, trattandosi di conseguire l'erogazione di un certo numero di borse di studio in un determinato lasso temporale.

In merito alla componente 1, i *target* sono i seguenti: per l'investimento 3.4, cinquecento borse nei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023; per l'investimento 4.1, tremilaseicento borse nei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023 per dottorati di ricerca PNRR, con attribuzione di n. 2.539 borse per il XXXIX ciclo; tremila borse nei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023 per dottorati per la p.a., con attribuzione di n. 2.140 borse per il XXXIX ciclo; seicento borse nei tre anni accademici a partire dall'a.a. 2022/2023 per dottorati riguardanti il patrimonio culturale, con attribuzione di 389 borse per il XXXIX ciclo.

Sulla scorta dei richiamati *target*, con d.m. n. 118/2023 sono state distribuite tra le Università 5.478 borse³³ di durata triennale per la frequenza di percorsi di dottorato tematicamente predefiniti: a) 410 borse per programmi dedicati alle transizioni digitali e ambientali; b) 2.539 borse per programmi dedicati al PNRR; c) 2.140 borse per programmi dedicati alla P.A.; d) 389 borse per programmi dedicati al patrimonio culturale.

Per quanto riguarda la componente 2, la linea di investimento 3.3 – «Introduzione di dottorati innovativi che rispondono ai fabbisogni di innovazione delle imprese e promuovono l'assunzione dei ricercatori da parte

³² Verifiche tipizzate negli *Operational Arrangements* (OA) sottoscritti dalla Commissione europea e dal MEF.

³³ Incluse le economie maturate nell'a.a. precedente considerata la necessità di erogare le borse non attribuite nel 2022/2023.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

delle imprese» – ha previsto l’assegnazione di quindicimila borse nei tre anni accademici a partire dall’a.a. 2022/2023, con una dotazione di quattrocentocinquanta milioni di euro.

Il *target* da raggiungere lascia sbalorditi: per l’anno accademico 2023/2024, con d.m. n. 117/2023, per il solo XXXIX ciclo, sono state distribuite tra le università italiane 13.292 borse (da cofinanziare al cinquanta per cento da parte delle imprese).

Sotto il profilo tematico, il d.m. n. 117 si presenta più generoso rispetto al d.m. n. 118: i progetti di ricerca ammissibili al finanziamento «riguardano aree tematiche coerenti con i fabbisogni del Paese, nonché dei territori regionali interessati dal programma, in termini di figure ad alta qualificazione e orientate a soddisfare i fabbisogni di innovazione delle imprese di cui al PNRR». Quindi l’oggetto della ricerca va comunque ricavato tra le aree d’intervento del PNRR.

Alle 18.770 borse così ripartite vanno aggiunte (sempre per il solo ciclo XXXIX) quelle ordinarie, che gli atenei hanno continuato a bandire³⁴, nonché eventuali altre utilizzanti anch’esse fondi PNRR³⁵.

5. Alcuni dubbi sulla ragionevolezza e proporzionalità degli investimenti nei dottorati

Nel provare a svolgere qualche considerazione sull’apporto del PNRR all’effettivo sviluppo della ricerca dottorale pare doveroso preliminarmente osservare che il piano di investimenti in parola non è in alcun modo colpevole delle difficoltà che l’università italiana, da un canto, e il processo di elaborazione scientifica che in essa si conduce, dall’altro, perdurano a incontrare³⁶.

³⁴ È bene ricordare che il MUR contribuisce annualmente al finanziamento dei dottorati attivati dalle università nei limiti delle disponibilità del FFO. I relativi stanziamenti sono ripartiti, con decreto del ministro, sentita l’ANVUR, tenuto conto dei seguenti criteri: qualità della ricerca svolta dai membri del collegio dei docenti; grado di internazionalizzazione del dottorato; grado di collaborazione con il sistema delle imprese e ricadute del dottorato sul sistema socio-economico; attrattività del dottorato; dotazione di servizi, risorse infrastrutturali e risorse finanziarie a disposizione del dottorato e dei dottorandi; sbocchi professionali dei dottori di ricerca.

³⁵ Per esempio, negli investimenti relativi a PNR e PRIN sono state previste iniziative volte a incentivare dottorati innovativi e partenariati allargati anche al fine di ridurre il divario territoriale.

³⁶ Non può tuttavia negarsi che il PNRR stia avendo un certo impatto sull’Università. E. Carloni, *La ricerca*, cit., 133, gli ascrive il ruolo di acceleratore di alcune tendenze evolutive

Anzi, al PNRR si può ascrivere il merito di fornirci una duplice, inconfutabile, prova: dimostra, per un verso, la dipendenza della ricerca italiana dal finanziamento dell'UE³⁷, solo grazie al quale si può ambire a raggiungere la media europea di investimenti e di numero di ricercatori; dall'altro, la latitanza di un lungimirante e stabile (pure nei finanziamenti) modello di sviluppo (non solo della ricerca, bensì) dell'università tutta³⁸ – latitanza che, con ogni probabilità, renderà in parte inutile lo sforzo che in questi anni si sta compiendo.

Peraltro, pare fuor di dubbio che gli investimenti di cui si ragiona siano in grado di generare non pochi, e tutt'altro che irrilevanti, effetti positivi. Effetti che corrispondono ai *target* fissati dall'Italia e dalla Commissione UE: 1) aumento dei finanziamenti, con avvicinamento temporaneo alla media europea³⁹; 2) aumento del numero dei dottorati⁴⁰ e dunque dei dottori di

dell'Università, specie della ricerca: tra le altre – lo si vedrà meglio in seguito – il rafforzamento della ricerca strumentale a scapito di quella di base. A suo avviso, il PNRR «non è [...] tanto il primo motore delle trasformazioni che pure ne derivano [...], ma è piuttosto la benzina che alimenta un motore già costruito per produrre differenziazione ma sin qui non in grado di farlo per carenza di risorse. Ne risultano in ogni caso esaltati i paradigmi di fondo, di competizione, differenziazione, strumentalità, tra loro coerenti e strettamente intrecciati» (143).

³⁷ Che considera la libertà di circolazione della conoscenza come la 'quinta libertà' europea (che si aggiunge alla libertà di circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali): in proposito E. Longo, *L'UE e la "quinta libertà". Prospettive costituzionali per la ricerca scientifica europea*, in A. Iannuzzi (a cura di), *La ricerca scientifica*, cit., 1 ss.

³⁸ Secondo G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, cit., «il progressivo degrado dell'università e degli studi in Italia discende fondamentalmente dal fatto che non si ha ormai da tempo – da circa trent'anni – alcuna idea di università, alcun modello cui fare riferimento».

³⁹ Che l'avvicinamento sia temporaneo è provato nel documento prodotto dall'Accademia dei Lincei, «Piano quinquennale 2023-2027 per la ricerca pubblica. Il futuro dell'Italia si gioca su scienza e ricerca», cit.: senza risorse crescenti nel tempo la spinta propulsiva dei fondi PNRR si esaurirà velocemente, cosicché il rapporto tra spese in ricerca pubblica e PIL, dopo aver raggiunto nel 2024 lo 0,71%, scenderà nel 2028 allo 0,55%, raggiungendo il livello pre-pandemico. Nel quadriennio 2023-2027 sarebbero necessari 17,3 miliardi per arrivare, negli anni 2027 e 2028, allo 0,71 per cento del Pil. Al momento risultano stanziati solo 6,9 miliardi nel bilancio pluriennale del MUR. Bisognerebbe dunque investire 10,4 miliardi in modo che in 5 anni si potrà arrivare nel 2027 allo 0,71-0,75 per cento del Pil. Nel frattempo, il 4eme Programme d'Investissements d'Avenir e il Plan France 2030, approvato alla fine del 2021, porteranno l'intensità di R&D francese allo 0,80-0,85 per cento del Pil. Nel 2022 la Germania è già all'1,1 per cento, assestando l'intensità di R&D totale (pubblica e privata) al 3,2 per cento.

⁴⁰ Numero nell'ultimo quinquennio in via di incremento: secondo i dati forniti nel *Rapporto ANVUR 2023*, cit., nell'a.a. 2021/22 gli iscritti sono circa 37 mila, rispetto al minimo di circa ventottomila iscritti dell'a.a. 2016/17: un dato destinato a crescere ulteriormente

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

ricerca⁴¹, con riduzione temporanea della distanza dalla media europea⁴²; 3) aumento del contributo privato⁴³, tramite il cofinanziamento da parte delle imprese⁴⁴; 4) aumento delle risorse in favore del meridione, con diminuzione temporanea del divario territoriale.

Questi innegabili, in quanto oggettivi, aspetti positivi non sembrerebbero comunque in grado di consentire agli investimenti in parola di pienamente perseguire l'interesse pubblico cui sono vocati: far progredire il Paese grazie all'aumento della ricerca, anche nei dottorati.

Ciò perché gli aspetti negativi che verranno passati in rassegna generano la sensazione che gli aumenti prima menzionati (di finanziamenti, di dottori di ricerca ecc.) costituiscano null'altro che il fisiologico risultato di una iniezione di denaro *una tantum*. Tuttavia, difficilmente serviranno a imprimere un avvertibile miglioramento nella condizione generale del Paese; anzi, paradossalmente, potrebbero finire per rendere lo stato della ricerca e dei ricercatori italiani ancor più precario di quello pre-pandemico.

a. Irragionevole o quantomeno sproporzionato accentramento di risorse sulla ricerca applicata

In considerazione degli obiettivi cui il PNRR tende, le linee di finanziamento dedicate ai dottorati premiano essenzialmente la ricerca applicata, relegando ai margini quella di base.

La strumentalità della ricerca è peraltro una tendenza di fondo che si

grazie ai fondi del PNRR e ai fondi del Programma Operativo nazionale "Ricerca e Innovazione" 2014-2020.

⁴¹ Numero tra i più bassi d'Europa, «con una costante riduzione negli ultimi anni (circa quaranta per cento in dieci anni tra il 2008 e il 2019). Secondo le statistiche armonizzate di Eurostat, in Italia solo 1 persona su 1.000 nella fascia di età da 25 a 34 anni completa ogni anno un corso di dottorato, rispetto a una media UE di 1,5 (2,1 in Germania)» (cfr. PNRR, 191).

⁴² Secondo il *Rapporto 2023* dell'ANVUR, cit., nell'ambito della distribuzione degli iscritti ai corsi di formazione terziaria, nel 2020 in Italia solo l'1,6% è iscritto a dottorati di ricerca (a fronte di un dato OCSE del 3,7%).

⁴³ Il che consente in parte di compensare la insufficienza dei fondi pubblici.

⁴⁴ Secondo i dati del *Rapporto 2023* dell'ANVUR, cit., nell'anno 2022, dei 1.149 dottorati accreditati, 717 (circa il 63%) hanno visto una collaborazione con le imprese. Si tratta di un dato certamente positivo, che si concentra in particolare sui corsi con borse co-finanziate da imprese (48,5%). Dal punto di vista delle aree geografiche, da evidenziare in modo particolare è il dato delle università del Sud, dove quasi l'85% dei corsi di dottorato ha visto una *partnership* Università-impresa, seguite da quelle del Nord-Ovest, in cui la percentuale si attesta a circa il 70%. Nelle università del Mezzogiorno si collocano inoltre circa la metà dei dottorati industriali (24 su 49); seguono il Centro con 13 e il Nord con 12. Tuttavia – precisa l'ANVUR – sarà necessaria una reale verifica *ex post* dell'impatto della collaborazione in parola.

accompagna alla riforma del 2010; tendenza rafforzata dall'indispensabile utilizzo di fondi di provenienza europea, rivolti per lo più a promuovere progetti idonei a produrre risultati con marcati tratti operativi⁴⁵.

Al fine di comprendere la scelta effettuata in sede di pianificazione nonché gli effetti che da essa conseguono è necessario chiarire anzitutto il lessico: per ricerca di base si intende «ogni attività sperimentale o teorica svolta primariamente per acquisire nuove conoscenze sui fondamenti dei fenomeni e dei fatti osservati, senza una particolare applicazione o un uso in vista»; per ricerca applicata deve invece intendersi «ogni attività di indagine originale svolta per acquisire nuove conoscenze e principalmente indirizzata verso uno scopo o obiettivo specifico e pratico»⁴⁶.

Per il vero, la componente 2⁴⁷ della Missione 4 si occupa del potenziamento della ricerca industriale, ossia di quella finalizzata ad affrontare sfide strategiche per lo sviluppo del Paese, ma anche di quella di base, così da favorire la ricerca aperta e multidisciplinare, stimolata dalla curiosità e dall'approccio scientifico.

Tuttavia – lo si è accennato in esordio del paragrafo – le risorse destinate ai dottorati, comprese quelle provenienti dalla componente 1 della Missione 4, si rivolgono in via esclusiva alla ricerca applicata, in coerenza con il modello europeo nel quale di regola si preferisce investire in una certa tipologia di ricerca, ossia in quella che non è rivolta tanto all'avanzamento dello stato dell'arte, quanto a raggiungere obiettivi partendo da quest'ultimo⁴⁸.

Chi scrive si rende conto che la ricerca vocata “a conoscere per conoscere” possa sembrare quasi anacronistica e che quella contemporanea sia soprattutto orientata ad acquisire “conoscenza valorizzabile” in quanto

⁴⁵ E. Carloni, *La ricerca*, cit., 141 ss., secondo cui l'università (e la ricerca universitaria) stanno trasformandosi secondo tre coordinate, tra cui la strumentalità della ricerca. Da tempo, del resto, è stato registrato che il legislatore (europeo e nazionale) abbia fortemente promosso la ricerca industriale sfavorendo quella fondamentale: in proposito, tra i tanti, L. Degrassi, *Ricerca 'industriale' e valutazione di 'scopo'*, in ID. (a cura di), *La ricerca scientifica tra Stato e mercato. Ipotesi di collaborazione. III*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 75 ss., 154. Per quel che riguarda i dottorati, questo trend si era reso percepibile dalla diminuzione delle risorse per borse di studio riguardanti i percorsi tradizionali in favore di quelli industriali (cfr. i dati della Corte dei conti contenuti nel *Referto sul sistema universitario 2021*, cit., 234).

⁴⁶ *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Frascati Manual 2015. Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*, disponibile sul sito dell'Organisation for Economic Co-operation and Development, reperibile all'indirizzo <https://www.oecd.org/publications/frascati-manual-2015-9789264239012-en.htm>.

⁴⁷ Questa componente, da integrare con le risorse del programma React EU e del c.d. fondo complementare, reca un finanziamento totale di 12,9 miliardi nell'arco di sei anni.

⁴⁸ E. Carloni, *La ricerca*, cit., 143.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

avvertita come uno degli elementi fondanti lo sviluppo del sistema economico e, dunque, sociale⁴⁹. Eppure, l'accentramento delle risorse sulla ricerca applicata non sembra da sola in grado di favorire uno sviluppo stabile, che si proietti nel medio-lungo termine.

In disparte (almeno per il momento) le considerazioni che si possono muovere nei confronti, per un verso, della ricerca tematicamente «concordata»⁵⁰ e finalizzata all'impiego imprenditoriale, e, per altro verso, della disuguaglianza tra ricercatori quanto a *chance* di essere finanziati in ragione delle inclinazioni culturali di ciascuno, sarebbe stato preferibile, anche a causa della modesta durata temporale delle borse di studio, che la ricerca di base trovasse supporto anche nei dottorati, in quanto la ricerca produce un *bene* anche quando non genera *risultati* immediatamente tangibili⁵¹.

Al netto dell'intrinseco valore culturale della conoscenza⁵², la necessità di sostenere la ricerca fondamentale (non in luogo, ma) a fianco della ricerca applicata proviene dal campo di potenziale utilizzo dei risultati della prima, che pare più ampio di quello della seconda.

Quest'aspetto viene diffusamente sottolineato nel PNR 2021-2027, in cui, nel tentativo di fondare il sostegno in favore della ricerca di base⁵³ nel settore umanistico così come avviene in quello più strettamente scientifi-

⁴⁹ Per comprendere la sostanziale differenza tra ricerca di base e ricerca applicata interessanti sono le definizioni proposte da M. Bonini, *La "libertà" di ricerca, dallo "Stato sociale nazionale" al "welfare di mercato europeo"*, in *La ricerca scientifica tra Stato e mercato*, a cura di L. Degrassi, cit., 1 ss., 14 ss., la quale oppone la «ricerca pensiero» (o più semplicemente ricerca scientifica) alla «ricerca scientifica e tecnica» immaginando per queste due diverse forme una parzialmente differente base giuridico-costituzionale.

⁵⁰ L'espressione è tratta da M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 772.

⁵¹ S. Calzolaio, *La libertà di ricerca scientifica*, cit., 59.

⁵² R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 587 ss.

⁵³ Secondo il PNR, reperibile all'indirizzo <https://www.mur.gov.it/sites/default/files/2021-01/Pnr2021-27.pdf>, «La curiosità, il metodo scientifico, la dinamica dell'immaginazione che teorizza e del senso critico che sperimenta, il sistema di controlli incrociati che la comunità scientifica deve attivare di fronte alle nuove scoperte operate dai suoi membri, sono elementi di un'epistemologia vivente che non si spiega con le ricadute che l'insieme di tutto questo produce nella tecnologia, nella vita sociale, nell'economia. In realtà, la ricerca coltiva in ogni suo passaggio una sua dimensione dedicata alla pura generazione di nuova conoscenza: altrimenti non è ricerca. La distinzione tra ricerca fondamentale e applicata si pone soprattutto per generare un consapevole equilibrio tra le due dimensioni: semplicemente descrive le due facce simbiotiche della ricerca che non possono vivere l'una senza l'altra. Qualunque pregiudizio efficientista come qualunque snobismo purista che divida artificiosamente la scienza fondamentale da quella applicata è una forzatura e un impoverimento culturale che desertifica la dinamica della conoscenza e separa la scienza dalla società» (22).

co, si fa ricorso all'argomento della c.d. *serendipity*, cioè all'imprevedibilità dell'uso dei risultati della ricerca.

Quella di base si caratterizza per essere libera nei temi e soprattutto nel fine, il che, sotto il profilo della sua eventuale utilizzabilità concreta⁵⁴, reca un non trascurabile vantaggio, più vasto presentandosi lo spettro del possibile impiego, con un maggiore rendimento potenziale nel medio-lungo periodo.

A ben vedere, il cambiamento imprevedibile «si affronta con la flessibilità garantita dalla moltiplicazione delle capacità di risposta, dalle competenze diversificate, dall'ampliamento e dalla solidità della conoscenza di base»⁵⁵. Talché, diventa fondamentale consolidare il metodo scientifico⁵⁶, che accomuna le varie discipline ed è indispensabile per sviluppare la capacità di passare dalla ricerca di base alle applicazioni⁵⁷.

Già queste poche considerazioni (tratte, tra l'altro, da un atto di pianificazione per certi versi presupposto al PNRR) inducono a riflettere sull'accentramento degli investimenti su temi specifici in ragione della loro attuale centralità nell'agenda politica internazionale. Accentramento che non pare esente da qualche difetto di ragionevolezza proveniente da un discutibile assunto di fondo⁵⁸: la conoscenza è (ormai) questione di mercato⁵⁹.

La scelta che favorisce i percorsi dottorali a vocazione tecnica sembra sproporzionata soprattutto nelle dimensioni: la sensazione è quella dell'ec-

⁵⁴ Che comunque non è indispensabile ai fini della qualificazione di un'opera come scientifica e, quindi, del riconoscimento del suo valore: osserva R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 595, che la libera elaborazione ha rilevanza in sé a prescindere dall'utilizzazione che lo scienziato o altri vogliono dare della sua opera. Ad avviso di F. Merloni, *Libertà*, cit., infatti, «La scienza non è la soluzione di problemi: è la costruzione di teorie e concetti che spiegano il mondo, la realtà»: essa «si organizza per il suo avanzamento continuo, indipendentemente dalla sua capacità di risolvere problemi» (162 s.).

⁵⁵ La ricerca di base riflette perfettamente l'oggetto della protezione ordinamentale: «la libertà di scienza è un diritto pubblico soggettivo nel senso che, nel confortare la ricerca dell'identità di ciascuno, crea idee di riserva per il tempo di crisi delle idee dominanti», R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 613.

⁵⁶ Oggetto anch'esso della tutela costituzionale, sia come libertà individuale di ciascuno scienziato, sia come libertà collettiva della comunità scientifica che tale metodo riconosce come scientifico, ancora R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 617.

⁵⁷ Cfr. PNR, 23.

⁵⁸ Secondo A. Marra, *Come cambia*, cit., 202, la convinzione alla base della riforma è che il percorso dottorale «debba essere riorganizzato in funzione di sbocchi professionali diversi da quello tradizionale accademico, analogamente a quanto avviene in altri Paesi, europei e non solo, nei quali il dottorato è diventato – o sta diventando – “il livello in cui si formano anche le figure professionali a più elevata specializzazione per il sistema economico e per la P.A.”».

⁵⁹ In proposito, tra le altre, si v. le sconolate riflessioni sull'aziendalizzazione dell'Università di G. Azzariti, *Per un'università “senza condizione”*, cit.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

cesso, in quanto ingiustificata appare l'enfasi rivolta alla ricerca finalizzata e dunque alle ricadute immediate che la scienza dovrebbe assicurare per ottenere sostegno.

D'altra parte, benché la c.d. «società della conoscenza»⁶⁰ postuli una forte implementazione della formazione di terzo livello, considerata (tra l'altro) la quasi totale inesistenza di vantaggi occupazionali per coloro che terminano positivamente il percorso dottorale – di cui *infra, sub c)* –, pare non così certo che il contesto economico richieda un maggior numero di dottori di ricerca rispetto a quei pochi che l'Italia produce⁶¹.

Sotto questo profilo il difetto di proporzione degli investimenti riguarda dunque la domanda proveniente dal mercato del lavoro, che, a dispetto della loro elevata qualificazione, promette di assorbire solo una minima quantità degli studiosi formati con fondi PNRR.

b. Sproporzionato investimento rispetto a poche, specifiche, tematiche

La preferenza accordata alla ricerca applicata ha finito per limitare le tematiche oggetto di finanziamento, con un affollamento di risorse su ambiti materiali predeterminati: digitalizzazione, patrimonio culturale, ambiente – “battuti” anche dai progetti finanziati per i ricercatori e dai PRIN⁶².

Ciò sta comportando un percepibile sovradimensionamento di studi su temi analoghi, a discapito di altri, specialmente di quelli più generali e non finalizzati, ossia quelli che incarnano la ricerca più autentica, che, grazie alla sua vocazione, dovrebbe avere un maggiore rendimento nel gettare le basi del progresso scientifico, economico e sociale.

Inoltre, la concentrazione dell'attività di ricerca su pochi argomenti rende meno appetibili i relativi risultati, incidendo, da un lato, sulla loro effettiva capacità di essere utili al mondo imprenditoriale; dall'altro, sul numero delle imprese disposte a finanziare; da un altro ancora, sul futuro reclutamento dei dottori di ricerca, che fanno fatica a elaborare studi originali che consentano loro di distinguersi.

A ben riflettere, si finiscono per pregiudicare le menti più originali, gli studi più impegnati e, più in generale, il pluralismo culturale, che per definizione è strumento di evoluzione.

⁶⁰ R. Cavallo Perin, *Il contributo*, cit., 587 s.

⁶¹ A. Marra, *Come cambia*, cit., 214 s.

⁶² Peraltro, nel XXXVII ciclo dottorale, le tematiche *Green* e *Innovazione* avevano già ricevuto una considerevole iniezione di borse di studio provenienti dal PON 2014-2020 su Ricerca e Innovazione.

c. Mancato collegamento con il mondo del lavoro

V'è un ulteriore aspetto che alimenta la sensazione che le scelte effettuate in merito alla ricerca dottorale presentino profili di irragionevolezza: l'enorme afflusso di risorse su poche tematiche finisce per generare una (ulteriore) svalutazione del titolo di dottore di ricerca⁶³.

Una svalutazione che si acuisce se si considera che manca qualsivoglia forma di collegamento con il mondo del lavoro: essere dottore di ricerca non è avvertito come un valore aggiunto, risultando poco (anzi, quasi per nulla) premiante per la collocazione lavorativa tanto pubblica che privata⁶⁴.

È evidente che un simile impiego di risorse, senza essere accompagnato da un dedicato sistema di reclutamento (segnatamente accademico)⁶⁵, è del tutto aleatorio⁶⁶. E pensare che il PNRR si propone proprio l'obiettivo di formare scienziati-professionisti. Eppure, nonostante abbiano acquisito conoscenze tutt'altro che comuni, dopo tre anni di studio e ricerca si troveranno in competizione con altri, senza che vi sia alcun reale incentivo (se non quello "strettamente" culturale) affinché vengano preferiti⁶⁷.

⁶³ Già svalutato per diverse ragioni, prima fra tutti la modesta spendibilità del titolo di dottore di ricerca in settori pubblici diversi da quello accademico: in proposito A. Marra, *Come cambia*, cit., 205 ss. Altro fattore, più recente, è l'affermarsi dei dottorati multidisciplinari, che, se da un lato promettono un ampliamento delle conoscenze e dunque un vantaggio culturale, dall'altro rendono più difficile "spendere" il titolo, che finisce per apparire troppo poco specialistico.

⁶⁴ Sulla modestissima valorizzazione del sistema dottorale, in ragione dell'assenza di interventi pubblici capaci di innescare un circuito virtuoso tra ricerca, innovazione e crescita culturale, economica e sociale, V. Manzetti, *Il sistema dottorale italiano nell'economia della conoscenza*, in *Nuove autonomie*, 2018, 311 ss.

⁶⁵ I limiti del "mercato occupazionale accademico" vengono analizzati in V. Manzetti, *op. cit.*, 317 ss., la quale osserva che «la "tragica" situazione occupazionale dei dottori di ricerca [...] non può che sottolineare il grave spreco di risorse pubbliche, dato che per un verso lo Stato investe circa sessantamila euro per ogni dottore di ricerca finanziato con borsa (centoquarantamila mila circa per un assegnista) e per altro verso circa il 90 per cento dei dottori di ricerca rischia di "disperdere" la formazione acquisita, non trovando né uno sbocco nel settore accademico né una posizione lavorativa adeguata nel mercato del lavoro» (319).

⁶⁶ Secondo A. Iannuzzi, *Il Piano nazionale*, cit., 329, l'investimento nei dottorati si rivelerà inutile se non si tramuterà in una reale occasione per la formazione di giovani ricercatori che andranno a irrobustire l'organico delle Università o, in alternativa, degli enti di ricerca pubblici o privati oppure che trovino collocazione in settori della ricerca svolta da aziende italiane.

⁶⁷ Alla prova dei fatti è risultato del tutto insufficiente il modesto incentivo economico proposto alle imprese: da ultimo quello previsto dal d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, che all'art. 26, c. 1, assegna uno sgravio contributivo per le imprese che partecipano al finanziamento delle borse di dottorato innovativo e che abbiano assunto a tempo indeterminato personale in pos-

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

Sarebbe stato necessario che il reclutamento universitario e quello in azienda venissero plasmati *ad hoc* per assorbire (almeno una parte delle) decine di migliaia di dottorandi⁶⁸, la cui qualità, invece, trova modesto apprezzamento in generale e soprattutto nel mondo delle piccole e medie imprese⁶⁹.

L'assenza di una connessione con il reclutamento post-dottorale è forse il principale paradosso del finanziamento dei dottorati da parte del PNRR: si pretende che i risultati della ricerca svolta nel corso triennio contribuiscano al progresso della comunità senza tuttavia assicurare al ricercatore che li ha generati la possibilità di “seguirli”, quasi avessero una vita propria⁷⁰.

Questo paradosso è figlio di una pianificazione miope, con una visione temporalmente limitata al 2026: di talché, con ogni probabilità, molti giovani studiosi saranno costretti a rivolgere lo sguardo verso le università straniere così contribuendo allo sviluppo di Paesi diversi dall'Italia⁷¹.

sesso del titolo di dottore di ricerca; prima l'art. 24, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, concedeva un contributo sotto forma di credito d'imposta del 35% per cento del costo aziendale sostenuto per l'assunzione di dottori di ricerca.

⁶⁸ Anche da studi sociologici – riportati da A. Marra, *Come cambia*, cit., 215 – emerge la necessità di “politiche ben calibrate capaci di favorire un processo di crescita congiunta fra il dottorato di ricerca, da una parte, e il sistema produttivo e della P.A., dall'altra”.

⁶⁹ Il PNR considera «scarsa» l'utilizzazione dei dottori di ricerca in campo pubblico e privato: ciò appare emblematico della poca consapevolezza della società italiana e del mondo imprenditoriale della formazione di alto livello. Sicché, secondo l'Accademia dei Lincei «è necessario incoraggiare le imprese (e le amministrazioni centrali e periferiche) a valorizzare il titolo di dottore di ricerca, usando incentivi fiscali, per esempio, per incoraggiarne l'assunzione anche al di fuori del mondo accademico. Senza un'azione coerente e coordinata si rischia di creare un pericoloso precariato che aggraverebbe la situazione anziché risolvere il problema della mancanza tutta italiana di dottori di ricerca dediti al trasferimento tecnologico, alla ricerca applicata e allo sviluppo sperimentale, come accade negli altri grandi Paesi europei».

⁷⁰ Viceversa, nell'ottica della «valorizzazione del sapere», sono i «dottori di ricerca il principale “prodotto”, che non può (e non deve) essere rivolto esclusivamente al mercato occupazionale accademico, ma dovrebbe, invece, essere indirizzato al mercato del lavoro tout court, pubblico e privato, data la forte connessione esistente tra “ricerca, innovazione, crescita”», così V. Manzetti, *Il sistema dottorale italiano nell'economia della conoscenza*, cit., 313. Del resto, F. Merloni, *Libertà*, cit., 173, nel proporre un corposo sostegno *ad hoc* in favore della ricerca libera (v. *infra* la nota 83), ha osservato che «nei trasferimenti ordinari deve essere compreso il costo di mantenimento alla ricerca del ricercatore attivo (cioè, che dimostri continuità nella produzione scientifica).

⁷¹ A. Iannuzzi, *Il Piano nazionale*, cit., 329. Secondo l'ISTAT quasi il 20 per cento delle persone che completano ogni anno un Dottorato di ricerca si trasferisce all'estero, mentre chi rimane in Italia soffre di un profondo disallineamento tra l'alto livello di competenze avanzate che possiede e il basso contenuto professionale che trova sul lavoro (cfr. PNRR, 191). Al fenomeno della c.d. “fuga dei cervelli” si aggiunge quello dello “spreco dei cervelli”, che si configura allorché dottori di ricerca (ma anche laureati) sono impegnati in occupazioni

d. Mancato adattamento del percorso dottorale

La ragionevolezza dell'investimento nella ricerca dottorale pare molto legata anche all'organizzazione del relativo percorso, che avrebbe meritato misure organizzative straordinarie.

Non sarebbe stata peregrina l'idea di allungare la durata – piuttosto che finanziare tre cicli ci si poteva limitare a finanziarne uno di sei anni –, molte ricerche richiedendo tempo per essere definite e dimostrare – si pensi a quelle che postulano la sperimentazione in laboratorio, che, peraltro, sovente deve essere posticipata rispetto all'acquisto (spesso faticoso)⁷² della strumentazione.

Una durata maggiormente diluita avrebbe consentito ai dottorandi di condurre le proprie ricerche con più tranquillità: ciò avrebbe favorito la riflessione e la dimostrazione scientifica, consentendo risultati più maturi.

Peraltro, si sarebbe evitato l'affollamento di bandi, che dagli atenei vengono proposti con inusitata frequenza nel tentativo di fare uso di tutte le risorse disponibili: il risultato è la grottesca situazione per cui a fronte di una spropositata numerosità delle borse è divenuto difficile trovare candidati⁷³.

Una numerosità che mette a dura prova, da un lato, la qualità del reclutamento – resta difficile finanche aspirare a selezioni d'eccellenza –; dall'altro, il fondo di finanziamento ordinario degli atenei. La misura di cui si discorre, per essere attuata, richiede infatti il contributo delle università visto che i finanziamenti stanziati non coprono l'intero ammontare della borsa⁷⁴: ciò comporta esborsi straordinari, che appaiono ancor più sproporzionati considerata la minuta capacità di reclutamento accademico dei dottori di ricerca “targati” PNRR.

Viceversa, un dimensionamento per difetto delle borse avrebbe potuto consentire la maggiorazione del loro ammontare, che è invece rimasto lo

che richiedono l'applicazione di una piccola parte delle conoscenze acquisite: cfr. V. Manzetti, *Il sistema dottorale*, cit., 319.

⁷² Le procedure di acquisto sono altro elemento che ostacola la ricerca, al pari delle procedure di rendicontazione, che non poco limitano la capacità di spesa del ricercatore, il quale conduce un'attività di certo più libera nei centri di ricerca privati. Auspica una forte semplificazione della ipertrofica rete di misurazioni, valutazioni, rendicontazioni, ecc., A. Iannuzzi, *Il Piano*, cit., 331.

⁷³ Il *flop* delle candidature rispetto alla numerosità delle borse è registrato, con riferimento all'a.a. 2022/2023, anche da A. Marra, *Come cambia*, cit., 216.

⁷⁴ Il contributo PNRR è di 60.000 euro (fermandosi a 30.000 euro nel caso delle borse co-finanziate da imprese), mentre il costo complessivo di una borsa si aggira intorno ai 75.000 euro.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

stesso, preferendosi – come visto – un frazionamento delle risorse che pare non aiutare lo svolgimento dell’attività scientifica⁷⁵.

Invero, la esiguità della borsa mensile crea enormi difficoltà (soprattutto, benché non solo) ai c.d. “fuori sede”: di conseguenza le selezioni finiscono per assumere una vocazione marcatamente territoriale⁷⁶, per tale via impoverendosi lo scambio culturale che invece il percorso dottorale dovrebbe favorire.

Il maggiore disagio è avvertito dagli stranieri, che fanno fatica a mantenersi in Italia. A risentirne è quindi l’attrattività del dottorato italiano, con relativo pregiudizio per l’arricchimento della nostra ricerca.

Per il vero, nel corso dell’ultimo decennio il numero di stranieri iscritti è in aumento – dal 2013 al 2020 v’è stato un discreto incremento: da 4.368 a 4.995 –; eppure il loro numero rimane distante da quello degli altri Paesi.

Come evidenziato anche dall’ultimo rapporto *Education at a Glance 2022*, resta uno strutturale deficit di attrazione di studenti stranieri, soprattutto europei: rispetto alla media dei Paesi OCSE (pari al 26% degli iscritti) si collocano nettamente al di sopra il Regno Unito e la Francia, con percentuali prossime al 40%; seguono la Germania con circa il 23%, la Spagna con poco più del 19% e infine l’Italia con circa il 16%⁷⁷. Dunque, anche sotto il profilo della internazionalizzazione (obiettivo dichiarato del PNRR) il risultato complessivo dell’investimento compiuto appare modesto.

6. Osservazioni conclusive in vista di un imprescindibile dialogo tra politica e comunità scientifica

Concludendo, pare non manchino elementi per riflettere sulla effettiva capacità degli investimenti diretti al sistema dottorale di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Per il vero, dalla lettura del PNRR si ricava la sensazione che il fine ultimo perseguito tramite gli stanziamenti prima richiamati sia in parte diverso da quello dichiarato. È come se non si fosse realmente interessati allo svol-

⁷⁵ L’affermazione di un livello retributivo non adeguato è uno dei principali problemi del dottorato italiano – insieme ai posti senza borsa, al sistema di tassazione dei dottorandi – secondo A. Iannuzzi, *Il piano*, cit., 329.

⁷⁶ Contribuendo a rafforzare la «provincializzazione degli studiosi» – oggetto di denuncia, tra gli altri, di G. Azzariti, *Per un’università “senza condizione”*, cit. – alimentata da un sistema normativo che rende difficile il passaggio da una sede all’altra che anni addietro caratterizzava la carriera dei professori universitari.

⁷⁷ Cfr. il *Rapporto ANVUR 2023*, cit., 61.

gimento di una ricerca che crei conoscenza e, per conseguenza, sviluppo e occupazione.

Pare piuttosto che si intenda finanziare la ricerca e basta: l'interesse parrebbe *l'esserci della ricerca* – si spiegherebbe così perché il *target* è meramente numerico: bisogna erogare una certa entità di borse di studio in un dato periodo temporale –, il che potrebbe esse persino soddisfacente se si trattasse di ricerca di base; lo è meno, o forse non lo è affatto, trattandosi di ricerca applicata.

Proprio la preferenza espressa per quest'ultima mostra un aspetto della relazione attuale tra politica e scienza: la prima ha conformato la seconda enfatizzando il binomio con l'impresa; come se solo quest'ultima consentisse il progresso.

È stato così creato un sistema di finanziamento impresa-centrico⁷⁸, pre-determinando sia i temi di ricerca, sia i principali destinatari di possibili risultati scientifici: le imprese, appunto. Viceversa, remota è la possibilità di “assorbire” chi ha condotto la ricerca, soprattutto all'università, la quale, quasi fosse una comparsa nel processo di elaborazione scientifica, resta sullo sfondo a fungere da mera sede in cui svolgere una parte del percorso triennale.

Un ruolo tanto marginale dell'università segnala il definitivo tramonto dell'originaria versione del dottorato, quella in cui quest'ultimo costituiva (non tanto normativamente⁷⁹, ma) nella diffusa convinzione degli accademici l'inizio di una carriera che, con apprezzabili possibilità, sarebbe continuata nei ruoli universitari⁸⁰. L'odierna tendenza pare invece quella di considerare il dottorato alla stregua di una “normale” borsa di studio.

⁷⁸ Secondo G. Azzariti, *Per un'università “senza condizione”*, «il tentativo di collegare l'università alle logiche d'impresa (la cosiddetta “aziendalizzazione” dell'università) non può essere considerato un modello, non foss'altro perché l'università non produce merce ma solo, eventualmente, sapere».

⁷⁹ Benché l'art. 68, l. n. 382/1980, prevedesse che «È istituito il dottorato di ricerca quale titolo accademico valutabile unicamente nell'ambito della ricerca scientifica», non era escluso che il titolo potesse essere speso in un settore diverso da quello universitario. Una prima espressa apertura verso sbocchi professionali differenti la si trova nell'art. 4, l. n. 210/1998, secondo cui «I corsi per il conseguimento del dottorato di ricerca forniscono le competenze necessarie per esercitare, presso università, enti pubblici o soggetti privati, attività di ricerca di alta qualificazione».

⁸⁰ A. Marra, *Come cambia*, cit., p. 204, osserva che il dottorato ha finito da subito per configurarsi come il primo gradino della carriera accademica. Questa considerazione era fondata soprattutto sul fatto che l'accesso fosse subordinato al superamento di un concorso pubblico, il che avrebbe reso più trasparente l'accesso alla carriera accademica in una università che diveniva “di massa” e nel contesto di un più generale riordino dei ruoli della docenza universitaria. Non a caso, del resto, il numero dei posti programmati nei primi anni di vigenza

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

L'attuale conformazione della ricerca dottorale – conformazione che fa trasparire il passaggio (oramai sempre più compiuto) da un modello di formazione tradizionale a un modello più contemporaneo⁸¹ – lascia molto a desiderare, presentando profili di dubbia conformità rispetto al paradigma costituzionale, che, quanto alla ricerca scientifica, è costruito intorno a due poli fondamentali: la libertà di ricerca, da un lato, e la necessità di interventi pubblici per la sua promozione e sviluppo, dall'altro⁸².

L'intervento pubblico di cui si discute appare in disarmonia anzitutto con l'art. 9 Cost.⁸³, imprimendo una spinta finanziaria non a tutta la ricerca, a partire da quella di base (con l'obiettivo di consentire lo sviluppo della persona e dell'organizzazione del Paese), bensì a quella che promette una maggiore quantità di subitanei esiti economici⁸⁴. Questa sperequazione nel

della nuova disciplina era nell'ordine di poche migliaia, ossia in misura grosso modo corrispondente al *turn over* in ambito accademico.

⁸¹ Nel primo modello «la formazione alla ricerca avviene mediante la collaborazione diretta e personale dell'allievo con il maestro, secondo modalità scarsamente standardizzate e largamente informali che costituiscono una versione aggiornata della formazione degli apprendisti nelle botteghe artigiane». Nel secondo modello «la formazione dottorale è decisamente più formalizzata, sia per quanto riguarda l'accesso, il percorso formativo e le relative verifiche, sia per ciò che concerne, più in generale, l'organizzazione del corso che è spesso affidata ad una struttura *ad hoc* (*Graduate School*) ed è assoggettata all'osservanza di regole generali che vincolano tanto i docenti quanto i dottorandi». Così A. Marra, *Come cambia*, cit., 202 ss., ad avviso del quale l'evoluzione più recente della disciplina del dottorato di ricerca in Italia «è effettivamente segnata dal progressivo spostamento dal primo al secondo modello, ancorché tale percorso non sia affatto lineare e gli esiti della trasformazione, tutt'ora in corso, appaiono piuttosto incerti e non privi di insidie».

⁸² F. Merloni, voce *Ricerca scientifica*, cit., 394.

⁸³ Secondo F. Merloni, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, cit., 364, «la ricerca da promuovere in forza dell'art. 9 della Costituzione non potrà che essere la ricerca scientifica non strumentale», quella «libera», «autodeterminata, rilevante di per sé». Ad avviso dello stesso A., *Libertà*, cit., 173, ci sarebbe bisogno di una radicale svolta nel concepire e organizzare la promozione della ricerca libera: a quest'ultima «va dedicato un finanziamento ad hoc, nettamente distinto dal finanziamento ordinario delle università, gestito da un soggetto autenticamente indipendente e rappresentativo della comunità scientifica (tutta), che finanzia a livello nazionale (europeo se si riuscisse a superare le politiche nazionali) progetti di ricerca valutati qualitativamente. Il modello non è l'ANVUR, ma il Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) tedesco».

⁸⁴ A risentire di siffatto assetto è anche l'art. 3, c. 2, spettando alla Repubblica rimuovere gli ostacoli per il progresso scientifico. D'altra parte, è proprio l'intervento pubblico che rende possibile l'esercizio della relativa libertà: ricorda F. Merloni, voce *Ricerca scientifica*, cit., 395, che «la ricerca è attività libera nei fini e semmai condizionata nei mezzi; è compito dello Stato promuoverne, direttamente o indirettamente, lo sviluppo». Una promozione – sia ben inteso – che non finisce per condizionare la libertà positiva in cui quella di scienza si colloca: sul ruolo dell'art. 3, c. 2, rispetto alla libertà di scienza si v. le riflessioni di A.

sostegno economico è difficilmente tollerabile, non solo per l'entità degli investimenti, ma soprattutto perché si finisce per assumere che la seconda non necessita più della prima, per tale via imprimendosi alla ricerca contemporanea un moto regressivo quanto a qualità⁸⁵.

L'assetto che è andato assumendo il finanziamento dei dottorati condiziona fortemente l'elaborazione scientifica⁸⁶: non perché impedisce di condurre una ricerca oltre il confine tematico di quella concordata; ma perché di fatto la rende difficilmente eseguibile, destinandole sole le risorse residue⁸⁷.

Viene in tal modo a disperdersi il carattere che la connota *ex art.* 33, c. 1, Cost.⁸⁸: la libertà, ossia la sua «incondizionatezza», che è la principale garanzia della sua validità⁸⁹.

Quelli in corso, in ragione dell'incremento delle risorse, sono anni particolarmente importanti per il dottorato. Eppure, il futuro di questo basilare percorso di ricerca non appare roseo: al netto del verosimile nuovo arretramento degli investimenti, quel che preoccupa è la sua torsione verso la strumentalità e, dunque, verso specifiche aree disciplinari.

Una torsione che denuncia soprattutto l'assenza di considerazione per

Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica*, cit., 98 ss. Sul dovere costituzionale della Repubblica di promuovere la ricerca scientifica e tecnica – dotando le università statali dei mezzi necessari – con relativa previsione di procedure specialmente libere e ragionevole limitazione di responsabilità nella gestione universitaria si v. R. Cavallo Perin, *L'Università*, cit., 586 ss.

⁸⁵ Secondo E. Carloni, *La ricerca*, cit., 144, la crescente funzionalizzazione della scienza alla produzione – registrata criticamente da tempo risalente, tra gli altri, da A. Orsi Battaglini, *Libertà*, cit. –, da un lato, pone in chiara tensione i valori costituzionali affidati al sistema della ricerca scientifica ed in particolare alle Università; dall'altro, propone un cambiamento quantitativo del rapporto tra libertà e strumentalità della scienza prefigurandone così un mutamento qualitativo.

⁸⁶ Osserva M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 744, che variabili sono i modi in cui l'influenza del potere si esercita: rispetto a una ricerca che richiede mezzi sempre più ingenti, «la manovra dei finanziamenti costituisce [...] lo strumento meno appariscente ma più pesante d'intervento autoritativo nel territorio della scienza».

⁸⁷ Ne consegue un problema di parità di *chance* fra ricerca industriale e ricerca fondamentale, con evidente svantaggio per i ricercatori puri rispetto agli scienziati che praticano la ricerca applicata. In merito L. Degrassi, *Ricerca 'industriale' e valutazione di 'scopo'*, cit., 155. Di recente anche E. Carloni, *La ricerca*, cit., 144, secondo cui il PNRR porta con sé una divaricazione di opportunità (e in prospettiva di equilibri, per esempio quando si proverà ad assorbire i ricercatori PNRR) a vantaggio delle aree disciplinari maggiormente funzionali a determinate traiettorie di investimento.

⁸⁸ M. Nigro, *Lo Stato italiano*, cit., 745 s.

⁸⁹ G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*.

investimenti pubblici nella ricerca scientifica

la comunità scientifica⁹⁰, che non viene ritenuta una reale interlocutrice quando si assumono decisioni sull'università e sulla ricerca⁹¹.

E i risultati sono sotto gli occhi di tutti. Per restare agli investimenti di cui si è discusso, non è inverosimile credere che, qualora la loro definizione fosse stata preceduta da un serrato e trasparente dialogo tra politica e scienza, le ricerche finanziate avrebbe dato vita a meno prodotti nell'immediato ma a maggiori prospettive di progresso per il Paese.

Abstract

The attempt to use the extraordinary amount of resources derived from Next Generation Eu in a way that would generate widespread socio-economic growth could only involve the university and research. With the intention of strengthening the relationship between science and business, substantial investments have also been allocated to the Ph.D. program, where free research and free education are practised as a function of cultural, social and economic progress. It is precisely the high concentration of resources on the Ph.D. Program that is the subject of the analysis in the essay, which is based on the following research hypothesis: the funding of the doctoral programme is not sufficiently designed to allow the development that the NRRP is intended to achieve. In the attempt to prove this, and after a nod to the normative network of Constitutional rank dedicated to the autonomy of science, the essay will focus, precisely, on the consistency of the funding in question, with the ultimate aim of assessing (also in the light of data derived from recent Anvur and Court of Auditors findings) its reasonableness and proportionality with respect to the objectives to which it is declaredly dedicated.

⁹⁰ Sul ruolo definitorio della comunità scientifica sull'esercizio della libera scienza cfr. R. Cavallo Perin, *L'università*, cit., 549 ss.

⁹¹ Comunità scientifica che nell'attuale assetto normativo resta ai margini del procedimento di definizione dei finanziamenti all'Università: in proposito G. Vesperini, *Come cambia la governance nazionale delle Università*, in *Come cambia l'Università italiana*, a cura di A. Marra e M. Ramajoli, cit., 19 ss., 47 ss.

FRANCESCO DALLA BALLA

FARE STATO AD OGNI EFFETTO: L'INTERVENTO DI CASSA DEPOSITI E PRESTITI NEL MERCATO*

SOMMARIO: 1. Note sul contesto. – 2. Il ritorno dell'azionariato di Stato. – 3. Il pretesto della crisi pandemica e l'accelerazione dell'azionariato pubblico. – 4. In una prospettiva d'insieme.

1. Note sul contesto

La «straordinaria mutazione»¹ di Cassa depositi e prestiti in una società di diritto singolare speciale² ha progressivamente allontanato l'ente dall'orbita del diritto pubblico. La privatizzazione c.d. *fredda*³, compiuta dall'art. 5, d.l. n. 269/2003, fu motivata dalla necessità del governo di acquisire spazi di

* La presente pubblicazione è stata realizzata nell'ambito del PRIN 2020 RE.S.T.O.R.E.– *Recovering the State Towards a Reformed Economy*, 2020MLYXR5_001, P.I. Prof. Aldo Sandulli.

¹ M. Giachetti Fantini, *La “straordinaria mutazione” del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 62.

² A. Maltoni e V. Donativi, *Dalla trasformazione in società per azioni alla pluriqualificazione come investitore di mercato, market unit e istituzione nazionale di promozione*, in V. Donativi e A. Maltoni (a cura di), *Cassa Depositi e Prestiti*, Giappichelli, Torino, 2021, 5.

³ La possibilità per i privati di divenire azionisti è infatti quantitativamente e qualitativamente limitata (T. Di Nitto, voce *Cassa depositi e prestiti*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 808). L'art. 5, c. 2, d.l. n. 269/2003 consente infatti l'ingresso nella compagine sociale alle fondazioni bancarie o ad altri soggetti pubblici privati, purché questi detengano «complessivamente» quote di minoranza del capitale sociale della CDP s.p.a. rispetto alla quota di controllo rimasta nella titolarità del MEF (A. Maltoni e V. Donativi, *Dalla trasformazione in società per azioni alla pluriqualificazione come investitore di mercato, market unit e istituzione nazionale di promozione*, cit., 3). In secondo luogo, lo statuto – che, in forza del combinato disposto del citato c. 2 e dell'art. 2436 c.c., può essere modificato solo con il consenso del socio pubblico – consente il trasferimento delle azioni soltanto «a favore delle Fondazioni di cui all'art. 2 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, nonché di banche e di intermediari finanziari vigilati, ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche, o del testo unico della intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998,

manovra finanziaria nell'esercizio di bilancio contingente⁴, mediante misure di riduzione del debito pubblico con efficacia sul breve termine⁵. A tal fine, la Cassa fu dunque trasformata in società per azioni, in modo da ottenere da Eurostat la qualifica di banca nazionale di promozione ed affrancare l'istituto dal perimetro delle amministrazioni pubbliche, quindi dai saldi di bilancio dello Stato⁶. In forza di ciò, «oggi il risparmio postale è un prestito di privati a una SpA privata, che sarà poi conteggiato nel debito pubblico solo se e quando verrà impiegato per prestiti e mutui» alle amministrazioni pubbliche, o – tutt'al più – nei soli casi in cui tali fondi vengono posti a disposizione del MEF⁷.

In una prospettiva di medio-lungo termine, tuttavia, la riforma ebbe l'effetto di irrobustire e flessibilizzare l'operatività di Cassa depositi e prestiti. Innanzitutto – grazie alla sua qualificazione come *market unit* – furono gettate le basi per «una eventuale espansione della sua attività finanziaria» mediante provvista di fondi direttamente con l'emissione di titoli sul mercato, dato che i prestiti obbligazionari di Cassa non avrebbero gravato il disavanzo erariale⁸. Inoltre, la possibilità di rilevare le partecipazioni azionarie del MEF (al fine di una riduzione del debito pubblico che non implicasse altresì la rinuncia al controllo delle società stesse) fornì alla Cassa l'occasione per cimentarsi nel ruolo di holding⁹, sviluppando formule organizzative e competenze che avrebbero successivamente indotto il legislatore ad asse-

n. 58» (art. 8). Peraltro, il potenziale acquirente deve presentare «caratteristiche di comprovata solidità patrimoniale e regolarità di gestione» suscettibili di accertamento da parte del CDA.

⁴ Critici sul fatto di aver utilizzato CDP quale «strumento attraverso il quale portare debito pubblico al di fuori del bilancio dello Stato», L. Guiso e T. Boeri, *Per una cassa senza fondazioni*, in *www.lavoce.info*, 2 ottobre 2012.

⁵ T. Di Nitto, voce *Cassa depositi e prestiti*, cit., 809, con riferimento ai saldi recati dalla *Relazione al Parlamento sulle operazioni di cessione delle partecipazioni in società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato (ex art. 13, comma 6, legge 474/94)*, disponibile in *www.dt.mef.gov.it*. Al contempo, il c. 3, lett. b), del medesimo art. 5 dispose il trasferimento a titolo oneroso (non, dunque, tra i conferimenti del socio pubblico) di corpose partecipazioni societarie detenute dal Ministero dell'economia (ENI, Enel, Poste Italiane ecc.) e – «pur non realizzando un reale passaggio della proprietà» dell'azionariato dalla mano dello Stato alla mano privata – ha consentito al MEF di imputare il ricavo dell'operazione ad ulteriore riduzione del debito pubblico (cfr. d.m. 5 dicembre 2003).

⁶ E. Guarna Assanti e G. Di Martino, *La Cassa depositi e prestiti quale asset strategico per lo sviluppo economico nazionale*, in *Diritto Costituzionale*, 2022, n. 2, 130.

⁷ F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, in *www.bassanini.it*, 1.

⁸ E. Guarna Assanti e G. Di Martino, *La Cassa depositi e prestiti quale asset strategico per lo sviluppo economico nazionale*, cit., 130

⁹ In precedenza, l'art. 1, d.lgs. n. 184/1999 consentiva a CDP di detenere partecipazioni esclusivamente in società strumentali ai suoi scopi istituzionali.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

gnare alla società un ruolo ben più incisivo nella pianificazione e gestione dell'azionariato di Stato.

Da un lato, perciò, lo Stato acquisì alcuni margini di operatività finanziaria sul breve periodo, derivanti dal miglioramento dei saldi contingenti; dall'altro anche CDP, una volta emancipatasi dal bilancio dello Stato, ha ampliato il proprio spazio di manovra sul mercato, svincolandosi, al contempo, sia dai parametri di Maastricht, che dai requisiti di patrimonializzazione delle banche private¹⁰.

Per trasformare Cassa depositi e prestiti in una vera e propria *market unit* erano necessarie almeno quattro condizioni: la presenza di soggetti privati nel capitale sociale, una struttura societaria ed organizzativa che consentisse alla società di operare in autonomia, l'omologazione di Eurostat quale soggetto esterno al bilancio pubblico¹¹, l'autorizzazione della Banca d'Italia¹². Tali processi, tuttavia, furono portati a termine senza la necessità di rendere la "nuova" CDP s.p.a. realmente indipendente dall'influenza del governo, che – con canali più o meno formali – mantiene un penetrante potere di condizionamento sull'attività del gruppo.

Per quanto riguarda la natura giuridica, l'art. 5, c. 6, d.lgs. n. 269/2003 qualifica CDP s.p.a. quale intermediario finanziario non bancario, confermando la strutturale ambivalenza delle funzioni di Cassa depositi e prestiti, che gode di alcune facilitazioni regolatorie rispetto agli operatori di mercato. L'ente, infatti, presenta una natura obiettivamente bancaria, dato «che, attraverso le Poste, raccoglie risparmio con obbligo di restituzione ed esercita il credito»¹³, tanto nei confronti degli enti pubblici quanto dei privati. Ciononostante, alla luce della richiamata previsione legislativa, la Cassa è esen-

¹⁰ G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, in *Mumus*, 2022, n. 1, 53.

¹¹ Come analizza V. Manzetti, *Il ruolo della Cassa depositi e prestiti in tempo di crisi*, in *L'intervento pubblico in economia in tempi di crisi*, a cura di F. Cortese, I. Martin Delgado e F. Di Lascio, Trento-Napoli, 2024 (in corso di stampa), il manuale di Eurostat sul deficit pubblico «afferma che le attività poste in essere dalle banche nazionali di promozione, pur essendo caratterizzate da forti legami con il governo, non vengono classificate automaticamente nei conti pubblici, ma analizzate da "vicino" di volta in volta per capire come nella sostanza intervengono in economia. [...] Quello che oggettivamente rileva nelle varie attività della Cassa Depositi e Prestiti è che, nei casi di acquisto di partecipazioni di aziende in crisi o di garanzia di finanziamenti alle stesse, la portata dell'operazione sia tale da escludere la classificazione nel settore S.13, e non si sostanzii in casi in cui la Cassa diviene il veicolo per fornire sistematicamente "aiuti di Stato mascherati" ad aziende in difficoltà».

¹² A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, n. 1, 96.

¹³ V. Minervini, *Il "nuovo" azionariato di Stato*, Giappichelli, Torino, 2020, 53.

tata dai requisiti di patrimonializzazione previsti per le banche, ma beneficia altresì della clausola di esenzione dal regime delle concentrazioni stabilita a favore degli intermediari finanziari per i casi di acquisto di partecipazioni con finalità di rivendita in tempi brevi, purché non vengano medio tempore esercitati diritti di voto.

La scelta dei soci privati a cui aprire la compagine societaria di CDP ricadde, come noto, sulle fondazioni bancarie¹⁴. Da un lato, infatti, le fondazioni previste dalla l. n. 461/1998 sono enti «ibridi, a cavallo tra soggetti formalmente privati ma con una componente [...] pubblicistica»¹⁵, in quanto perseguono per legge «scopi di utilità sociale», «senza fini di lucro»¹⁶, mirando ad una «redditività sostenibile nel medio e lungo periodo»¹⁷. Le fondazioni bancarie si sottraggono, dunque, alla tendenziale preferenza degli operatori finanziari per gli investimenti finanziari con redditività a breve termine, scollegati dal mondo della produzione industriale¹⁸, agevolando la ricerca di un ponderato equilibrio tra la massimizzazione dei dividendi e l'impiego del capitale in coerenza con l'interesse generale¹⁹.

La *querelle* in merito alla natura sostanzialmente pubblica o privata di Cassa depositi e prestiti non ha trovato un esito definitivo, anche perché tale nozione – a differenza del remoto passato – ha una valenza marginale, posto che ciascuna branca del diritto ha elaborato criteri definitivi peculiari, sicché le conclusioni mutano a seconda che s'intenda assoggettare l'operato della società alla disciplina in materia di contratti pubblici²⁰, alla giurisdizione amministrativa, alla giurisdizione contabile, alla disciplina antitrust ecc...

¹⁴ Come noto, le fondazioni bancarie sono enti costituiti a seguito della trasformazione in società per azioni delle banche che avevano una struttura giuridica fondazionale. A tal fine, l'azienda bancaria fu conferita in una nuova società per azioni, il cui capitale fu attribuito a soggetti privati, le c.d. fondazioni bancarie, che rimasero titolari dei pacchetti di controllo delle banche, benché progressivamente indotte dal legislatore a cedere al mercato gran parte delle proprie quote di partecipazione (cfr. A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, cit., 96).

¹⁵ A. Pisaneschi, *op. loc. cit.*

¹⁶ E. Guarna Assanti e G. Di Martino, *La Cassa depositi e prestiti quale asset strategico per lo sviluppo economico nazionale*, cit., 131.

¹⁷ A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, cit., 96.

¹⁸ A. Averardi, *La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, n. 2, 316.

¹⁹ Contro la partecipazione delle fondazioni bancarie, ritenute politicamente ispirate ed «influenzabili» cfr. L. Guiso – T. Boeri, *Per una cassa senza fondazioni*, cit.

²⁰ Sul punto si rinvia a F. Dalla Balla, *Il gruppo Cassa depositi e prestiti e la crisi dell'organismo di diritto pubblico*, in corso di pubblicazione in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 2/2024. Quello degli appalti rimane uno dei pochi settori dell'attività di CDP s.p.a. integralmente

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

La recente riscoperta degli strumenti del diritto privato per il governo

regolato dal diritto pubblico. A seguito della privatizzazione formale deliberata dal d.l. n. 269/2003, la società è stata qualificata come organismo di diritto pubblico (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550), sulla scorta del rilievo che l'ente è rimasto uno strumento attivo di politica industriale a disposizione dei governi (qualificazione che non sembra «eludibile» A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, cit., 104). In applicazione del principio secondo cui «*semel organismo, semper organismo*», la giurisprudenza non ha ritenuto di poter esplorare la possibilità di applicare la teoria dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* (che è stata ammessa da Cass. civ., sez. un., ord. 1 marzo 2018, n. 4899, limitatamente agli enti operanti nei settori speciali; su cui D. Capotorto, *Poste italiane organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, n. 1, 639; la conclusione è stata validata da C. giust. UE, 28 ottobre 2020, C-521/18, *Pegaso e Sistemi di Sicurezza*, benché sul presupposto – invero un po' frettoloso – che fosse «pacific[a] tra le parti» la qualificazione di Poste Italiane in termini di impresa pubblica operante nei settori speciali, marginalizzando così il profilo relativo all'organismo di diritto pubblico). Secondo la Corte di Giustizia (15 gennaio 1998, C.44/96, *Mannesmann*), ai fini del diritto degli appalti rimane infatti irrilevante la circostanza che un soggetto svolga anche o addirittura in prevalenza attività commerciale, considerato che l'attività espletata in regime di diritto pubblico va a contagiare l'intera operatività dell'o.d.p., imponendo l'applicazione della disciplina in materia di appalti anche ai settori (minoritari o prevalenti) gestiti in regime di mercato. Recentemente, tuttavia, il problema della qualificazione si è posto con riguardo alle società strumentali del gruppo CDP, che – in linea con le finalità d'interesse generale perseguite dalla holding – operano sul mercato per l'attuazione degli obiettivi di politica economica prescritti dal MEF. È lo stesso art. 5, c. 8-bis, d.l. n. 269/2003, d'altronde, ad assegnare a CDP un'azione di protezione dell'interesse nazionale sul mercato (con riguardo ai settori strategici, alla salvaguardia dei livelli occupazionali, all'entità del fatturato ecc.), precisando che tale obiettivo potrà essere perseguito «anche attraverso veicoli societari o fondi di investimento partecipati da CDP s.p.a. ed eventualmente da società private o controllate dallo Stato o enti pubblici». Analizzare isolatamente la natura della società CDP s.p.a., pertanto, restituisce un'immagine parziale del fenomeno pubblico, nel quale l'intero gruppo risulta indirizzato e coordinato al perseguimento delle finalità di interesse generale nel quadro di una «regia unitaria» di politica economica (F. Aperio Bella, *Organismi di diritto pubblico*, cit., 441, nt. 76). Il problema ruota soprattutto attorno all'interpretazione del c.d. requisito teleologico, relativo alla finalizzazione dell'attività dell'organismo al soddisfacimento di bisogni di carattere generale non aventi carattere industriale o commerciale. Dopo alcune incertezze (cfr., a titolo esemplificativo, TAR Lazio, 19 maggio 2016, n. 5887; TAR Lombardia, Brescia, 1 aprile 2019, n. 293), il Consiglio di Stato ha posto «l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto», che «risulta[no] per volontà della norma preminent[is] sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta» in concreto (Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964). Ed infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, «i compiti assegnati all'organismo» con l'atto costitutivo «sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di auto-organizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono». Viceversa «le modalità con le quali poi l'attività viene svolta [...] riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato» e «sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato». Si avrebbe così una sorta di contagio «soggettivo»

dell'economia, d'altronde, ha ragioni profonde. La strategia dell'intervento pubblico nel mercato è stata improntata, fino agli anni Novanta, sulla concezione del c.d. «Stato regolatore», cui si riteneva spettasse, tutt'al più, «correggere le situazioni di insuccesso o di “fallimento del mercato” (*market failures*) con strumenti di intervento e misure correttive di tipo autoritativo (o di *command and control*)»²¹. L'«ortodossia del *laissez faire*»²² si ispirava al paradigma generale del «mercato efficiente», in virtù del quale – tendenzialmente

infragrappo, derivante dalla stretta strumentalità dell'ente controllato rispetto alle funzioni del controllante (*contra*, A. Maltoni e V. Donativi, *Dalla trasformazione in società per azioni alla pluriqualficazione come investitore di mercato, market unit e istituzione nazionale di promozione*, cit., 63; B.P. Amicarelli, *La nozione di organismo di diritto pubblico: il caso di Cassa Depositi e Prestiti investimenti SGR S.p.a.*, cit., 663). In questa prospettiva, le condizioni legali di mercato, di profitto, di crisi aziendale nelle quali opera la società veicolo, non bastano a restituirne la natura prismatica e multiforme dei condizionamenti – anche informali – esercitabili dal controllante pubblico che nomina il *management*. In questo – paradossalmente – il criterio formale (che qualifica la controllata in ordine alle finalità codificate nello statuto ed alla strumentalità delle stesse per l'o.d.p. controllante) appare assai più “sostanzialistico”, ovvero sia maggiormente in grado di imbrigliare tutti quei meccanismi e rapporti, anche informali, che non traspaiono dai processi gestionali, ma permangono sottotraccia in ragione delle connessioni soggettive e manageriali tra le società del gruppo. Viceversa, secondo le sezioni unite, la preminenza del “momento istitutivo” rispetto alle modalità di svolgimento in concreto dell'attività non sarebbe conforme all'insegnamento della Corte di Giustizia, secondo cui il soddisfacimento di un interesse generale va indagato «tenendo conto di tutti gli elementi non solo di diritto, ma anche di fatto che contribuiscono alla differenziazione dello stesso da quelli aventi carattere industriale o commerciale, ivi comprese le condizioni in cui l'organismo esercita la propria attività, che restano concettualmente distinte dalle circostanze che hanno condotto alla sua istituzione» (Cass., sez. un., sent. 18 gennaio 2022, n. 1482). Le sezioni unite avvertono il rischio di un'elusione dell'interesse alla concorrenza, nel solo caso in cui un soggetto pubblico formalmente preposto ad interessi industriali o commerciali operi – alla prova dei fatti – «in condizioni o secondo logiche estranee a quella concorrenziale», ma aggiungono che rimane irrilevante il caso dei soggetti a capitale pubblico che «agiscono di fatto come comuni operatori economici», quand'anche le relative «attività siano finanziate con mezzi finanziari derivanti dalle attività dalla stessa esercitate». Il rischio elusivo paventato dal Consiglio di Stato è invece esattamente opposto, ovvero sia che sotto le mentite spoglie dell'attività giuridica in regime di mercato finiscano per essere pregiudicati imparzialità, buon andamento e oculata gestione delle risorse pubbliche. In estrema sintesi, il giudice amministrativo ha ritenuto di dover tracciare – in base alla normativa nazionale sugli appalti – la qualità dei processi con cui vengono investite ed amministrare le risorse attinte dal bilancio pubblico; le sezioni unite, invece, si preoccupano – in linea con la giurisprudenza europea – della qualità di chi le incassa, affinché non vengano pregiudicati la concorrenza tra le imprese e il buon funzionamento del mercato.

²¹ M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2020, n. 2, 230.

²² F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, cit., 4.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

– gli operatori agiscono in una prospettiva razionale, i prezzi restano «buoni indicatori del valore economico» dei beni e dei servizi, l'uso dei modelli matematici seleziona i rischi e li contiene²³. Ne è derivato per lungo tempo l'approccio tecnico-politico imperniato sull'assunto che «è l'intervento dello Stato che deve essere giustificato, non la libertà dei privati di operare e contrattare»²⁴. La conseguenza concreta di questo “minarchismo” economico²⁵ era la perimetrazione dell'intervento pubblico nel mercato entro i limiti stringenti del principio di proporzionalità, solo laddove strettamente necessario a risolvere le situazioni problematiche nelle quali il diritto privato «non è in grado di tutelare gli interessi della collettività» (inquinamento, monopoli naturali, asimmetrie di potere fra i gestori delle imprese o tra questi e i consumatori ecc.)²⁶, preferibilmente ricorrendo a valutazioni intrinsecamente obiettive ed imparziali, slegate dall'indirizzo politico e dalla pianificazione industriale (da cui la proliferazione delle *authorities* indipendenti) .

La crisi economica globale del 2008 ha messo in crisi questi postulati tradizionali, minando il paradigma regolatorio dei mercati. Innanzitutto, è stata fortemente relativizzata la capacità dell'attore pubblico – come soggetto “potente” ma esterno al mercato – di operare ed incidere gli equilibri attraverso l'uso di strumenti autoritativi. La crisi del debito, infatti, ha ricollocato lo Stato all'interno del perimetro del mercato, evidenziando il ruolo prismatico del potere pubblico, che talvolta interviene per correggere le disfunzioni del sistema economico, tal altra è esso stesso governato dalla “mano invisibile”, in quanto soggetto che – al pari delle imprese – è costretto a finanziarsi (e, soprattutto, a ri-finanziarsi) con l'emissione di titoli di debito. La “fiducia” degli investitori internazionali è dunque uno dei fattori che contribuiscono a plasmare le strategie economiche nazionali, talvolta con maggiore incisività finanche rispetto alla capacità dei parlamenti di indirizzare le strategie politiche dei rispettivi esecutivi²⁷. Il debito pubblico non è, infatti, (o non soltanto) l'esito patologico di politiche poco oculate di

²³ M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, cit., 236.

²⁴ M. Clarich, *op. cit.*, 233.

²⁵ Secondo V. Minervini, *Il “nuovo” azionariato di Stato*, cit., 45, la ritirata dello Stato dall'economia ha trovato idealmente il proprio acme legislativo nel T.U. delle partecipate di cui al d.lgs. n. 175/2016.

²⁶ M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, cit., 233.

²⁷ Indicativa, in proposito, la vicenda relativa al c.d. «*mini-budget*», proposto dal Primo Ministro inglese Liz Truss nell'autunno 2022, che – implicando una importante riduzione fiscale compensata da una (prevista) accelerazione della crescita – compromise la fiducia degli investitori internazionali sulla sostenibilità finanziaria del debito pubblico, provocando il crollo della sterlina e del valore dei titoli di Stato (A. De Luca, *UK: Liz Truss la breve*, in *www.ispionline.it*, 20/10/2022).

sviluppo, ma un fenomeno strutturale della forma di Stato. Attraverso le costituzioni del secondo Novecento, i poteri pubblici si sono giuridicamente vincolati ad assicurare la proliferazione dei diritti. In un contesto capitalistico consolidato, la soddisfazione dei bisogni primari e, in generale, la protezione dei diritti fondamentali vengono sovente filtrate attraverso il mercato, che rimane la struttura “eletta” nel modello economico occidentale per la gestione delle filiere di approvvigionamento (da quella alimentare, al lavoro e alla connettività). In termini economici ciò significa che ai Governi è stato attribuito il «sacro compito», già noto alla teorica keynesiana, «di produrre la principale delle risorse scarse ovvero la domanda», facendo «accedere una quantità crescente di persone entro quella classe agiata preposta a consumare il surplus, ovvero riassegna[ndo] progressivamente al consumo quella parte della popolazione scacciata dalla sfera della produzione»²⁸. Questo obbliga la politica a ri-legittimare costantemente il proprio ruolo con interventi mirati a non disconnettere cittadini o classi sociali o regioni geografiche dal mercato. Nei sistemi più tradizionalmente restii all’incremento del disavanzo pubblico, come gli Stati Uniti, il medesimo obiettivo è stato inizialmente perseguito stimolando l’indebitamento privato, ma – a seguito della crisi finanziaria innescata dalla cartolarizzazione dei mutui c.d. *subprime* – «il meccanismo è saltato»²⁹, riflettendosi sull’esplosione del debito federale³⁰. Ciò ha determinato un legame strutturale e difficilmente scindibile tra lo Stato sociale ed il debito³¹, che non è astrattamente solvibile, ma non costituisce neppure un problema, fino a che la finanza pubblica riesce ad operare attraverso il rifinanziamento dei titoli in scadenza, posto che «come il gatto del paradosso di Schrödinger, chiuso in una scatola, del quale non possiamo sapere se è vivo oppure morto», anche il debito pubblico «per quanto colossale, non è mai un problema in sé, fintanto che si è certi di disporre, al momento opportuno, della somma necessaria per estinguerlo»³², quand’anche ottenuta, ancora una volta, a debito sul mercato.

²⁸ R.A.Ventura, *Teoria della classe disagiata*, Minimum Fax, Roma, 2017, 53.

²⁹ In questi termini Giulio Tremonti nell’intervista a G. Trovati, *Nel downgrade Usa il segno dell’arrivo di una doppia crisi*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 agosto 2023, 4.

³⁰ M. Valsania, *Usa, il bupbone del debito: crescerà di 19.400 miliardi in 10 anni*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 febbraio 2023.

³¹ *Idem*, secondo l’Autore il legame strutturale e difficilmente scindibile tra lo Stato democratico ed il debito è dimostrato dalla permeabilità di questo modello economico anche nei sistemi più tradizionalmente restii all’uso della leva fiscale ed alle politiche redistributive, come gli USA, che – dopo secoli di tendenziale livellamento dall’indebitamento – hanno intrapreso, a partire dagli anni Settanta, una scalata verticale e continua.

³² R. A. Ventura, *Teoria della classe disagiata*, cit., 89.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

In una prospettiva globalizzata, i «pilastri fondanti della regolazione economica da almeno un trentennio sono in crisi»³³, al punto che la stessa attività di regolazione può divenire “interesse commerciabile”, trasformandosi in “un’utilità” oggetto di scambio sul mercato, dove sono i governi a competere in regime di concorrenza nell’offrire trattamenti fiscali, norme di tutela del cyberspazio e fori giurisdizionali più competitivi. In questo contesto è divenuto sempre più problematico per i poteri pubblici utilizzare la regolazione per volgere il mercato verso il perseguimento di interessi generali. Al contempo, la crisi dello Stato regolatore non fa che mettere in risalto la potenza del mercato, che – se indirizzato al perseguimento di interessi pubblici, anche sovranazionali (ad es. l’ambiente) – può sviluppare azioni e sinergie di gran lunga più efficaci rispetto a quelle imposte con strumenti autoritativi.

Questo scenario globale ha inciso non poco sull’evoluzione di Cassa depositi e prestiti, che ha aggiornato la propria operatività al mutato contesto macroeconomico. Da un lato, infatti, la crisi del debito ha indotto un progressivo rallentamento nell’attività tradizionale della Cassa, legata all’erogazione dei mutui agli enti pubblici, «constatato che, date le condizioni della finanza pubblica e i vincoli del patto di stabilità interno, il risparmio postale [...] supera ormai di molto la capacità delle PPAA di indebitarsi per investire»³⁴. CDP s.p.a. è stata dunque stimolata a dirottare una parte delle proprie risorse verso il mercato privato, per selezionare nuove occasioni di business. Per altro verso, in considerazione della crisi dello Stato-regolatore, il potere pubblico ha provato a sviluppare (o, più spesso, a riattivare) strumenti di governo dell’economia che mirano ad influenzare il mercato dall’interno, indirizzando “spontaneamente” il suo potenziale d’azione al perseguimento di taluni interessi generali. Tanto nel diritto nazionale quanto in quello europeo, la “mano pubblica” ha cercato ulteriori tecniche per spingere il mercato ad eleggere come propri gli obiettivi di politica economica, dirottando la “potenza di fuoco” del capitalismo globale al perseguimento di specifici interessi pubblici locali³⁵.

Non è un caso, d’altronde, che i “nuovi” poteri dell’investitore pubblico vadano irrobustendosi in tutta Europa, nell’ambito di un contesto globale nel quale i grandi *players* internazionali ambiscono alla ricerca di interlocutori e canali istituzionali stabili, per assicurare mediante la partecipazione

³³ M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, cit., 239.

³⁴ F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell’economia sociale di mercato*, cit., 2.

³⁵ Sulle operazioni svolte con il fondo sovrano Qatar Holding Llc, il Russian Direct Investment Fund, il fondo sovrano Kuwait Investment Authority ecc. cfr. M. Giachetti Fantini, *La “straordinaria mutazione” del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 37.

tecnico-finanziaria pubblica l'unità d'intenti nello sviluppo dei grandi piani d'investimento pluriennali. Nell'ultimo decennio anche il mercato ha dovuto fare i conti con «lo sviluppo di movimenti antisistema, di ispirazione populista», che si alimentano con «un'opposizione crescente all'apertura dei mercati a livello nazionale e globale», in virtù di una visione «totalizzante, che nega in radice la stessa idea di un contropotere neutrale e quindi, per esempio, la possibilità di istituire regolatori indipendenti»³⁶. Nell'alternanza frenetica delle fasi politiche, tuttavia, tali posizioni sono tanto trancianti quanto tendenzialmente effimere. Si fa dunque più robusta la necessità di garantire gli investimenti strategici con la partecipazione del partner pubblico, selezionato tra i corpi intermedi tecnici, che garantiscono maggiore continuità d'indirizzo manageriale e predeterminabilità delle decisioni, sulla base del criterio della razionalità economica.

D'altronde, il disgregamento del capitalismo nazionale³⁷, abbinato alle difficoltà strutturali della politica nell'interpretare un ruolo guida rispetto alla costruzione di una strategia economica *long run*, ha fortemente depotenziato la programmazione di politica industriale. A differenza, ad esempio, della Germania, «l'Italia ha un sistema finanziario concentrato ma debole e non ha più un sistema di grandi imprese private o pubbliche, capaci di intervenire nel segno dell'interesse nazionale»³⁸. Su ciò si è innestato un problema finanziario, posto che i requisiti di patrimonializzazione, «tali da precludere l'assunzione di partecipazioni su larga scala»³⁹, imposti alle banche, alle assicurazioni e ai fondi d'investimento, hanno finito «per penalizzare gli investimenti di medio-lungo termine»⁴⁰, spingendo il mercato verso la ricerca di soluzioni *short-term*, slegate dallo sviluppo industriale. L'azionariato statale ha dunque mostrato una rinnovata vitalità nel guidare le imprese verso soluzioni industriali, che (a seconda dei casi, con finalità protezionistiche, di sicurezza nazionale, salvaguardia dei livelli occupazionali ecc.) perseguono interessi generali cangianti, vagliando gli specifici input politico-istituzionali provenienti dal controllante pubblico⁴¹.

³⁶ M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, cit., 238.

³⁷ M. Mucchetti, *Cassa depositi e prestiti, il nuovo centauro*, in *Italianieuropei*, 2017, n. 2, 52, rileva che «dagli anni Ottanta ai giorni nostri, la crescita del Prodotto interno lordo [è] andata diminuendo in parallelo alla riduzione del numero delle grandi imprese private italiane».

³⁸ M. Mucchetti, *op. cit.*, 55.

³⁹ «Secondo i principi contabili usati dalla vigilanza, le partecipazioni assorbono capitale di vigilanza in ragione di uno a uno, troppo se vi si aggiunge la «fame di capitale» connessa ai rischi ordinari dell'attività creditizia», cfr. M. Mucchetti, *op. cit.*, 56.

⁴⁰ F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, cit., 2.

⁴¹ A titolo esemplificativo, da ultimo, cfr. d.l. n. 187/2022, art. 2.

2. Il ritorno dell'azionariato di Stato

L'evoluzione che, negli ultimi anni, ha attratto maggiore interesse nell'attività di CDP s.p.a. è indubbiamente il suo ruolo di holding pubblica, grazie al quale la Cassa ha trasformato le proprie tecniche d'intervento nel mercato, passando da mero finanziatore delle opere a partner delle imprese⁴².

In seno all'organizzazione statale, CDP s.p.a. condivide tale ruolo con Leonardo s.p.a. e Invitalia s.p.a.⁴³, benché si tratti di realtà disciplinate in maniera assai diversa⁴⁴. Il ruolo della Cassa nel settore delle partecipazioni è l'esito di una progressiva e graduale apertura al mercato azionario. L'art. 5, c. 3, lett. b), d.l. n. 269/2003 ha previsto il trasferimento a CDP s.p.a. delle partecipazioni azionarie di Eni, Enel e Poste Italiane, già detenute dal MEF. Il successivo c. 8, recependo una clausola già prevista dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 284/1999, ha confermato la possibilità per la Cassa di assumere anche altre partecipazioni societarie, purché «strumentali», «connesse» e «accessorie» alle proprie finalità istituzionali⁴⁵. I presupposti giuridici che legittimano tale operatività di mercato sono stati ulteriormente declinati dal d.m. del Ministro dell'economia del 27 gennaio 2005, precisando che siffatte partecipazioni possono essere acquisite anche avvalendosi dei fondi provenienti dalla raccolta del risparmio postale (e sono quindi devolute alla gestione separata), purché si tratti di società la cui attività sia ausiliaria o comunque legata da

⁴² Camera dei deputati, Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti, Ruolo di Cassa depositi e prestiti a supporto del sistema imprese, doc. X, n. 3, in www.cdp.it.

⁴³ Cfr. Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa SpA, *Bilancio d'esercizio al 31/12/2022*, in www.invitalia.it/trasparenza/bilancio. Il gruppo che fa capo ad Invitalia S.p.A. si compone di Medio Credito Centrale (che sostiene investimenti e accesso al credito per le PMI, soprattutto con riferimento al Mezzogiorno, e amministra alcuni fondi di garanzia), Infratel s.p.a. (che si occupa di realizzare e gestire infrastrutture di connessione nell'ambito dei piani di potenziamento della banda larga e ultra larga), Invitalia Partecipazioni s.p.a. (che si occupa della dismissione delle partecipazioni ritenute non più strumentali dalla capogruppo), DRI Italia s.p.a. (che sperimenta presso l'ex Ilva di Taranto nuove strategie di produzione dell'acciaio). In virtù di patti parasociali o altri vincoli contrattuali, Invitalia s.p.a. esercita inoltre una notevole influenza su CDP Venture Capital SGR s.p.a., Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani SpA, Acciaierie d'Italia Holding Spa (ADIH), ReiThera Srl, Toscana Life Science Sviluppo Srl ed ha acquisito per il tramite di fondi amministrati partecipazioni in Industria Italiana Autobus SpA, Sider Alloys Italia SpA,

⁴⁴ M. Giachetti Fantini, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., p. 55; A. Donato, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2015, 368.

⁴⁵ In questi termini il d.m. 27 gennaio 2005.

un vincolo di interdipendenza e complementarità con l'oggetto sociale di CDP s.p.a.

Il d.l. n. 34/2011 (conv. con mod. dalla l. n. 75/2011) ha aggiunto un c. 8-*bis* all'art. 5, d.l. n. 269/2003, consentendo a CDP s.p.a. l'assunzione di partecipazioni, a prescindere dalla connessione della società bersaglio con le funzioni tradizionali della Cassa. In base a tale normativa, CDP s.p.a. può accedere al capitale in società di «rilevante interesse nazionale», in termini di «strategicità del settore di operatività», o «di livelli occupazionali» o comunque di «entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese». La società bersaglio deve trovarsi «in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico» e l'investimento dev'essere caratterizzato da «adeguate prospettive di redditività».

I presupposti dell'intervento pubblico sono stati ulteriormente specificati, su delega del c. 8-*bis*, dal d.m. 2 luglio 2014, tanto con riferimento all'individuazione tassativa dei settori strategici, quanto ai requisiti minimi di fatturato e numero di dipendenti delle società bersaglio. In particolare, ai sensi del relativo art. 1, afferiscono ai settori strategici le società di capitali operanti nell'ambito «della difesa, della sicurezza, delle infrastrutture, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'energia, delle assicurazioni e dell'intermediazione finanziaria, della ricerca e dell'innovazione ad alto contenuto tecnologico, dei pubblici servizi, turistico-alberghiero, dell'agroalimentare e della distribuzione, della gestione di beni culturali e artistici». In alternativa, quanto a giro d'affari e livelli occupazionali, sono comunque considerate «di rilevante interesse nazionale» anche le società che presentano un fatturato netto non inferiore a trecento milioni di euro ed impiegano un numero di dipendenti non inferiore a duecentocinquanta. Tali requisiti possono essere ridotti del venti per cento in relazione alla rilevanza dell'indotto o comunque in caso di «benefici per il sistema economico-produttivo del Paese, anche in termini di presenza sul territorio di stabilimenti produttivi». L'intervento di Cassa depositi e prestiti può indirizzarsi anche verso società «non costituite in Italia», che «operano nei settori di cui al c. 1 e dispongono di società controllate o stabili organizzazioni nel territorio nazionale le quali possiedono nel territorio medesimo i seguenti requisiti cumulati: a) fatturato annuo netto non inferiore a cinquanta milioni di euro; b) numero medio di dipendenti nel corso dell'ultimo esercizio non inferiore a duecentocinquanta».

Appurati i presupposti codificati dal d.l. n. 34/2011 e dalla normativa di attuazione, spetta al Consiglio di Amministrazione pianificare le strategie di mercato, selezionando i *targets*. In capo all'organo amministrativo permanente in particolare – ai sensi dell'art. 1, c. 5, d.m. 2 luglio 2014 – la responsabi-

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

lità in merito all'estimazione delle «adeguate» prospettive di redditività. Ciò vale tanto per le operazioni deliberate direttamente da CDP s.p.a. quanto per gli altri «veicoli societari» eventualmente utilizzati dalla holding (c. 8-bis), sulle cui operazioni il d.m. assicura lo stretto collegamento e controllo da parte del socio pubblico. Infatti «la società che delibera l'investimento» è tenuta a condividere preventivamente «il piano industriale con il Consiglio di Amministrazione di CDP» e a fornire «tempestiva informativa circa le operazioni concluse e circa la sussistenza dei requisiti» previsti dal d.l. n. 269/2003 e dal d.m. 2 luglio 2014. La norma vieta, perciò, anche ai veicoli societari e ai fondi d'investimento controllati da CDP di acquisire partecipazioni all'infuori dei parametri codificati dall'art. 5, c. 8-bis, d.l. n. 269/2003, andando ad integrare – con riferimento alle operazioni perfezionate dalle società del gruppo in base ai nuovi margini di operatività previsti dal d.l. n. 34/2011 – quanto già stabilito dal d.m. 18 giugno 2004, n. 59627⁴⁶. Tale risalente normativa prevedeva infatti l'obbligo per CDP s.p.a. di concordare preventivamente con il Dipartimento del tesoro qualsiasi atto di disposizione avente ad oggetto, in tutto o in parte, le partecipazioni trasferite dal MEF ed i relativi diritti di voto (incluse la permuta, la vendita, la donazione, la dazione in pagamento, la costituzione in usufrutto con attribuzione del diritto di voto all'usufruttuario, la dazione in pegno con attribuzione al creditore pignoratizio del diritto di voto, il conferimento in società, i trasferimenti a qualunque titolo di diritti di opzione e prelazione). Il decreto precisava altresì che l'obbligo di concertare le operazioni con il Ministero valeva anche per la gestione delle partecipazioni diverse da quelle «trasferite»⁴⁷, ovverosia azioni e altri strumenti partecipativi acquisiti da CDP sul mercato⁴⁸. Le prerogative ministeriali sono implicitamente presupposte anche dal più recente d.m. del 2014. Non si spiegherebbe altrimenti l'obbligo di notificare il MEF, da inquadarsi nell'ambito dei poteri d'indirizzo sull'attività della gestione separata, codificati dall'art. 5, c. 9 e 11, d.l. n. 269/2003 e dall'art. 6 dello Sta-

⁴⁶ Un'analisi puntuale di siffatta normativa è operata da A. Maltoni e V. Donativi, *Il potere di indirizzo del MEF, l'attività di vigilanza e i controlli svolti nei confronti di CDP Spa*, in Id., *Cassa Depositi e Prestiti*, Giappichelli, Torino, 2021, 188 ss.

⁴⁷ Camera dei deputati, Servizio studi, *Cassa depositi e prestiti: principali linee di intervento*, 12 ottobre 2016, n. 204/2, 39.

⁴⁸ *Contra* A. Maltoni e V. Donativi, *Il potere di indirizzo del MEF, l'attività di vigilanza e i controlli svolti nei confronti di CDP Spa*, cit., 194, secondo cui l'obbligo di concordare preventivamente le operazioni di gestione con il MEF sussisterebbe esclusivamente con riferimento «alle partecipazioni societarie [...] la cui acquisizione sia comunque da porre in relazione al fatto che CDP risulta titolare di partecipazioni trasferite, sia ad altri strumenti finanziari [...] acquisiti [...] in ragione della già indicata titolarità».

tuto di CDP s.p.a. L'imitare l'interlocuzione con il socio alle sole operazioni su strumenti finanziari connessi alle «partecipazioni trasferite»⁴⁹ – ammesso di poter concretamente distinguere gli investimenti promossi in continuità con le partecipazioni trasferite e quelli indipendenti da esse – prefigurerebbe un irragionevole controllo del socio “a due velocità”: più intenso sulle partecipazioni acquisite *ab origine*, più blando con riguardo alle successive operazioni di mercato.

Il fatto che l'intervento di CDP s.p.a. dovesse limitarsi alle società in stabile equilibrio economico-finanziario, con prospettive di redditività e crescita, rispondeva alla necessità di conformarsi alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato⁵⁰ e di rassicurare le preoccupazioni delle fondazioni bancarie rispetto ad una possibile torsione assistenzialistica dell'azionariato di Stato⁵¹.

Cassa depositi e prestiti ha dunque costituito la controllata Fondo Strategico Italiano SGR s.p.a.⁵² (oggi rinominata CDP Equity s.p.a.⁵³), incaricata di perseguire «la crescita dimensionale, il miglioramento dell'efficienza operativa l'aggregazione con altre imprese del settore, la capacità di competere sui mercati internazionali»⁵⁴. Nonostante il *favor* espresso verso l'apertura

⁴⁹ A. Maltoni e V. Donativi, *Il potere di indirizzo del MEF, l'attività di vigilanza e i controlli svolti nei confronti di CDP Spa*, cit., 195.

⁵⁰ D. Colaccino, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, cit., 142.

⁵¹ A. Donato, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali e della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, cit., p. 382, fa riferimento all'assemblea dei soci di CDP s.p.a. dell'aprile 2011, nell'ambito della quale le fondazioni bancarie pretesero l'impegno del management nella rigorosa applicazione – sotto responsabilità degli stessi amministratori – dei requisiti di legge.

⁵² La società è stata costituita in data 2 agosto 2011, con un capitale sociale pari a un miliardo di euro, sottoscritto da CDP s.p.a. (novanta per cento) e – per la restante quota del dieci per cento – da Fintecna s.p.a. (che, tuttavia, è stata successivamente acquisita da CDP, con il trasferimento dell'intero pacchetto azionario in precedenza detenuto dal MEF). Nel 2012 ha acceduto alla compagine sociale anche la Banca d'Italia, attraverso il conferimento in FSI della partecipazione precedentemente detenuta in Assicurazioni Generali, che doveva essere dismessa da Palazzo Koch per evitare conflitti d'interessi in ragione dei rapporti tra la banca e l'IVASS (cfr. sul punto V. Manzetti, *Cassa depositi e prestiti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 272).

⁵³ Nel marzo 2016 l'FSI ha mutato la sua denominazione in CDP Equity s.p.a. e nel successivo mese di agosto la Banca d'Italia ha esercitato il diritto di recesso, deliberando la completa uscita dal capitale della società a cui essa partecipava con una quota del venti per cento, cfr. M. Giachetti Fantini, *La “straordinaria mutazione” del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 40.

⁵⁴ F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, cit., 3.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

delle imprese ai mercati globali, è evidente il potenziale protezionistico del c. 8-bis, al fine della «predisposizione di [...] misure difensive rispetto a eventuali azioni di acquisizione di imprese e asset strategici per il Sistema Paese»⁵⁵. Ciononostante, CDP Equity s.p.a. ha inteso interpretare anche un ruolo chiave nel consolidamento di rapporti con investitori internazionali, utilizzando le proprie partecipazioni quale «veicolo di attrazione di capitali esteri», intenzionati a ricercare un partner solido per investire nel sistema imprenditoriale italiano⁵⁶.

Il coinvolgimento della Cassa nella compagine azionaria non ha una funzione meramente patrimoniale (che – specie nelle situazioni di equilibrio finanziario e redditività – ben potrebbe essere soddisfatta anche dal mercato, senza il coinvolgimento del socio pubblico), ma mira ad incidere sulla *governance* aziendale, svolgendo una funzione «strategica e propulsiva» per orientare l'attività d'impresa verso «scelte sostanzialmente di politica economica»⁵⁷. D'altronde l'impatto del socio pubblico sulle scelte manageriali è particolarmente evidente nel caso – previsto direttamente dal d.l. n. 34/2011 – di accesso al capitale motivato dalla salvaguardia dell'indotto occupazionale⁵⁸.

Nelle intenzioni iniziali l'intervento dell'Fsi avrebbe dovuto limitarsi ad acquisire quote «di norma di minoranza»⁵⁹, mediante partecipazione agli aumenti di capitale⁶⁰, per fornire alle società strategiche il capitale di rischio necessario a «crescere, investire, internazionalizzarsi»⁶¹. L'art. 4, c. 3, dello Statuto di CDP Equity, d'altronde, prevede che la società «si ripropone di operare come investitore finanziario orientato a un adeguato ritorno economico e patrimoniale del proprio investimento, in linea con il mercato,

⁵⁵ In questo senso, *Relazione annuale per l'anno 2020 sull'attività della Commissione*, Camera dei deputati, doc. X, n. 2, 12.

⁵⁶ Su cui V. Manzetti, *Cassa depositi e prestiti*, 274.

⁵⁷ A. Donato, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali e della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, cit., 383.

⁵⁸ A. Donato, *op. cit.*, 383.

⁵⁹ F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, cit., 3; cfr. anche A. Donato, *Il ruolo di holding di Cassa depositi e prestiti S.p.A.: profili giuridici attuali della gestione di partecipazioni come strumento di politica industriale*, 382; M. Giachetti Fantini, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 37; V. Manzetti, *Cassa depositi e prestiti*, 270.

⁶⁰ Per un riepilogo delle operazioni avviate dal Fondo Strategico Italiano SGR s.p.a. nei primi anni di operatività cfr. D. Colaccino, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, cit., 143 ss.

⁶¹ M. Giachetti Fantini, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 37.

senza acquisire, di norma, il controllo di fatto o di diritto delle imprese nelle quali investe», fatta eccezione per le società che controllano i monopoli naturali, le reti, le infrastrutture o nel caso di acquisizioni transitorie legate a circostanze eccezionali⁶². La finalità dell'intervento di CDP mirava, nelle intenzioni iniziali, ad irrobustire l'impresa strategica mediante il finanziamento "pubblico", confortando l'operatore privato nel perseguimento dei piani di sviluppo più ambiziosi, al fine di prevenire una perdita di competitività dell'azienda strategica nazionale.

In realtà, la strategia di mercato perseguita dalla Cassa ricorrendo ai nuovi strumenti d'intervento nel mercato azionario è andata ben oltre le iniziali aspettative. Nei fatti, la società CDP Equity s.p.a. (direttamente o attraverso i propri veicoli societari) preferisce spesso riservarsi il controllo delle società bersaglio (anche, eventualmente, nella forma del controllo congiunto)⁶³. L'obiettivo perseguito dalla Cassa attraverso le proprie articolazioni strumentali, dunque, non è (o non solo) quello di finanziare l'impresa strategica, bensì condizionarne la *governance*⁶⁴ ed indirizzarne le scelte manageriali "private" verso opzioni d'investimento che coniughino la remuneratività del capitale al perseguimento dell'interesse pubblico⁶⁵ (o, comunque, alla salvaguardia dell'occupazione).

⁶² V. Manzetti, *Cassa depositi e prestiti*, 275, nota 91.

⁶³ Secondo la Relazione finanziaria annuale 2022, il vettore CDP Equity s.p.a. (che ha sostituito FSI SGR s.p.a.) partecipa al capitale sociale di settantanove società, tra queste, detiene la quota di controllo di Ansaldo Energia s.p.a., Fincantieri, Renovit s.p.a., CDP Venture Capital SGR, Fondo Italiano d'Investimento SGR s.p.a., Holding Reti Autostradali s.p.a. (che a sua volta controlla Autostrade per l'Italia), Open Fiber Holding s.p.a. (che a sua volta controlla Open Fiber s.p.a.), CDP Investimenti s.p.a. (che a sua volta controlla Rocco Forte Hotel Ltd, esercita il controllo congiunto di Valvitalia Finanziaria s.p.a., Nexi s.p.a. e Trevi Finanziaria Industriale s.p.a.). CDP Equity s.p.a. esercita inoltre il controllo congiunto su Saipem s.p.a., Hoteltourist s.p.a., GreenIT s.p.a., Polo Strategico Nazionale s.p.a.

⁶⁴ Come rileva M. Giachetti Fantini, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 41, con riferimento al documento «Crescere per competere. Il caso del Fondo strategico italiano», Cassa depositi e prestiti, 2015, la stessa CDP s.p.a. ha avuto modo di precisare che «la tutela degli interessi e delle imprese nazionali è garantita attraverso il mantenimento di un controllo attivo sulla governance delle società» target dell'FSi.

⁶⁵ C. Scarpa, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, n. 3, 549, si chiede cosa resta «del vasto processo di privatizzazione impostato alla fine del secolo scorso. Forse, resta solo la privatizzazione delle banche. Comit e Credit non ci sono più, e non torneranno. Troppo grossi i bocconi, pesante la sorveglianza bancaria che – al contrario di Aspi – ha evitato il peggio e ha fatto venire meno le ragioni più forti per tornare indietro. Troppo internazionale l'azionariato. In mano pubblica (di importante) resta solo il Monte dei Paschi di Siena, la cui storia andrebbe forse raccontata un

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

CDP Equity s.p.a., costituita con una capitalizzazione iniziale pari a un miliardo di euro, detiene oggi detiene partecipazioni societarie per circa nove miliardi di euro⁶⁶.

Il governo e CDP s.p.a. partecipano peraltro attivamente alle scelte imprenditoriali delle società del gruppo, come dimostra la vicenda relativa all'acquisizione di Autostrade per l'Italia s.p.a. (ASPI) dalla holding Atlantia s.p.a. Il controllante pubblico ha infatti fornito a CDP Equity s.p.a. una dotazione aggiuntiva in conto capitale pari a quattro miliardi trecento milioni di euro, per costituire la società HRA s.p.a., cui partecipano, per il quarantanne per cento, anche i fondi d'investimento gestiti da *Blackstone Infrastructure Partners* e *Macquarie Asset Management*. Con le risorse messe a disposizione da Cassa depositi e prestiti la nuova società ha rilevato da Atlantia s.p.a. le azioni del concessionario della rete autostradale, riportando l'infrastruttura nell'orbita del controllo pubblico⁶⁷. La Corte dei conti – in sede di controllo preventivo di legittimità – ha sottolineato che la transazione con ASPI deliberata dal MIT non può essere esaminata in termini isolatamente amministrativi, ma va contestualizzata come tassello di un'articolata strategia del governo, suggellata per il tramite della società CDP Equity⁶⁸. L'accordo tra Atlantia s.p.a. e la società in controllo pubblico HRA s.p.a. per l'acquisizione di ASPI s.p.a. costituiva il presupposto fissato dal governo – «mediante una condizionalità reciproca» – per la definizione del procedimento sanzionato-

giorno, quando meglio capiremo cosa davvero è successo nel mondo di mezzo tra gestione del rischio finanziario e comportamenti sanzionati dal Codice penale. Ma non è comunque una storia di privatizzazione. Anzi, è una storia in cui la proprietà pubblica locale è stata sostituita da quella statale. E tutto il resto? Enel e Eni non sono mai uscite dal controllo pubblico. In realtà, tutti i pezzi principali del nostro sistema energetico (incluse Terna o Snam) sono saldamente nelle mani della Cassa depositi e prestiti – o comunque sottoposti al suo tutoraggio. Alitalia, con buona pace dell'ottimo Lorenzo Stecchetti, ahimè è tornata pubblica; vedremo per quanto, ma al momento così è. E ora anche Aspi torna a casa, con il governo presieduto da Mario Draghi che disfa la privatizzazione organizzata in prima persona dall'allora Direttore generale del tesoro, Mario Draghi. Anche in questo senso si chiude il cerchio... Dall'elenco delle operazioni principali manca solo Telecom Italia. Dopo anni di pessime performance, per ora è francese, ma anche lì la Cassa un ruolo importante lo mantiene. E vedremo se lasceranno andare Tim verso lidi anche più lontani. Torniamo ad avere un'industria di Stato di grandissime dimensioni. Torniamo... in realtà non la avevamo mai veramente abbandonata. Nel paese del Gattopardo, le privatizzazioni a metà hanno finito per non essere per nulla irreversibili: una lezione importante per un paese che, storicamente, oscilla tra capitalisti privati senza soldi ma in cerca di buone occasioni per farne tanti rischiandone pochi, e un capitalismo pubblico storicamente (tristemente) inefficiente».

⁶⁶ CDP Equity, *Relazione finanziaria annuale*, 19.

⁶⁷ CDP Equity, *Relazione finanziaria annuale*, 27.

⁶⁸ Corte dei conti, Sez. centrale contr. gov., del. n. 2/2022, in www.banchedati.corteconti.it.

rio avviato dal MIT nei confronti della stessa ASPI, che avrebbe potuto comportare la revoca delle concessioni autostradali⁶⁹. I provvedimenti concessori relativi ai beni demaniali rimangono infatti espressione di potestà autoritative tradizionali, in regime di diritto pubblico, il cui esito non può dipendere dal gradimento dell'amministrazione verso l'azionista che partecipa (o subentra) nella compagine azionaria di una società di capitali. Il governo ha dunque giocato la partita su due diversi terreni: l'uno con le regole del diritto pubblico, l'altro con le regole del diritto privato, brandendo «il tema della revoca [...] come una pistola sul tavolo delle trattative» per supportare le iniziative del gruppo CDP⁷⁰. Da un lato, infatti, il MEF ha interloquito con Atlantia s.p.a. come potenziale acquirente degli *asset* relativi ad ASPI. Al contempo, in sede di concerto il MEF, ha condiviso con il MIT la competenza all'adozione dei provvedimenti sanzionatori nei confronti del concessionario autostradale inadempiente. La vicenda ben raffigura l'attitudine del gruppo (ivi comprese, dunque, le società controllate) ad agire come *longa manus* del governo⁷¹, dando impulso ad iniziative di mercato che perseguono gli obiettivi amministrativi (nel dettaglio, la riacquisizione del patrimonio autostradale concessionato) già oggetto delle procedure avviate presso le competenti strutture ministeriali⁷². Ne dà espressamente atto la Corte dei

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ C. Scarpa, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, cit., 535, riferisce che «ASPI aveva all'epoca un'esposizione finanziaria di circa 10 miliardi, garantita proprio – agli occhi dei finanziatori – dagli utili futuri, ovvero dal valore di indennizzo. Il venire meno di questa garanzia ha comportato che il nuovo valore di indennizzo cadesse al di sotto dei debiti, portando ASPI potenzialmente sull'orlo del *default*. Più precisamente, come si legge dal comunicato di Standard and Poor's, all'epoca ASPI aveva emesso obbligazioni per 7,7 miliardi, dei quali 3,9 garantiti da Atlantia. Il rimborso di queste obbligazioni poteva essere accelerato in caso di termine della concessione. Inoltre, vi erano altri 2,1 miliardi in linee di credito, di cui 1,7, di nuovo, soggette a rimborso accelerato nel caso il *rating* di ASPI cadesse sotto la linea dell'*investment grade*. Qualora il rimborso avesse avuto luogo, informa Standard and Poor's minacciosamente, la situazione di ASPI e Atlantia sarebbe stata ulteriormente valutata».

⁷¹ Fa riferimento all' «"uso strategico" della Cassa, come l' "arma sempre meno segreta" sul tavolo della politica e del governo» V. Manzetti, *Il ruolo di Cassa depositi e prestiti in tempo di crisi*, cit. Sull'alternativa "politica" tra la soluzione di mercato (con il subentro dell'azionista pubblico) e la risoluzione autoritativa della concessione cfr. A. Anzon Demmig, *Lo "scrutinio stretto" della legge-provvedimento sulla ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 2020, n. 42216.

⁷² L'unità complessiva dell'operazione è valorizzata dalla letteratura economica (meno legata agli aspetti formali). Come analizza C. Scarpa, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, cit., 536, la scelta tra la revoca della concessione e la cessione delle azioni al socio pubblico fu prospettata dal governo in termini necessariamente alternativi, incentivando il privato ad accordarsi con Cassa depositi e prestiti.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

conti, secondo cui l'intervento di CDP Equity s.p.a. per «la realizzazione di un processo di riassetto societario, con l'intervento di capitale pubblico e la cessione delle quote di partecipazione detenute in ASPI dal Gruppo Atlantia» costituisce un'iniziativa diretta delle «Amministrazioni pubbliche interessate» alla revoca della concessione autostradale e deve perciò intendersi alternativa alla «procedura di contestazione, nei confronti di ASPI, di gravissimo inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia»⁷³. Prova ne sia che l'estinzione transattiva del procedimento sanzionatorio è subordinata al «perfezionamento dell'operazione di riassetto societario»⁷⁴. Certo, come obiettato dal TAR, l'esercizio del potere amministrativo nei confronti di ASPI dovrebbe – teoricamente – prescindere dal “gradimento” dell'organo procedente verso l'azionista⁷⁵. ASPI è infatti una società di capitali non quotata e – sebbene l'alea derivante dalla pendenza di un procedimento amministrativo possa incidere, anche pesantemente, sul valore di mercato delle azioni – il trasferimento delle partecipazioni dall'uno all'altro investitore non esime in alcun modo la società concessionaria dalle responsabilità amministrative o penali stratificatesi nel tempo. Perciò il governo si è trovato a compendiare – da un lato – i poteri di vigilanza sulle concessioni autostradali verso ASPI, dall'altro i propri interessi patrimoniali di azionista, o – come riepilogato dalla magistratura contabile – l'aspettativa «degli acquirenti le quote di partecipazione di Atlantia [ovverosia del gruppo CDP, quindi del MEF n.d.a.] ad acquistare una società che sia titolare di una Convezione per la gestione della rete autostradale»⁷⁶. Il conflitto d'interessi tra lo Stato regolatore e lo Stato

⁷³ Corte dei conti, sez. centrale contr. gov., del. n. 2/2022, cit.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Rileva la contraddizione TAR Lazio, sez. IV, 19 ottobre 2022, n. 13434, secondo cui «è singolare rilevare – in conclamato contrasto con le statuizioni della Corte Costituzionale – che la società ASPI è stata ritenuta inaffidabile per la ricostruzione del Ponte Morandi e, all'opposto, affidabile per la (prosecuzione della) gestione dell'intera infrastruttura in concessione. L'affidabilità costituisce il filo rosso dell'art. 38 della Direttiva 2014/23, in cui si prevede che «le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione all'aggiudicazione di concessioni un operatore economico, se si verifica una delle condizioni seguenti: [...] se l'operatore economico ha evidenziato gravi o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di una precedente concessione o di un precedente contratto con un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore secondo la definizione di cui alla presente direttiva o alla direttiva 2014/25/UE che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili».

⁷⁶ Corte dei conti, sez. centrale contr. gov., del. n. 2/2022, in *www.banchedati.corteconti.it*, secondo cui il governo ha delineato una articolata «ipotesi di collegamento negoziale tra i vari atti che non attiene al profilo dell'efficacia ma al profilo causale ed è finalizzato, mediante una condizionalità reciproca, a porre soluzione a due diverse esigenze: (a) da un lato, quella

imprenditore ha dunque trovato una sintesi politica, sfruttando i margini di discrezionalità amministrativa insiti nella disciplina delle concessioni pubbliche. La presenza dei soci privati non garantisce peraltro che l'acquisizione sia stata svolta a condizioni di mercato, posto che la compartecipazione in HRA s.p.a. di Blackstone e Macquarie dimostra soltanto che CDP Equity ha intrapreso un investimento profittevole (al punto da attrarre l'interesse economico degli operatori finanziari), residuando il dubbio – in capo ad una certa letteratura economica – se la “spada di Damocle” derivante dalla minaccia di un intervento sanzionatorio del governo (destinato a venir meno solo a fronte della cessione ad una controllata del MEF) abbia reso l'operazione per gli acquirenti particolarmente redditizia, ben oltre i margini che sarebbero stati conseguibili sul mercato in un *beauty contest* aperto agli investitori⁷⁷.

L'espansione dello Stato imprenditore attraverso il sistema delle holding pubbliche alimenta dunque i rischi relativi al conflitto d'interessi tra le aspettative patrimoniali dell'azionista e la regolazione dei mercati, specie nel caso dei settori strategici, che la legislazione ha tradizionalmente inteso presidiare con potestà amministrative di vario genere⁷⁸.

La medesima problematica emerge altresì con riferimento al tema del *golden power*, che assegna al governo ampi poteri di apprezzamento, insuscettabili di sindacato giudiziario sul merito delle prescrizioni imposte. Secondo i primi arresti della giurisprudenza amministrativa, infatti, «ferma restando la necessità di una rigorosa istruttoria ai fini della verifica della presenza di beni strategici e di operazioni riconducibili a quelle individuate dalla legge, la successiva decisione dello Stato di esercitare o meno i poteri speciali, attraverso l'imposizione di “prescrizioni”, “condizioni” ovvero opponendosi all'operazione, si connota per una amplissima discrezionalità, in ragione della natura degli interessi tutelati, attinenti alla sicurezza nazionale. In tal senso, le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte»⁷⁹. Proprio l'operazione di

degli acquirenti le quote di partecipazione di Atlantia ad acquistare una società che sia titolare di una Convezione per la gestione della rete autostradale; (b) dall'altro, quella dello Stato di chiudere, con l'Atto negoziale, numerose linee di contenzioso con ASPI S.p.A. e proseguire, con l'Atto aggiuntivo, il rapporto concessorio con un soggetto [...] completamente ridefinito nel proprio assetto societario».

⁷⁷ C. Scarpa, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – e ritorno*, cit., 539.

⁷⁸ Cfr., ad es., con riferimento alla durata delle concessioni autostradali, cfr. TAR Lazio, sez. IV, 19 ottobre 2022, n. 13434.

⁷⁹ TAR Lazio, sez. I, sent. 13 aprile 2022, n. 4488.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

Cassa depositi e prestiti in ASPI è stata, ad esempio, autorizzata in ragione della partecipazione minoritaria dei soci privati, che salvaguarda la quota di controllo in capo a CDP Equity s.p.a. L'uso combinato degli strumenti protezionistici ha dunque un potenziale rilevante nel caso in cui il governo intervenga non soltanto quale garante degli *asset* strategici, ma altresì quale azionista che opera sul mercato perseguendo una precisa strategia attraverso il proprio sistema di holding.

3. Il pretesto della crisi pandemica e l'accelerazione dell'azionariato pubblico

Negli ultimi tempi Cassa depositi e prestiti ha sviluppato nuove competenze in merito al *turnaround* industriale. L'intervento a sostegno delle crisi d'impresa era stato tradizionalmente vietato. A tutt'oggi l'art. 3 dello Statuto va a perimetrare l'oggetto sociale di CDP, prevedendo che «l'assunzione, anche indiretta, di partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale» è consentita solo a condizione che queste «risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività». Ciononostante, la legge ha avviato un progressivo disgelo verso le operazioni di salvataggio, travolgendo anche gli accordi precedentemente intercorsi con i soci privati.

In prima battuta, l'art. 15, d.l. n. 133/2014 ha autorizzato il governo a promuovere una società per azioni denominata «Società di servizio per la patrimonializzazione e la ristrutturazione delle imprese», destinata al *turnaround* delle realtà aziendali che, pur essendo interessate da «temporanei squilibri patrimoniali e finanziari», presentano «adeguate prospettive industriali e di mercato».

In contingenza della crisi pandemica⁸⁰, poi, l'art. 27, d.l. n. 34/2020 ha successivamente autorizzato CDP a costituire un patrimonio separato, denominato Patrimonio Rilancio, «al fine di attuare interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da “Covid-19”» (c.1). Il d.m. 17 marzo 2022, attuativo dell'art. 67, d.lgs. 104/2020, ha invece trasferito da

⁸⁰ L'attivazione di un patrimonio destinato si aggiunge agli strumenti attivati dalla Cassa (ad es., i fondi *Liquidità COVID-19*, *Piattaforma imprese* e *Liquidità banche*) per favorire l'erogazione di liquidità alle imprese colpite dalla crisi pandemica, cui però non è paragonabile né per dotazione, né per modalità di funzionamento, posto che tali linee di finanziamento operavano attraverso l'intermediazione del sistema bancario (C. deputati – Commissione di vigilanza, *Ruolo di Cassa depositi e prestiti a supporto del sistema imprese*, cit., 4).

CDP s.p.a. al MEF la quota di controllo di S.A.C.E. s.p.a.⁸¹, che offriva la garanzia pubblica a banche ed altre istituzioni finanziarie affinché assicurassero l'apporto di liquidità alle imprese di medie e grandi dimensioni colpite dalla pandemia.

Dopo una prima fase di sostegno pubblico alle imprese mediato dal sistema bancario, il legislatore ha preferito la via della ricapitalizzazione diretta, che permette alle società di ottenere una iniezione di liquidità senza onere di restituzione, consolidandosi «agli occhi del mercato e dello stesso mondo bancario, da sempre [...] propenso a garantire fiducia e risorse finanziarie a chi, alle proprie spalle, ha il socio forte “per eccellenza”»⁸². Al contempo, così facendo, l'investitore pubblico si assicurava un controllo sul risanamento aziendale (che, invece, non avrebbe avuto nel caso di finanziamenti rimborsabili, rendendo incerto il rientro del capitale), oltre all'eventuale *surplus* di valore acquisito dalle partecipazioni una volta superato il temporaneo squilibrio economico-patrimoniale⁸³.

Il PR ha una dotazione consistente, pari a quarantaquattro miliardi di euro, finanziati a debito⁸⁴ mediante beni e rapporti giuridici apportati dal MEF, in particolare mediante un'emissione speciale di titoli di Stato⁸⁵, in deroga al limite massimo del dieci per cento del patrimonio netto prescritto per i patrimoni destinati dall'art. 2447-*bis* c.c.

Il PR è «autonomo e separato, a tutti gli effetti, dal patrimonio di CDP s.p.a.», non concorre al risultato di esercizio della società (essendo consentita la sola remunerazione delle spese di gestione) e – in linea con la normativa civilistica⁸⁶ – sul patrimonio destinato non sono ammesse azioni dei cre-

⁸¹ Cfr. Ministero dell'economia e delle finanze, comunicato stampa n. 54 del 17 marzo 2022. Già in forza dell'art. 3, c. 2, d.l. n. 23/2020 SACE non era più soggetta all'attività di direzione e coordinamento di CDP, che pur ne deteneva il 100% del capitale sociale. Il sistema di direzione e coordinamento era stato, infatti, «sostanzialmente trasferito al MEF e al Ministero degli Esteri attraverso un complesso sistema di consultazioni preventive e di «concerti» tra i vari ministeri, che ricordano molto i tempi [...] dell'Iri degli anni '70» (A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, cit., 104).

⁸² V. Minervini, *Il “nuovo” azionariato di Stato*, cit., 40.

⁸³ V. Minervini, *Il “nuovo” azionariato di Stato*, cit., 40.

⁸⁴ Il MEF non ha infatti trasferito le risorse in conto capitale, dato che – in forza dell'art. 27, c. 14, d.l. n. 269/2003 – «i residui» dovranno essere restituite all'amministrazione controllante a seguito della liquidazione di ciascun comparto e comunque entro e non oltre dodici anni.

⁸⁵ In sede di conversione è stato aggiunto all'art. 27, c. 18-*ter*, che fa salva la possibilità di coinvolgere, ai fini della provvista, anche disponibilità liquide di contribuenti privati.

⁸⁶ Secondo A. Zoppini, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e*

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

ditori di Cassa depositi e prestiti (e viceversa)⁸⁷. Tuttavia, sulle obbligazioni assunte dal PR – ivi compresi gli eventuali strumenti finanziari di debito emessi in deroga all'art. 2412 c.c. – opera comunque la garanzia dello Stato.

Contrariamente a quanto previsto per i patrimoni destinati dall'art. 2447-*septies*, c. 1, c.c. – secondo cui i beni e i rapporti compresi nei patrimoni destinati devono essere indicati tra gli *assets* patrimoniali della società – il risultato finanziario del PR non si riflette nelle scritture contabili di CDP s.p.a., dato che è redatto annualmente un rendiconto separato, allegato al bilancio di esercizio⁸⁸. Il patrimonio destinato può essere ulteriormente suddiviso in autonomi comparti, ciascuno dei quali risponde individualmente delle obbligazioni assunte⁸⁹.

L'art. 27, c. 1, precisa che le disposizioni sull'attività del PR «non attribuiscono alle imprese diritti o interessi legittimi rispetto all'intervento del patrimonio destinato in loro favore», ribadendo la natura prettamente privatistica dello strumento, la cui amministrazione soggiace – ai sensi dell'art. 5, c. 6, d.l. n. 269/2003 – alla normativa prevista per gli intermediari finanziari, ma non ai principi che disciplinano l'esercizio del potere pubblico. Tale enunciato contrasta con l'enucleazione dei presupposti tecnico-giuridici

Presiti, in *Rivista delle società*, 2020, n. 4, 966, l'istituto dei patrimoni separati ha avuto – quasi paradossalmente – più successo nella finanza pubblica che in quella privata. Se infatti nel mondo delle società commerciali si continua a preferire l'istituzione di società *ad hoc*, destinate ad uno specifico affare, sono numerosi i casi di patrimoni separati costituite nelle società pubbliche di diritto singolare, in quanto garantiscono «la coerenza della gestione sotto la medesima conduzione manageriale che, invero, la duplicazione societaria potrebbe incrinare», minando l'unità dell'indirizzo amministrativo e delle finalità pubbliche perseguite dall'ente o organismo capogruppo.

⁸⁷ Alla separazione patrimoniale non fa seguito una separazione organizzativa e manageriale, per cui la letteratura si è interrogata sulla riconduzione del PR alla gestione separata o ordinaria di Cassa depositi e prestiti. Nonostante l'assenza di una precisazione esplicita nel d.l. n. 34/2020, vi sono degli elementi che sembrano «suggerire una contiguità logica» (V. Minervini, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, n. 2, 244) con la gestione separata (garanzia di ultima istanza dello Stato, integrazione del CDA per le decisioni sul PR, esenzione fiscale, dotazione prevalentemente pubblica).

⁸⁸ A. Zoppini, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, cit., 957.

⁸⁹ Secondo A. Pisaneschi, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, cit., p. 105, la divisione in comparti dovrebbe dipendere dalla distinta tipologia dei beni apportati (che possono riguardare mobili, immobili, quote, nonché fondi reperiti attraverso l'emissione di titoli sul mercato), anche se la limitazione della responsabilità sembrerebbe più alludere al partizionamento del PR in ulteriori patrimoni destinati a specifici affari, piuttosto che alla distinzione tra gli *assets* patrimoniali da gestire,

prescritti dal d.l. n. 34/2020 e dai decreti ministeriali attuativi, che vanno a circoscrivere la discrezionalità manageriale del CDA, individuando requisiti e criteri non soltanto per la selezione e l'acquisizione delle partecipazioni, ma anche per la loro successiva gestione e dismissione, secondo le formule tradizionali dell'azione amministrativa. Su queste basi, si è sostenuto che «la natura societaria e formalmente privatistica della Cassa non precluderebbe l'applicazione delle garanzie proprie dei procedimenti amministrativi», dato che «l'attività svolta da CDP – su «mandato» del MEF, secondo criteri d'interesse generale predefiniti dalla legge e con uso di risorse pubbliche – potrebbe essere considerata come espressione in senso obiettivo di poteri amministrativi», richiamando *in primis* le garanzie prescritte dalla legge n. 241/1990 in materia di trasparenza e accesso⁹⁰. Le condizioni di accesso, le modalità e gli interventi perseguiti dal PR sono definiti dal MEF con proprio decreto, sottoposto al parere obbligatorio della commissione di vigilanza⁹¹.

Le risorse del PR devono essere destinate ad aumenti di capitale, alla sottoscrizione di obbligazioni convertibili, all'acquisto di azioni di società quotate direttamente sul mercato secondario, purché si tratti di società aventi sede legale in Italia, con un fatturato superiore a cinquanta milioni, non appartenenti al settore bancario, finanziario o assicurativo, quand'anche in presenza di «temporanei squilibri patrimoniali e finanziari». Si tratta di una novità considerevole, posto che la letteratura più risalente riteneva opportuno (se non addirittura doveroso) il divieto di soccorso alle imprese in crisi. Si temeva, infatti, che un possibile ruolo di CDP s.p.a. quale salvatore pubblico «di ultima istanza» avrebbe posto «il problema di una possibile violazione delle normative [...] sul divieto di aiuti di Stato» e, conseguentemente, indotto le autorità europee a riesaminare il ruolo della Cassa quale strumento pubblico a disposizione del governo per l'intervento nel mercato «con una possibile riclassificazione della CDP entro il perimetro delle pubbliche amministrazioni»⁹². Il primo nodo è stato sciolto dal MEF mediante la normativa

⁹⁰ V. Minervini, *Il "nuovo" azionariato di Stato*, cit., 67.

⁹¹ Il MEF ha adottato, ai sensi dell'art. 27: il decreto attuativo 3 febbraio 2021, concernente i requisiti di accesso, condizioni, criteri e modalità degli investimenti del Patrimonio Rilancio, in G.U. 10 marzo 2020; il c.d. decreto apporti del 7 maggio 2021, concernente la dotazione massima fino a quarantaquattro miliardi di euro, in G.U. 15 maggio 2021, che ha disposto l'assegnazione a titolo di apporto a CDP di titoli di Stato per un controvalore di 3 miliardi di euro (c.d. «apporto iniziale»); inoltre, il CDA di CDP ha adottato il regolamento del PR, la cui approvazione con d.m. MEF è intervenuta in data 24 maggio 2021.

⁹² Nei suddetti termini, F. Bassanini, *Presentazione*, in *Storia della Cassa depositi e prestiti*, cit., V; cfr. anche D. Colaccino, *Dallo Stato azionista allo Stato investitore: il ruolo della Cassa depositi e prestiti*, cit., 142.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

di dettaglio. Il d.m. 26 febbraio 2021, infatti, prevede la possibilità per il PR di intervenire a condizioni di mercato o – in alternativa – facendo riferimento al regime temporaneo di deroga (c.d. *Temporary Framework*⁹³), introdotto dalla Commissione europea per consentire agli Stati membri di intervenire a supporto della liquidità delle imprese esposte alla crisi pandemica⁹⁴. Tut-

⁹³ Sui provvedimenti economici straordinari adottati dall'UE per reagire alla crisi pandemica, cfr. Camera dei deputati – Servizio studi, *Gli aiuti di Stato nell'epidemia da COVID-19 e nell'attuale contesto di crisi energetica: il quadro europeo*, 22 settembre 2022, in www.camera.it. Con la comunicazione della Commissione europea 2020/C 91 I/01, «*Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*», gli Stati membri sono stati autorizzati ad adottare aiuti al tessuto economico in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato. Il *Temporary Framework* è stato esteso ed integrato sei volte (cfr. COM 2020/C 164/03; 2020/C 1863; 2020/C 2215; 2021/C 473/01). Il 18 novembre 2021, con la Comunicazione C(2021) 8442, è stata approvata la sesta proroga del Quadro fino al 30 giugno 2022, definendo, nel contempo, un percorso per la graduale eliminazione degli aiuti legati alla crisi alla luce della ripresa in corso dell'economia europea. La comunicazione 2020/C 164/03 ha introdotto il capo 3.11 intitolato «misure di ricapitalizzazione», secondo cui «una misura di ricapitalizzazione Covid-19 deve soddisfare le seguenti condizioni: a) senza l'intervento dello Stato il beneficiario fallirebbe o avrebbe gravi difficoltà a mantenere le sue attività. Tali difficoltà possono essere rivelate dal deterioramento, in particolare, del rapporto tra debito e patrimonio netto del beneficiario o da indicatori analoghi; b) è nell'interesse comune intervenire. L'intervento può essere motivato dall'intento di evitare difficoltà di ordine sociale e un fallimento del mercato a causa di considerevoli perdite di posti di lavoro, dall'uscita dal mercato di un'impresa innovativa o di importanza sistemica, dal rischio di perturbazione di un servizio importante o da situazioni analoghe debitamente giustificate dallo Stato membro interessato; c) il beneficiario non è in grado di reperire finanziamenti sui mercati a condizioni accessibili e le misure orizzontali esistenti nello Stato membro interessato per coprire il fabbisogno di liquidità sono insufficienti per garantirne la redditività; d) il beneficiario non è un'impresa che era già in difficoltà il 31 dicembre 2019 (ai sensi del regolamento generale di esenzione per categoria)». L'intervento pubblico assentito ai sensi del *Temporary Framework* vincola l'operatività aziendale, in quanto «per prevenire indebite distorsioni della concorrenza, i beneficiari devono astenersi da espansioni commerciali aggressive finanziate dagli aiuti di Stato [...]. Se il beneficiario di una misura di ricapitalizzazione Covid-19 superiore a 250 milioni di EUR è un'impresa che dispone di un notevole potere di mercato su almeno uno dei mercati rilevanti in cui opera, gli Stati membri devono proporre misure supplementari per preservare una concorrenza effettiva su questi mercati». Salvo casi eccezionali, «fintanto che non è stato riscattato almeno il 75 % delle misure di ricapitalizzazione Covid-19, ai beneficiari diversi dalle PMI viene impedito di acquisire una partecipazione superiore al 10 % in imprese concorrenti o altri operatori dello stesso ramo di attività, comprese le operazioni a monte e a valle. [...] Gli aiuti di Stato non vengono utilizzati per fornire sovvenzioni incrociate a favore delle attività economiche di imprese integrate che il 31 dicembre 2019 versavano già in difficoltà economiche».

⁹⁴ D. De Filippis, *Il ruolo di CDP Spaquale holding a controllo pubblico e gli strumenti di promozione dell'economia*, in *Cassa depositi e prestiti*, a cura di V. Donativi e A. Maltoni, Torino, Giappichelli, 2021, 162.

tavia, proprio la sussunzione del PR tra le politiche statali autorizzate «nelle forme e alle condizioni previste dal Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato dell'Unione europea»⁹⁵ sembra aver irrobustito il ruolo della CDP s.p.a. quale «strumento delle politiche di intervento governativo»⁹⁶. L'orizzonte del PR, infatti, va ben oltre il termine di durata del *Temporary Framework*, assentendo misure di soccorso pubblico «a condizioni di mercato», calate in uno schema d'intervento «intrinsecamente anfibo», a metà tra pubblico e privato, in cui la pubblicità costituisce il tratto caratterizzante delle risorse impiegate e del vincolo di scopo, ma non delle modalità d'intervento, né delle società beneficiarie⁹⁷.

Il Regolamento del patrimonio, approvato dal MEF con d.m. 24 maggio 2021, ha ripartito il PR in tre comparti⁹⁸, anche al fine di separare gli interventi di ricapitalizzazione effettuati a condizioni «di mercato» da quelli riconducibili al quadro derogatorio del sistema di aiuti di Stato previsto dal *Temporary Framework*⁹⁹.

Il Fondo nazionale di supporto temporaneo (FNST) fornisce risorse finanziarie (anche mediante misure di rafforzamento del capitale societario) alle imprese che ne abbiano fatto richiesta accedendo alla prevista procedura telematica sulla piattaforma patrimonio rilancio. Compete al CDA di Cassa selezionare quei *target*, che – seppur qualificabili come imprese «sane» – hanno subito un significativo calo del fatturato in coincidenza della pandemia da Covid-19¹⁰⁰. Per l'istruttoria delle operazioni CDP si è avvalsa di intermediari accreditati (prevalentemente istituti bancari) e diciannove esperti indipendenti (persone fisiche o associazioni di professionisti), che hanno provveduto alla estimazione del valore di mercato degli strumenti finanziari acquisiti, sulla base della *due diligence* predisposta dal revisore legale di

⁹⁵ CDP s.p.a., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., all. 5, 4.

⁹⁶ F. Bassanini e G. Gorno Tempini, *Presentazione*, in *Storia della Cassa depositi e prestiti*, a cura di M. De Cecco e G. Toniolo, Roma, Laterza, 2014, V.

⁹⁷ V. Minervini, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato*, cit., 233.

⁹⁸ CDP S.p.A., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., all. A, 4.

⁹⁹ Il *Regolamento* ha dunque corrisposto alle perplessità inizialmente sollevate in letteratura, secondo cui «l'art. 27 contempla espressamente entrambi i modelli e [...] potrebbe essere tutt'altro che agevole stabilire se gli interventi di CDP siano sussumibili, in concreto, nell'una o nell'altra tipologia (pur risultandone l'applicazione di una disciplina fortemente differenziata), con ricadute gravi in termini di certezza sulla gestione endosocietaria, dato che solo l'applicazione del *Temporary Framework* comporta per la società ricapitalizzata l'obbligo di sottostare alle preclusioni temporanee quali il divieto di distribuire utili o i limiti alle acquisizioni (in questi termini V. Minervini, *Il "nuovo" azionariato di Stato*, cit., 97).

¹⁰⁰ CDP S.p.A., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., all. A, 5.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

ciascuna impresa¹⁰¹. L'operatività del comparto è integralmente regolata dal *Temporary Framework* e prevede, in ogni caso, l'obbligo di fissare termine tassativo per la dismissione delle partecipazioni¹⁰². Il *pricing* di ogni intervento è predefinito e, al fine di incentivare l'uscita del Pr dal capitale delle imprese beneficiarie, è previsto un meccanismo di *step down*, in forza del quale la remunerazione degrada progressivamente in caso di mancato disinvestimento¹⁰³. L'ingresso di CDP S.p.A. nel capitale non può essere superiore al 20% delle azioni quotate (o comunque di quelle in circolazione per le società non quotate) e, in ogni caso, alla quota di controllo, assestandosi al di sotto della soglia prevista per l'opa dall'art. d.lgs. n. 58/1998. La Commissione europea ha limitato l'autorizzazione degli interventi dell'FNST al 30 giugno 2022, sicché – a seguito della scadenza di tale termine – la residua attività del comparto è dedicata alla gestione delle partecipazioni e degli interventi già disposti¹⁰⁴.

Attraverso il Fondo nazionale strategico (FNS), il Patrimonio Rilancio agisce a condizioni di mercato per l'acquisizione di partecipazioni in imprese appartenenti ai c.d. settori strategici¹⁰⁵, come definiti dal d.m. MEF 2 luglio 2014. Nell'ambito dell'operatività del fondo possono essere compiuti interventi diretti sulle società con capitalizzazione superiore ai duecentocinquanta milioni di euro (sul mercato primario, mediante partecipazione agli aumenti di capitale o a prestiti obbligazionari convertibili, o sul mercato secondario, attraverso l'acquisto di quote)¹⁰⁶. Inoltre, sono consentiti interventi "indiretti" (da realizzarsi mediante la partecipazione in fondi d'investimento e SGR) sulle società con capitalizzazione inferiore a 250 milioni di euro, purché quotate¹⁰⁷.

Infine, il Fondo nazionale ristrutturazioni imprese (FNRI) può operare con due diverse modalità: o sottoscrivendo con soci terzi quote o azioni di OICR (aventi un patrimonio di almeno cento milioni di euro, nell'ambito dei quali la partecipazione del Pr non può essere inferiore a trenta né superiore al quarantanove per cento); oppure – anche se questa modalità non ha avuto sinora applicazioni pratiche – autorizzando interventi diretti a favore delle imprese in temporaneo squilibrio economico finanziario, purché all'operazione compartecipino anche capitali privati in misura non inferiore al

¹⁰¹ Ivi, 6.

¹⁰² Ivi, 5.

¹⁰³ Ivi, 6.

¹⁰⁴ Ivi, 5.

¹⁰⁵ CDP S.p.A., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., All. B, 5.

¹⁰⁶ Ivi, 6.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

cinquanta per cento (e la quota spettante al Fondo non sia inferiore a duecentocinquanta milioni di euro)¹⁰⁸. Il comparto investe in società che abbiano presentato un piano di ristrutturazione, con riferimento alla sostenibilità dell'indebitamento e al c.d. *fair value* (ossia all'effettivo valore dell'impresa, a prescindere dal valore di mercato contingente). Il piano di ristrutturazione dev'essere attestato da un esperto indipendente tra quelli accreditati da CDP¹⁰⁹.

Tanto l'FNS quanto l'FNRI operano dunque nel contesto disciplinato dal Titolo III del d.m. 3 febbraio 2021, n. 26, perseguendo «a condizioni di mercato» le finalità pubbliche individuate dall'art. 27, d.l. n. 34/2020. In particolare, per quanto riguarda il Fondo nazionale ristrutturazione imprese, nel quale è più marcata la finalità di supporto alla crisi aziendale, l'obbligo di una compartecipazione paritaria dei privati – tanto alla singola operazione, quanto alle operazioni indirette svolte attraverso OICR (in questo secondo caso, in misura finanche maggioritaria) – mira a prevenire la possibile torsione dell'attività del Pr verso imprese prive di una reale prospettiva di redditività, nell'ottica del mero sostegno occupazionale. S'intende così evitare la strumentalizzazione di Cassa quale salvatore pubblico di ultima istanza, riservato a quelle realtà aziendali il cui *turnaround* abbia perso ogni appetibilità per il mercato.

L'affidamento dell'istruttoria ad un soggetto esterno garantisce – oltre ad un comprensibile *plus* organizzativo, nonché di trasparenza ed *expertise* – un'attenuazione della responsabilità contabile¹¹⁰, che poco si addice all'impiego del capitale di rischio (per quanto pubblico) in operazioni finanziarie: la responsabilità «radicata nella *business judgement rule*» è infatti «frutto di una valutazione *ex ante*» sulla potenziale redditività dell'investimento (che bilancia i potenziali profitti in misura proporzionale ai rischi), mentre quella contabile è «a saldo» e si manifesta «per effetto dell'ammanto nel patrimonio pubblico»¹¹¹. La valutazione dell'*advisor* indipendente, dunque, fornireb-

¹⁰⁸ CDP S.p.A., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., All. C, 5.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ L'art. 12, l. n. 259/1958 prevede che il controllo contabile sugli enti ai quali lo Stato «contribuisce» con apporto al patrimonio in capitale [...] ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria» è effettuato mediante la partecipazione di un magistrato della Corte dei conti al Cda dell'ente. Con la sentenza n. 466/1993 la Corte costituzionale ha confermato che la giurisdizione della Corte dei conti permane fintanto che lo Stato resta azionista e apporta un contributo finanziario diretto alle società per azioni risultanti dalle privatizzazioni c.d. fredde (in questo senso, cfr. G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, cit., 52).

¹¹¹ A. Zoppini, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, cit., 958, secondo cui il metro per la qualificazione della colpa grave in capo ai funzionari

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

be consistenza al criterio della prognosi postuma, prevenendo i timori degli amministratori e le conseguenti incertezze operative¹¹².

Il Fondo nazionale strategico rimane affine agli obiettivi perseguiti da CDP in forza dell'art. 8-*bis*, d.l. n. 260/2003, investendo il tema delle partecipazioni nei settori strategici, che – sebbene l'operatività del comparto sia ancora in fase di rodaggio – sembra meno coerente con l'obiettivo temporale predefinito in dodici anni dal d.l. n. 34/2020. Questa pluralità di strumenti potrebbe aprire la strada ad una proroga parziale del PR (non vietata, in linea di principio, dall'art. 27, c. 14¹¹³), procedendo alla liquidazione dei soli comparti dedicati alle ristrutturazioni aziendali *post*-pandemiche, mantenendo invece le partecipazioni acquisite per irrobustire il controllo dei settori strategici, pur attraverso canali alternativi rispetto a quelli previsti dall'art. 8-*bis*, l. n. 269/2003. Su tali premesse, l'accelerazione verso un “nuovo” azionariato di Stato impressa dal governo “Conte II” nel quadro della crisi del 2020 – pur adottata in un contesto e con una giustificazione «emergenziale» – pare perciò «destinata a segnare una modificazione durevole del nostro ordinamento»¹¹⁴.

L'attuazione concreta del PR ha dunque sfumato la correlazione tra l'intervento del patrimonio destinato e l'*economic fallout* provocato dalla pandemia, superando il «vincolo di scopo» che – secondo autorevole letteratura¹¹⁵ – avrebbe dovuto connotare l'operatività del patrimonio destinato.

Il ruolo assegnato dalla regolamentazione attuativa agli investitori privati (chiamati a compartecipare alla ristrutturazione), infatti, sembra veicolare l'intervento di CDP nel risanamento aziendale quale risposta ad un problema “quantitativo” piuttosto che “qualitativo”. L'intervento pubblico non si giustifica tanto quale *extrema ratio* per le imprese espulse dal mercato della liquidità, quanto – invece – va ad irrobustire l'apporto finanziario necessario alle ristrutturazioni di grandi dimensioni, che pur riscuotono l'interesse del mercato (mediante soci dell'OICR che detengono il cinquantun

di CDP s.p.a. dovrebbe assestarsi sul rispetto dei decreti del MEF (ivi compresi i regolamenti interni del PR).

¹¹² C. conti, sez. giur. Calabria, 24 giugno 2013, n. 223, in www.banchedati.corteconti.it, secondo cui la «colpa grave [...] non può essere ravvisata nella mera violazione di norme di legge dovendosi accertare in concreto secondo il criterio della prognosi postuma un comportamento assolutamente negligente ed inosservante delle regole di legge e /o di ordinaria diligenza deliberatamente assunto nonostante la prevedibilità dell'evento dannoso».

¹¹³ Il termine di durata del PR può infatti essere esteso con delibera del CDA, senza ricorrere ad una novella legislativa, su proposta del Ministro, previo parere delle Commissioni parlamentari.

¹¹⁴ V. Minervini, *Il “nuovo” azionariato di Stato*, cit., 20.

¹¹⁵ V. Minervini, *op. cit.*, 14.

per cento del capitale sociale o quelli chiamati a co-finanziare in misura, almeno paritaria, l'operazione). Così facendo, la holding statale va a bilanciare l'indebolimento strutturale del settore creditizio, svolgendo un ruolo di supplenza rispetto alla difficoltà delle banche nel fornire liquidità al sistema produttivo, ingessate dai requisiti di patrimonializzazione previsti dalla direttiva 2013/36/UE e dagli accordi "Basilea III", da cui – in quanto «istituto nazionale di promozione» – è esente CDP s.p.a.¹¹⁶. In ogni caso, come notato in letteratura, sono stati irrobustiti gli strumenti di *governance* interna volti ad assicurare che il perseguimento della redditività di mercato prevalga sulla distorsione delle partecipazioni statali verso logiche "clientelari" o salvataggi inappetibili¹¹⁷. Siffatte cautele dovrebbero concorrere ad esorcizzare i timori espressi in letteratura con riferimento alla riproposizione dei "salvataggi di Stato"¹¹⁸.

In linea generale, quindi, tanto con riferimento alle possibilità offerte dal d.l. n. 34/2011, quanto dai nuovi strumenti che compongono il patrimonio rilancio, è possibile distinguere due modelli d'intervento di CDP, che assume forme diverse a seconda delle dimensioni della società *target*. Nel caso delle piccole e medie imprese (fino a cinquanta milioni di fatturato), l'operatività dell'investitore pubblico mira prevalentemente a finanziare la società, destinando risorse in via indiretta, attraverso fondi d'investimento, OICR e società partecipate, in complementarità con il sistema bancario o, comunque, attraverso collaborazioni con operatori di mercato privati¹¹⁹. Nei confronti dei settori c.d. *mid cap* (fino a cinquecento milioni di euro di fatturato) e *large corporate*, viene invece adottato un modello diretto di intervento di CDP s.p.a. (anche per il tramite delle proprie controllate) con l'obiettivo di presidiare ed influire sulla *governance* delle società beneficiarie¹²⁰.

¹¹⁶ G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, cit., 53.

¹¹⁷ V. Manzetti, *Cassa depositi e prestiti*, 278, ad esempio, ricorda che lo Statuto di CDP Equity prevede che una parte della remunerazione degli amministratori sia correlata ai risultati conseguiti sul mercato.

¹¹⁸ V. Minervini, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato*, cit., 245 parla «nuova GEPI» espressione dello «Stato salvatore» (232).

¹¹⁹ Camera dei deputati – Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti, *Ruolo di Cassa depositi e prestiti a supporto del sistema imprese*, cit., 4.

¹²⁰ Camera dei deputati – Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti, *Ruolo di Cassa depositi e prestiti a supporto del sistema imprese*, cit., 4.

4. In una prospettiva d'insieme

Tracciando un bilancio complessivo, una prima conseguenza dei nuovi poteri d'intervento dello Stato nel mercato, per il tramite Cassa depositi e prestiti, è l'aver traslato il dibattito dal tema delle "società pubbliche" a quello sul ruolo del "socio pubblico"¹²¹. L'analisi delle imprese pubbliche si era infatti assestata sul tentativo – propugnato anche dal legislatore con l'approvazione del testo unico nel d.lgs. n. 175/2016 – di ricomporre ad unità un fenomeno composito delle società partecipate, in quanto «strettamente necessarie per il perseguimento delle [...] finalità istituzionali» delle amministrazioni costituenti (art. 4). La "strumentalità" parve l'imperativo categorico a cui si sarebbe dovuto conformare l'azionariato pubblico (ivi compreso quello detenuto da CDP, a norma dell'art. 5, c. 8, d.l. n. 269/2003), con la sola eccezione delle partecipazioni trasferite al MEF, che – pur detenute formalmente dalla Cassa – dovevano comunque essere amministrate secondo i principi dispositivi declinati dal Ministero (a norma del d.m. 18 giugno 2004, n. 59627).

Il gruppo CDP beneficia oggi di una maggiore autonomia in ordine all'enucleazione degli obiettivi perseguiti con l'ingresso del socio pubblico nella compagine delle imprese strategiche. L'operatività sul mercato di CDP s.p.a. non altera di per sé la natura delle società beneficiarie delle misure di ricapitalizzazione, né le rende intrinsecamente strumentali alle funzioni del MEF: «la "pubblicità" non sarà – almeno in via diretta e nella normalità dei casi – una qualifica predicabile della società destinataria dell'intervento [...], rappresentando tuttavia l'elemento qualificante delle risorse impiegate [...] in virtù di norme di azione che obbligano CDP a perseguire determinate finalità, considerate d'interesse generale»¹²². Il *focus*, dunque, si "sposta" dal tema della "strumentalità" dell'oggetto sociale della partecipata alle regole di *governance*, cui spetta assicurare la congruenza tra l'indirizzo imprenditoriale lucrativo e gli obiettivi economico-politici perseguiti dalla Cassa.

Il concetto di «fallimento del mercato» sembra infatti sempre meno assoluto, a fronte dell'ampliamento della discrezionalità manageriale della holding pubblica nella selezione delle priorità d'investimento e, una volta individuato il *target*, rispetto al grado di influenza da riverberare sulla *governance* della società acquisita. Indicativo in questo senso pare l'art. 2 del d.l. n. 187/2022, che affida a MIMIT e al MEF la facoltà di proporre al CDA di Cassa depositi e prestiti di utilizzare «con priorità» il Patrimonio Rilancio

¹²¹ V. Minervini, *Il "nuovo" azionariato di Stato*, cit., 22.

¹²² *Ibidem*.

per reagire alle operazioni notificate ai fini del *golden power*. La decisione sul potenziale strategico dell'investimento rimane dunque incardinata presso il *management* di CDP s.p.a., anche se l'apertura di un canale formale per la *moral suasion* sulle priorità amministrative, riservato al controllante pubblico, rende assai penetrante l'ingerenza dell'azionista.

Gli strumenti in esame ripropongono un sistema strutturale di partecipazioni statali, destinato ad operare in una prospettiva d'investimento pluriennale con l'ingresso di Cassa nella compagine azionaria delle società in stabile equilibrio economico, finanziario e patrimoniale (ossia nel contesto di soluzioni perfettamente appetibili anche per gli investitori privati). Con riferimento invece al supporto delle crisi aziendali, il Patrimonio Rilancio riserva solo una parte minoritaria della propria operatività (il c.d. fondo nazionale di supporto temporaneo) alle imprese marginalizzate dal mercato della liquidità, veicolando anche questi nuovi strumenti al sostegno e/o protezione dei settori strategici. Attraverso le regole "d'ingaggio" dei fondi FNS e FNRI, il Ministero dell'Economia ha inteso irrobustire il ruolo degli investitori privati, quale «antidoto»¹²³ a garanzia della redditività delle scelte d'investimento operate dall'azionista pubblico, che – se non riesce a selezionare sul mercato un partner commerciale interessato all'operazione – è costretto a soppresdere alla ricapitalizzazione.

Non possono tuttavia essere enfatizzate le analogie con le precedenti esperienze dell'azionariato pubblico facenti capo all'IRI o, per quanto concerne il settore creditizio, all'IMI. Il legislatore non ha inteso riproporre una programmazione dirigista del mercato, che aveva sortito dure polemiche in occasione della pianificazione pubblica affermatasi tra gli anni Cinquanta e Sessanta¹²⁴. Il tumultuoso sviluppo economico del dopoguerra aveva infatti reso opportuno introdurre strumenti pervasivi di governo dell'economia, al fine di instradare il mercato verso prospettive di crescita compatibili con gli interessi collettivi (messi a rischio dall'assenza delle autorità di regolazione e dalla scarsa essenzialità del quadro regolatorio)¹²⁵. In questo quadro lo scarso successo degli strumenti di "dirigismo pianificatorio"¹²⁶ favorì il massiccio

¹²³ La necessità di antidoti «contro le devianze» che devono circondare il ritorno dello Stato nel mercato è messa in luce da G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2023, 72.

¹²⁴ S. Cassese, *Le strutture del potere*, Bari-Roma, Laterza, 2023, 26.

¹²⁵ Ivi, 27.

¹²⁶ G. Ruffolo – S. Cassese, *Trasformazioni istituzionali nei rapporti fra Stato e grandi imprese*, in *Tempi Moderni*, 1962, n. 11, 70, sottolineavano che «l'intervento dello stato si è sviluppato storicamente, non sulla base di scelte economiche generali coordinate (piano) ma per motivi e occasioni eterogenei». Occorrevano dunque strumenti pianificatori in grado di superare «la distinzione tra pubblico e privato risultante oggi dal diritto positivo», tenendo conto che – in

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

ricorso alla proprietà pubblica per mantenere l'influenza dello Stato (e della politica¹²⁷) nel mercato.

Oggi, invece, gli strumenti pubblici di governo dell'economia si sono moltiplicati, presidiando in modo efficace numerosi interessi collettivi e privati contro le esternalità negative o i fallimenti del mercato (ad es. la tutela della concorrenza, dell'ambiente, dei consumatori, dei risparmiatori, le *authority* in materia di energia, telecomunicazioni, prodotti assicurativi, finanziari ecc.). Ciononostante, il mercato globalizzato e la finanziarizzazione dell'economia (cui si accompagnano, da un lato, la progressiva affermazione di attori economici potenti ma estranei all'Occidente, dall'altro il nesso sempre più strutturale tra democrazia ed indebitamento) pongono nuove incognite, che favoriscono le aspirazioni protezionistiche nei settori strategici.

L'ingombrante antecedente legato alle «devianze» dell'azionista pubblico¹²⁸, smantellato negli anni Novanta, grava ancora di molti timori il percorso verso la realizzazione di una regia unitaria nella gestione delle partecipazioni¹²⁹. Ne è derivata la tendenza del legislatore a non definire in modo netto i moduli di codecisione politico-amministrativa tra il management della Cassa e il MEF, avallando «un'ampia discrezionalità difficilmente sindacabile nella gestione e nelle scelte, alla base degli investimenti e delle acquisizioni, vulnerando l'*accountability* del management», esposto «al rischio di una maggiore interferenza da parte dell'autorità politica contingente»¹³⁰.

Stando alla cornice organizzativa prevista dalla legge, l'influenza dell'azionista si esplica soltanto attraverso la nomina degli amministratori e l'ado-

assenza di una compiuta normativa *antitrust* – il potere di mercato esercitato dalle imprese di grandi dimensioni faceva sì che «esse opera[ssero] quasi sempre esercitando poteri di regolazione, o comunque di coordinamento, alternativi rispetto alla pianificazione centrale», compiendo «veri e propri investimenti politici e divengono centri di potere: orientano in vario modo l'opinione pubblica per ciò che riguarda le scelte politiche [...], influiscono sulle decisioni degli organi di deliberazione politica e amministrativa». Mediante la pianificazione economica, perciò, il modello dirigista si riproponeva di superare la distinzione tra impresa pubblica e privata, attivando strumenti di governo del mercato che fossero efficaci a prescindere dalla nazionalizzazione degli *assets*.

¹²⁷ S. Colarizi, *Passatopresente*, Laterza, Bari-Roma, 8 ss.

¹²⁸ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, il Mulino, Bologna, 2022, 73 ss.

¹²⁹ Secondo V. Minervini, *op. cit.*, 46, «quello che sembra mancare [...] è una visione che vada oltre la gestione dell'immediatezza», dato che l'ordinamento sembra preoccuparsi più della «fase genetica della ricapitalizzazione» piuttosto che della successiva gestione delle partecipazioni acquisite; cfr. anche A. Averardi, *La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, cit., 311-312; G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, cit., 49.

¹³⁰ G. Mulazzani, *op. cit.*, 50; M. Giachetti Fantini, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa depositi e prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, cit., 59.

zione dei decreti ministeriali «di natura non regolamentare», previsti dall'art. 5, c. 11, d.l. n. 269/2003. Si sostenne in origine che «il legislatore avrebbe in tal modo inteso contenere [il] potere di indirizzo del MEF, delimitandone le forme di esplicazione, al fine di impedire che possa tradursi in una penetrante forma di ingerenza»¹³¹. Sennonché proprio ricorrendo alla decretazione attuativa, il c. 3, d.m. MEF 18 giugno 2004, n. 59627 ha esteso l'obbligo di concertare con il Ministero tutti gli atti di disposizione relativi alle partecipazioni societarie trasferite dal MEF a CDP s.p.a. (e a quelle comunque connesse). Il successivo art. 6, d.m. 2 luglio 2014 ha inoltre garantito al socio specifici canali informativi validi per tutte le operazioni ed acquisizioni del gruppo CDP. Prova ne sia che, ai fini antitrust, la Commissione europea ha già avuto modo di precisare che le partecipazioni assegnate alla gestione separata di CDP s.p.a. si considerano detenute direttamente dal MEF, benché attribuite alla società «a fini meramente amministrativo-contabili»¹³².

L'ampia discrezionalità di cui gode il CDA e l'assenza di strumenti necessari ad assicurarne l'indipendenza degli amministratori imporrebbero specifiche contromisure volte ad edulcorare il potere d'influenza del socio statale, che risente – com'è ovvio – della volubilità dell'indirizzo politico nel rapido succedersi dell'alternanza di governo¹³³. Proprio in ragione dell'ampia discrezionalità dei vari CDA delle società del gruppo nella scelta delle priorità d'investimento (e, dunque, nella graduazione dell'intervento pubblico), andrebbero irrobustiti gli strumenti di *accountability*, dato che il controllo affidato alla Corte dei conti e quello spettante alla Commissione parlamentare di vigilanza hanno mostrato scarsa incisività, specie con riferimento alla “sindacabilità” della pianificazione strategica. L'intervento della magistratura contabile assume infatti tre diverse forme: un magistrato partecipa alle riunioni del CDA, a norma dell'art. 12, l. n. 259/1958; la Sezione di controllo sugli enti e le amministrazioni dello Stato, inoltre, redige e sottopone al Parlamento la relazione sul bilancio, ai sensi dell'art. 4, l. n. 259/1958; infine gli amministratori ed i funzionari di CDP s.p.a. rimangono sottoposti alla giurisdizione di responsabilità (benché la effettiva consistenza di tale istruttoria sia stata nel tempo ridimensionata)¹³⁴. Il ruolo della Commissione bicamerale di vigilanza – composta da quattro deputati, quattro

¹³¹ A. Maltoni – V. Donativi, *Il potere di indirizzo del MEF, l'attività di vigilanza e i controlli svolti nei confronti di CDP Spa*, cit., 187.

¹³² V. Minervini, *Il “nuovo” azionariato di Stato*, cit., 52.

¹³³ G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, cit., 49.

¹³⁴ A. Zoppini, *Note sparse a margine del patrimonio destinato di Cassa Depositi e Prestiti*, cit., 958.

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

senatori, tre consiglieri di Stato e un magistrato della Corte dei conti¹³⁵ – è stato tradizionalmente poco effettivo¹³⁶ e, anzi, pone alcuni problemi di opportunità rispetto alla partecipazione dei membri togati, in ruolo presso le sezioni giurisdizionali dei relativi plessi¹³⁷. La Commissione ha sede presso Cassa depositi e prestiti (che svolge anche le funzioni di segreteria e segreteria tecnica)¹³⁸. A seguito della privatizzazione, CDP s.p.a. ha ritenuto implicitamente abrogate le norme del r.d. n. 453/1913 e del d.lgt. n. 1058/1919 che oneravano il MEF di una relazione quadrimestrale alla Commissione di vigilanza sulla situazione contabile e patrimoniale dell'intero gruppo CDP e affidavano all'organo parlamentare l'approvazione della relazione di bilancio relativa all'esercizio dell'anno precedente. Anche il rinnovato attivismo, dimostrato dalla Commissione nel corso della XVII e XVIII legislatura¹³⁹, sembra maggiormente orientato a sistematizzare gli interventi promossi da CDP s.p.a., tracciandone le linee strategiche, piuttosto che ad una vera e propria azione di supervisione sull'attività societaria¹⁴⁰.

Il tema della ripartizione dei poteri di *governance* tra il socio pubblico e gli amministratori si lega inevitabilmente a quello degli obiettivi di politica economica perseguiti dalla Cassa, anche attraverso le sue articolazioni strumentali. Il meccanismo di selezione degli investimenti privati (cui non fanno eccezione, da ultimo, i quarantaquattro miliardi che confluiranno nel Patrimonio Rilancio¹⁴¹) si sostanzia infatti in una valutazione imperniata

¹³⁵ Sulla formazione, conduzione e rinnovo della Commissione parlamentare di vigilanza, cfr. A. Zito, *La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell'economia*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 13, 284. La Commissione rimane in carica oltre la scadenza naturale del mandato parlamentare, fino all'effettivo rinnovo dei suoi componenti, al fine di assicurare la continuità delle funzioni di vigilanza.

¹³⁶ In questo senso, G. Mulazzani, *La vocazione poliedrica della Cassa depositi e prestiti nel prisma del rapporto tra Stato e mercato*, cit., 53.

¹³⁷ Y.M. Citino, *Elementi per una razionalizzazione degli organi bicamerali conseguentemente alla riduzione dei parlamentari: il rilancio della vigilanza su Cassa Depositi e Prestiti*, in *Nomos*, 2022, n. 2, 9.

¹³⁸ A. Zito, *La Commissione di vigilanza sulla Cassa depositi e prestiti: il Parlamento e le nuove forme di intervento pubblico nell'economia*, cit., 287, riepiloga la controversia in merito alla qualificazione della commissione quale organo parlamentare o amministrativo, in considerazione della composizione mista e dell'operatività esterna.

¹³⁹ A. Zito, *op. cit.*, 287.

¹⁴⁰ Si vedano, a titolo esemplificativo, C. deputati – Commissione di vigilanza, *Relazione sul ruolo di Cassa Depositi e Prestiti a supporto del Sistema Imprese; Relazione sulle misure attivate da CDP nel contesto dell'emergenza Covid-19; Relazione annuale per l'anno 2020 sull'attività della Commissione*. Sull'assenza di una «*faculté d'empêcher*» idonea a vincolare la discrezionalità del management societario, cfr. Y.M. Citino, *Elementi per una razionalizzazione degli organi bicamerali conseguentemente alla riduzione dei parlamentari: il rilancio della vigilanza su Cassa Depositi e Prestiti*, cit., 11.

¹⁴¹ Al momento la dotazione assicurata dal d.m. 7 maggio 2021 è pari ai tre miliardi

sull'appetibilità della singola iniziativa imprenditoriale¹⁴², appuntandosi nel quadro canonico della *business judgement rule*¹⁴³, slegata da una programmazione complessiva di medio-lungo termine. Tanto «l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale» (di cui all'art. 5, c. 8-*bis*, d.l. n. 269/2003), quanto il concetto di «risanabilità» (di cui all'art. 27, d.l. n. 34/2020) costituiscono infatti nozioni proprie delle scienze aziendalistiche, tratte dalle strategie del *business rescue*, consolidatesi nella gestione della crisi e dell'insolvenza¹⁴⁴. L'apparente oggettività di siffatte valutazioni, tuttavia, nasconde «ineliminabili elementi di opinabilità», variabili «in funzione delle assunzioni di base», sicché l'elemento tecnico non può «rappresentare l'unico parametro da assumere a fondamento della decisione di investimento [...] dovendosi opportunamente valutare anche altri obiettivi e valori d'interesse generale espressamente richiamati dalla norma»¹⁴⁵. Nel novero di un patrimonio consolidato che sfiora i quaranta miliardi di euro e detiene partecipazioni per circa ventisette (sia direttamente, sia in via mediata da società partecipate, fondi d'investimento ed altri OICR)¹⁴⁶ è cruciale assicurare una complessiva coerenza nella regia dell'intervento pubblico¹⁴⁷. Il rischio è quello di un approccio disorganico, che – focalizzando le scelte d'investimento sul singolo target, anziché nel perseguimento di una strategia complessiva – finisca per depotenziarne l'efficacia sistemica¹⁴⁸.

Abstract

The article examines the renewed interest in State shareholding and explores the reasons behind the overall strengthening of public companies at the European level. In the national framework, the role of the Cassa Depositi e Prestiti, which now has extensive powers to intervene in the market, is given particular prominence in a dialogue and multifaceted relationship with the government. In some of the financial operations carried out, for example, by Cdp Equity S.p.A. and Patrimonio Rilancio, demonstrate the interest and influence of the shareholder in the company's management decisions, thus contributing to the pursuit of economic policy.

del c.d. apporto iniziale, suscettibili di incremento progressivo mediante devoluzione delle risorse a cura del MEF.

¹⁴² F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, *Lo Stato promotore*, Bologna, il Mulino, 2021, 148.

¹⁴³ A. Averardi, *La cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, cit., 318.

¹⁴⁴ V. Minervini, *L'improvvisa «accelerazione» (post COVID) dell'azionariato di Stato*, cit., 249.

¹⁴⁵ V. Minervini, *Il «nuovo» azionariato di Stato*, cit., 70.

¹⁴⁶ CDP S.p.A., *Relazione finanziaria annuale 2022*, cit., 9.

¹⁴⁷ V. Minervini, *Il «nuovo» azionariato di Stato*, cit., 71.

¹⁴⁸ A. Averardi, *La cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, cit., 318.

L'INNOVAZIONE ATTRAVERSO I CONTRATTI PUBBLICI: IL C.D. *INNOVATION PROCUREMENT*

SOMMARIO: 1. L'innovazione nei contratti pubblici: significato e forme. – 2. Gli appalti per l'innovazione nel contesto delle strategie dell'Unione europea. – 3. Complessità, asimmetria informativa e negoziazioni per l'apprendimento dell'amministrazione (cenni). – 4. Le attività preliminari all'avvio della procedura di aggiudicazione: la *valutazione delle esigenze* e le *consultazioni preliminari del mercato*. – 5. L'innovazione attraverso la gara: disposizioni generali per le procedure flessibili. – 5.1. Procedura competitiva con negoziazione: l'innovazione nella definizione degli aspetti tecnici e qualitativi. – 5.2. Dialogo competitivo: l'individuazione della soluzione innovativa per soddisfare un bisogno. – 5.3. Concorsi di progettazione: il potenziale innovativo nelle idee dei concorrenti. – 6. L'innovazione trasversale alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione del contratto: il partenariato per l'innovazione. – 7. L'innovazione attraverso i modelli contrattuali: appalti di servizi di ricerca e sviluppo (R&S). – 7.1. Appalto pre-commerciale (*pre-commercial procurement*, PCP). – 7.2. Appalti di forniture di ricerca e sviluppo e loro aggiudicazione con procedura negoziata senza bando. – 7.3. L'appalto pubblico di soluzioni innovative (*Public Procurement of Innovative Solutions – PPI*): l'amministrazione come utilizzatore precoce (*early adopter*). – 8. I contratti di partenariato pubblico privato (PPP) e l'iniziativa privata. – 9. Questioni trasversali a tutti i modelli di *innovation procurement*: a) l'assetto dei diritti di proprietà intellettuale; b) il rispetto della disciplina degli aiuti di Stato. – 10. Valutazioni conclusive sulla capacità delle stazioni appaltanti ad innovare.

1. L'innovazione nei contratti pubblici: significato e forme

Il termine “innovazione” non ha un significato univoco in relazione ai diversi ambiti per il quale è utilizzato. In generale essa può essere definita come “l'atto, l'opera di innovare, cioè di introdurre nuovi sistemi, nuovi ordinamenti, nuovi metodi di produzione e simili”¹.

¹ Questo è il significato della parola innovazione nel dizionario Treccani.it (www.treccani.it).

Per gli economisti, l'innovazione si distingue dall'invenzione. Quest'ultima costituisce "l'acquisizione di nuove conoscenze che potrebbero avere applicazioni economiche". L'innovazione si ha, invece, quando un'impresa "decide di sfruttare economicamente tale invenzione introducendo un nuovo metodo produttivo (innovazione di processo) o un nuovo prodotto (innovazione di prodotto)". Successivamente, l'innovazione introdotta da un'impresa si diffonde alle altre imprese attraverso vari canali quali l'imitazione, l'incorporazione dell'innovazione in nuovi beni, la concessione di licenze. La protezione dal rischio d'imitazione viene dalle barriere che le altre imprese incontrano ad accedere alle informazioni necessarie per introdurre l'innovazione e dal sistema dei brevetti².

Per quanto riguarda la contrattualistica pubblica, l'art. 2, par. 22, dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici definisce l'innovazione come «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

Il Codice dei contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, pur facendo riferimento all'innovazione nell'ambito di diversi istituti, non contiene una definizione generale di innovazione. Tale definizione era, invece, contenuta nel codice n. 50/2016 per il quale per innovazione si intende, in linea con la direttiva 24, «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne»³.

Dunque, in tale ambito, l'innovazione non ha per oggetto esclusivamente lavori, servizi e beni innovativi che costituiscono l'oggetto finale dell'acquisto pubblico (*innovazione di prodotto*) ma anche i processi di produzione, di costruzione o di organizzazione del lavoro utilizzati per produrre beni già esistenti (*innovazione di processo*). Inoltre, l'innovazione non si esaurisce

² Per il concetto d'innovazione in economia, si confronti, la voce innovazione in economia dell'enciclopedia Treccani.it (www.treccani.it).

³ Art. 3, c. 1, lett. *mmnn*), d.lgs. n. 50/2016. La mancata previsione nel codice del 2023 non pare, peraltro, avere significato sostanziale, rimanendo sullo sfondo la definizione contenuta nell'art. 2, par. 22, dir. 2014/24/UE.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

risce nella *novità* del bene, servizio o processo oggetto dell'acquisto pubblico, ma comprende anche il suo *significativo miglioramento*.

Il concetto di appalti per l'innovazione è stato ulteriormente ampliato dalla Commissione europea rispetto al caso base in cui l'acquirente pubblico indica le sue proprie esigenze e incarica i privati – innovatori di sviluppare prodotti, servizi o processi innovativi⁴.

Infatti, esiste la possibilità che l'amministrazione compri i *risultati dell'innovazione*. In tale caso, l'acquirente pubblico, invece di acquistare un prodotto già disponibile in commercio, assume il ruolo di *utente pioniere* e acquista un prodotto, un servizio o un processo ancora non diffuso nel mercato ma già esistente e contraddistinto da caratteristiche innovative. Per la Commissione, l'espressione *utente pioniere* si riferisce al primo venti per cento di clienti sul mercato che acquista un prodotto, un servizio o un processo nuovo o significativamente migliorato. Ciò include l'acquisto di prodotti, servizi o processi già presentati su scala ridotta, che stanno per entrare sul mercato o vi sono già presenti in piccola quantità, ma non ancora ampiamente adottati. Sono incluse anche soluzioni esistenti che saranno impiegate secondo modalità innovative⁵.

Ancora la Commissione osserva che le innovazioni, assicurando migliori prestazioni e valore aggiunto a diversi portatori di interessi, talvolta si addicono al contesto tradizionale (c.d. innovazione incrementale), sebbene spesso turbino il sistema consolidato generando attori, flussi e valori diversi (c.d. innovazione dirompente) o addirittura richiedano una trasformazione più globale, provvedendo a esigenze insoddisfatte e rispondendo a richieste di riforme strutturali e organizzative (c.d. innovazione trasformativa).

I benefici che una pubblica amministrazione può ottenere dagli appalti innovativi possono essere molteplici⁶. Ad esempio, una soluzione innovativa può consentire di reperire sul mercato servizi pubblici ad un migliore rap-

⁴ Commissione Europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 1.1.

⁵ Il ruolo svolto dagli utenti pionieri nel diffondere le innovazioni è ampiamente riconosciuto, anche nel settore pubblico: Rogers Everett, *Diffusion of Innovations*, Simon & Schuster, 2003; OCSE, *Intelligent Demand: Policy Rationale, Design and Potential Benefits*, 2014.

⁶ Si pensi, ad esempio, ai servizi spaziali. La Commissione, fa riferimento al progetto BROADGNSS (<https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/topic-details/space-egnss-5-2020>). Le pubbliche amministrazioni costituiscono un importante utilizzatore della tecnologia spaziale, in particolare in settori quali la sicurezza pubblica (servizi di emergenza e soccorso in caso di catastrofi, ricerca e soccorso, lotta contro gli incendi, gestione delle frontiere); – la protezione delle infrastrutture critiche; i trasporti pubblici (gestione dei trasporti pubblici, navette autonome, città intelligenti); le operazioni marittime, aeronautiche e ferroviarie gestite o controllate da autorità pubbliche.

porto qualità/ prezzo⁷, di far fronte a nuove esigenze non ancora soddisfatte⁸, di modernizzare i servizi pubblici⁹.

2. Gli appalti per l'innovazione nel contesto delle strategie dell'Unione europea

Gli appalti per l'innovazione (*innovation procurement*) assumono rilevanza nel quadro di molteplici obiettivi strategici dell'Unione europea e hanno centralità nelle direttive del 2014 sugli appalti pubblici. Il considerando 47, dir. 2014/24/UE, prevede che «Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale».

La stessa Commissione europea è intervenuta più volte sul tema generale degli appalti per l'innovazione con specifiche comunicazioni e documenti dedicati¹⁰. Tra gli impegni presi dagli Stati membri e da loro regioni,

⁷ Una soluzione innovativa viene raramente acquistata solo per il suo carattere innovativo. Nella maggior parte dei casi, tale soluzione acquisisce interesse per gli acquirenti pubblici quando consente risultati analoghi o addirittura migliori ottimizzando i costi. La Commissione porta come esempio l'*Impianto di cogenerazione di energia elettrica e termica a Vilnius* (https://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/major/lithuania/new-power-plant-boosts-renewable-energy-use-in-vilnius-lithuania).

⁸ In alcuni casi, gli appalti per l'innovazione rappresentano una risposta necessaria a esigenze insoddisfatte o a nuove aspettative per cui le soluzioni esistenti sul mercato non risultano adeguate. La Commissione cita il caso de *L'innovazione come risposta al cambiamento sociale – Motivare gli studenti con l'ausilio della tecnologia* (www.imaile.eu).

⁹ Tramite gli appalti per l'innovazione è possibile fare in modo che l'offerta di servizi pubblici corrisponda alle aspettative di cittadini sempre più tecnofili, rispettosi dell'ambiente e socialmente consapevoli, ed è possibile migliorare la fruizione del servizio pubblico. Per questo, la Commissione fa riferimento a: *Piattaforma di gestione condivisa del parco automobili del ministero della Sanità portoghese* (<http://spms.min-saude.pt/2016/05/spms-desenvolve-gestao-partilhada-frota-do-ministerio-da-saude>); *Tutela dell'approvvigionamento idrico in Austria* (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/newsalert/Issue58_Case_Study117_BBG_Austria.pdf).

¹⁰ Ad esempio, con la Comunicazione COM (2010) 546, "*Iniziativa faro Europa 2020*", la Commissione Europea ha posto le basi della "*Unione dell'innovazione*", una delle sette iniziative faro nella strategia Europa 2020 e che va ad integrare, tra l'altro, l'Agenda digitale europea. Per arrivare all'Unione dell'innovazione, gli Stati membri si sono impegnati ad investire il 3% del PIL dell'Unione in R&S, entro il 2020. Con le comunicazioni COM (2017) 572, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa* e COM 4320 (2021) *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, la Commissione ha poi focalizzato l'attenzione sull'attuazione pra-

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

c'è l'accantonamento di fondi per gli appalti pre-commerciali e per gli appalti pubblici di servizi e prodotti innovativi¹¹.

In Italia questa tipologia di contratti pubblici costituisce uno degli obiettivi prioritari per i prossimi anni¹². L'innovazione da attuarsi attraverso i contratti pubblici deve considerarsi anche strumento essenziale per realizzare gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹³.

Attraverso gli appalti per l'innovazione possono essere perseguiti importanti obiettivi strategici, a cominciare dalla stessa innovazione.

Essi consentono di promuovere la trasformazione dell'economia dell'Unione verso un'economia verde e digitale. È, infatti, stretto il legame tra l'innovazione e lo sviluppo sostenibile, tema che è oggetto delle strategie

tica e intelligente delle nuove norme per gli appalti di innovazione. Anche le linee guida della Commissione C(2019) 5494 sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE, trattano del tema degli appalti strategici e per l'innovazione.

¹¹ Nel nostro Paese, questo impegno trova piena attuazione nei Programmi Operativi Regionali (POR) e nei Programmi operativi nazionali (PON) Scuola, Ricerca e Innovazione, Governance che prevedono specifiche linee d'azione per il *Pre-commercial Public Procurement* e il *Procurement* di innovazione.

¹² La promozione dell'utilizzo degli appalti innovativi è tra gli obiettivi prioritari dell'Agenda Digitale Italiana, dell'accordo di partenariato 2014-20 (la cui dotazione è stata integrata nel 2021 da risorse straordinarie stanziare dall'Unione Europea), della Strategia per la crescita digitale italiana 2014-20, della recente 2025 – Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese e rientra tra le linee d'azione del Piano triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2022/2024 (tale piano dedica il Capitolo 7 “Le leve per l'innovazione” alle leve strategiche su cui investire per accelerare il processo di trasformazione digitale delle pp.aa.). Diverse sono, poi, le misure a disposizione per la promozione degli appalti per l'innovazione definite dall'Accordo di Partenariato 2014-2020 con la Commissione Europea. Diverse regioni italiane prevedono esplicitamente, nei propri Piani operativi 2014-2020, un investimento per il *Pre-commercial Public Procurement* e il *Procurement* di innovazione.

¹³ La missione 1 del PNRR è intitolata «digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo». L'innovazione deve però considerarsi trasversale a tutte le sei missioni del PNRR. La legislazione dei contratti pubblici e il PNRR sono collegati a doppio filo: da un lato, il PNRR ha imposto la riforma complessiva della regolazione del settore, che ha portato al Codice di cui al d.lgs. 36/2023; dall'altro lato, a valle dell'ottenimento dei finanziamenti europei, per attuare i progetti e per spendere le somme ricevute, si passa inevitabilmente per le stazioni appaltanti che devono applicare le norme sui contratti pubblici. Sul PNRR, tra gli altri, V. Cerrulli Irelli e A. Giurickovic Dato, *Sugli interventi normativi per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Astrid Rassegna n. 16, 2021; N. Lupo, *L'aggiornamento e l'integrazione del PNRR, tra crisi energetica e (parziale) mutamento di indirizzo politico* in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2023; N. Lupo, *I poteri dello Stato Italiano alla luce del PNRR, prime indicazioni*, in *federalismi.it*, n. 23, 2022; N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2022; G. Fidone, *I vecchi difetti delle stazioni appaltanti che rischiamo di compromettere il*, in *Guida al Diritto*, Sole 24 ore, 2023, n. 18.

di Europa 2020 (all'epoca della direttiva 2014/24/UE) e di quella attuale di Europa 2030¹⁴. La Commissione europea è intervenuta successivamente alla pandemia del COVID-19 per affermare la funzionalità dell'innovazione alle transizioni ambientale e digitale (a loro volta collegate perché attraverso la seconda si può contribuire alla prima) e la sua centralità ai fini della ripresa economica¹⁵.

Ancora, gli appalti per l'innovazione consentono l'implementazione delle piccole e medie imprese (PMI) e delle *start-up*, che spesso sono più propense allo sviluppo di soluzioni innovative rispetto alle grandi imprese che adottano tecnologie più consolidate¹⁶. Con riguardo a tale questione, si pone anche il problema dell'*attrarre gli innovatori*, poiché le *start-up* e le PMI sono spesso prive delle capacità e dell'esperienza generalmente richiesta dalle stazioni appaltanti alle imprese per partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici (anche a causa della complessità delle regole). Ciò può costituire un disincentivo per i privati che vorrebbero innovare ad accostarsi all'amministrazione. Possono, ad esempio, essere utilizzati i c.d. ecosistemi dell'innovazione, tra i quali gli *hackathon*¹⁷.

¹⁴ Sullo sviluppo sostenibile, tra i tanti: F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010; F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2011, 170 ss.; C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, Giuffrè, 2014; *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara e M.A. Sandulli, I, Milano, Giuffrè, 2014, 221 ss.; J.D. Sachs, *L'era dello sviluppo sostenibile*, Milano, Boccioni editore, 2015; M. Antonioli, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, Giappichelli, 2016; *Il Governo dello Sviluppo Sostenibile*, a cura di B.G. Mattarella, Torino, Giappichelli, 2023.

¹⁵ Comunicazione della Commissione 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, recante *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cap. 1.2.1.

¹⁶ Si vedano: comunicazione della Commissione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final, 10 marzo 2020; Comunicazione della Commissione, *Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*, COM(2020) 103 final, 10.3.2020.

¹⁷ Il problema è rilevante e la stessa Comunicazione della Commissione 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, recante «Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione», cap. 3.2 ha suggerito alcune soluzioni. Ad esempio, è possibile facilitare il mercato, adattando le procedure degli appalti alle caratteristiche degli innovatori, consentendo la partecipazione anche ai piccoli innovatori, abbattendo gli adempimenti, istaurando un dialogo con il privato. Un'altra soluzione è quella di creare i c.d. ecosistemi dell'innovazione, necessari allo scambio di informazioni (*al quale partecipano le stesse start-up*, il mondo accademico, le amministrazioni, ecc.), sotto forma di *cluster*, incubatori, agenzie per l'innovazione o laboratori (a livello locale, regionale, nazionale o anche europeo). Tra questi, una pratica diffusa è quella dagli *hackathon*. Tale parola è una combinazione delle parole *hack* e *marathon*, laddove *hack* rappresenta la risoluzione sperimentale e creativa di problemi con un approccio

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Il perseguimento di obiettivi strategici dell'Unione europea comporta di considerare il mercato dei contratti pubblici dal punto di vista *macro*¹⁸. Essi vengono perseguiti attraverso il mercato, da orientarsi verso scelte strategiche, dando maggior valore economico a nuovi beni con le caratteristiche richieste (innovazione, sostenibilità, ecc.) che si vanno a differenziare da quelli che ne sono privi. In buona sostanza, la domanda pubblica di beni e servizi si prefigge l'obiettivo di orientare l'offerta privata e i processi produttivi, così da generare un circuito virtuoso. Se si considera che a livello di UE il potere di acquisto degli acquirenti pubblici corrisponde a circa il quattordicesimo per cento del PIL¹⁹, si può comprendere come la domanda pubblica innovativa possa promuovere l'innovazione nei mercati.

A livello *micro*, è quindi necessario che le stazioni appaltanti contribuiscano, attraverso gli appalti per l'innovazione, alla ripresa economica, alla duplice transizione verde e digitale e alla resilienza dell'UE.

In tale ottica, si impone la necessità, sempre a livello *micro* (ovvero del singolo appalto), che le singole stazioni appaltanti rispettino l'obiettivo di «spendere bene il denaro dei contribuenti». Tale obiettivo, per la Commissione, «sta acquisendo sempre più rilevanza rispetto alla mera necessità di soddisfare le esigenze primarie degli organismi pubblici». Dunque, in occasione di ogni acquisto pubblico, è necessario sapere se «la soluzione oggetto dell'appalto sia non solo conforme a livello formale, ma anche in grado di generare il miglior valore aggiunto in termini ambientali, di qualità, di efficienza economica e di impatto sociale, e se offra opportunità per il mercato dei fornitori»²⁰. La necessità di spendere al meglio il denaro pubblico, ri-

ludico e *marathon* indica la durata dell'evento. Un *hackathon* dura tra le 24 e le 48 ore ed è dedicato a un argomento o una sfida specifici. I partecipanti lavorano in piccoli gruppi in un ambiente unico che favorisce il pensiero creativo e lo sviluppo di nuovi concetti, idee e prototipi sorprendentemente innovativi.

¹⁸ Il c.d. uso strategico dei contratti pubblici consiste nell'utilizzare la leva dei contratti per il perseguimento di obiettivi ritenuti sensibili e meritevoli dal legislatore, orientati allo sviluppo sostenibile, inteso come soddisfacimento dei bisogni della generazione attuale senza compromissione delle possibilità per le generazioni future di rispondere alle proprie esigenze. Si confronti, G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile in Il Governo dello Sviluppo Sostenibile*, a cura di B.G. Mattarella, Torino, Giappichelli, 2023, 251-276.

¹⁹ Cfr. http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en. È possibile consultare gli studi annuali sugli indicatori riguardanti gli appalti pubblici al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en.

²⁰ Commissione Europea, comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, *sintesi*, p. 3. Essa riprende i concetti già espressi in C(2019) 5494, accessibile all'indirizzo seguente: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36601>.

sponde al concetto anglosassone di *best value*²¹ e, con il codice di cui al d.lgs. n. 36/2023, a quello di *risultato*²².

Gli appalti per l'innovazione rispondono a queste considerazioni. Essi permettono, infatti, il ricorso a soluzioni di maggiore qualità ed efficienza, favoriscono benefici ambientali e sociali, garantiscono nuove opportunità per le imprese.

D'altra parte, l'obiettivo dell'innovazione contribuisce ad aumentare la complessità degli acquisti pubblici e richiede particolari competenze specialistiche. Ciò rende necessari peculiari modelli di procedure e contratti, non essendo evidentemente sufficienti quelli normalmente utilizzati per gli acquisti banali o standardizzati. Essi pongono, inoltre, delicate questioni sui diritti di proprietà intellettuale legati all'oggetto innovativo del contratto pubblico.

Come osserva l'Unione Europea, è essenziale studiare *perché* gli appalti per l'innovazione sono importanti (cioè per realizzare quali obiettivi), *chi* nutre interesse in merito (ovvero, quale sia l'interesse pubblico all'innovazione) e *in che modo* (dunque, attraverso quali tipi di procedure e contratti) possono essere eseguiti. Gli appalti per l'innovazione costituiscono, peraltro, prova del progressivo spostamento dell'attenzione dal solo "come acquistare" verso il "cosa acquistare".

3. Complessità, asimmetria informativa e negoziazioni per l'apprendimento dell'amministrazione (cenni)

Il tema degli appalti innovativi si inserisce in quello più generale dei contratti complessi che presuppongono modelli flessibili. È chiaro, infatti, che tali appalti presentano un complessità maggiore rispetto agli appalti tradizionali. Il tema dei contratti complessi e della necessità che ad essi cor-

²¹ Sia consentito rinviare a G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, con la collaborazione di G. Fidone e G. Fonderico, Torino, Giappichelli, 2019, 3-65.

²² Sul principio di risultato, tra i primi contributi: F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287 ss.; D. Capotorto, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in federalismi.it, 2023, n. 14, 47 ss.; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 1 ss.; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, Rubbettino, 2020.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

rispondano modelli flessibili è stato più volte affrontato e, dunque, ci si può limitare a qualche cenno²³.

Come noto, la caratteristica centrale del rapporto tra pubblica amministrazione e privato, nell'ambito dell'aggiudicazione e esecuzione dei contratti pubblici, è quello dello svantaggio informativo della prima nei confronti del secondo. Tale caratteristica vale in generale, con intensità diverse, per tutti i contratti pubblici ma è chiaro che aumenta quanto più è complesso il contratto e quante più informazioni esso coinvolge. L'asimmetrica distribuzione delle informazioni tra le parti a svantaggio del committente pubblico può condurre ad un fallimento del mercato e ad una allocazione inefficiente delle risorse della pubblica amministrazione.

Quando nel contratto è coinvolta l'innovazione (che a sua volta può coinvolgere aspetti ambientali, sociali, tecnologici, ecc.), lo svantaggio informativo dell'amministrazione nei confronti del privato si amplifica e, probabilmente, diventa massimo. In particolare, l'impresa che produce innovazione ha una specializzazione e una competenza tali che il *gap* informativo nei confronti delle stazioni appaltanti generaliste e non specializzate appare incolumabile. L'ampio divario informativo tra amministrazione e privati-innovatori aumenta i rischi di cattiva selezione delle offerte (c.d. selezione avversa²⁴) e di comportamenti nascosti nell'esecuzione dei contratti (c.d. azzardo morale²⁵).

Gli appalti per l'innovazione rendono, dunque, necessario l'uso di modelli flessibili che esaltino la discrezionalità dei funzionari pubblici che sono chiamati a dare una risposta concreta ai fabbisogni della pubblica amministrazione²⁶.

²³ Si può rinviare ancora a: G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 3-65.

²⁴ Si definisce effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti (compratori o venditori) che meno possiedono le qualità preferite. Il rapporto tra amministrazione pubblica e impresa può essere ricondotto al modello economico *principal – agent*, tipico della teoria economica dell'agenzia (o teoria dei *costi di agenzia*). Si confronti, ad esempio: R.H. Frank, *Microeconomia*, Milano, 2004.

²⁵ Il *moral hazard* è legato all'imperfetta conoscenza ed osservazione di uno dei due lati del rapporto contrattuale dei comportamenti dell'altra parte. Esso è chiamato dagli economisti un problema di azione nascosta. Comportamenti di azzardo morale possono verificarsi anche nell'esecuzione del rapporto contrattuale tra amministrazione e contraente privato, laddove il soggetto pubblico non abbia gli strumenti e le risorse per controllare l'operato della controparte privata. Per tale motivo, nei contratti pubblici (come in quelli privati) si inseriscono penali e incentivi. Si veda, ad esempio, G. Chirichiello, *Corso di Economia Politica di Base*, Torino, Giappichelli, 2000, 286-288.

²⁶ Si può osservare, che, in presenza di uno svantaggio informativo dell'ammi-

Tra questi modelli, le negoziazioni costituiscono procedimenti di apprendimento (che hanno per oggetto soluzioni innovative, tecnologie avanzate, ecc.) che, se condotti da amministrazioni qualificate e in modo opportuno, consentono di aumentare la conoscenza e ridurre l'asimmetria informativa, con conseguente riduzione dei rischi di cattiva selezione e cattiva esecuzione²⁷. Attraverso le negoziazioni e l'apprendimento della stazione appaltante, la scelta finale potrà essere fatta sulla base di un bagaglio informativo maggiore di quello posseduto all'inizio della procedura.

Tale approccio (quello fondato sulla flessibilità dei modelli) è perseguito dal legislatore europeo, attraverso le direttive di settore, che si preoc-

nistrano nei confronti del privato appaltatore (che come si è detto, è condizione non evitabile), una selezione che si fondi solo su criteri automatici quali il prezzo conduce ad una scelta inefficiente. A titolo esemplificativo, si può fare riferimento a G. Akerlof, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970. Tale lavoro dimostra che il criterio del prezzo più basso, nel presupposto di uno svantaggio informativo del compratore sulle caratteristiche qualitative del bene offerto, porta l'amministrazione ad effettuare una cattiva scelta (che trascura gli aspetti qualitativi). Questo criterio, inoltre, può determinare l'accostarsi allo scambio solo degli offerenti che, dato il prezzo basso, sono disponibili ad offrire solo beni di cattiva qualità (in buona sostanza, chi possiede un bene di buon livello, non è disposto a cederlo ad un prezzo troppo basso). George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz hanno ricevuto nel 2001 il premio Nobel per l'Economia per le loro ricerche sulle asimmetrie informative. In letteratura, tra i numerosi scritti: Aa.Vv., *Handbook of Procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Aa.Vv., *The Economic Theory of Auctions*, I e II, a cura di P. Klemperer, Cheltenham, 1999; P. Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer>); R.P. McAfee-J. Mcmillan, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), 699 ss.; P. Milgrom, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), 3 ss.; P. Milgrom, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004; L. Prosperetti e M. Merini, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010, 27 ss.; K.M. Schmidt-M. Schnitzer, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. Giersch (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, 97 ss.; E. Wolfstetter, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, 1995, 10(4), 367 ss.

²⁷ Si confronti, W.S. Vickrey, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37. Dal «teorema di equivalenza» di Vickrey si può dedurre, senza entrare nel dettaglio, che (in assenza delle condizioni ipotetiche che giustificano l'equivalenza, non riscontrabili in natura) il tipo di procedura di aggiudicazione deve essere con attenzione scelto in relazione all'oggetto del contratto. Dunque, la scelta più opportuna della procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico dovrebbe dipendere dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare e non essere predeterminata in astratto *ex ante*. Vickrey ha vinto il premio Nobel per l'economia nel 1966.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

cupano di fornire alle Amministrazioni strumenti flessibili per pervenire ad acquisti efficienti e sostenibili²⁸.

Esso però si scontra con l'approccio tradizionale italiano alla contrattualistica pubblica, fondato su rigidità e formalismi. A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, a seguito dei fatti di tangentopoli, l'approccio del legislatore interno è stato quello di irrigidire le procedure di aggiudicazione con il dichiarato intento di impedire la corruzione. L'atteggiamento del legislatore interno si è fondato sul presupposto della *sfiducia* nei confronti dell'amministrazione, tanto con riguardo alla sua capacità di adottare le scelte migliori che alla sua onestà, per il timore che l'esercizio della discrezionalità possa tramutarsi in corruzione. Le procedure flessibili sono state, dunque, scarsamente utilizzate²⁹.

Un'inversione di tendenza si è, indubbiamente, avuta in tempi recenti³⁰. Con il codice di cui al d.lgs. n. 36/2023, i principi cardine della regola-

²⁸ Le direttive del 2014 si sono mosse su due binari paralleli: da un lato, esse ricercano l'efficienza della contrattazione pubblica attraverso procedure di aggiudicazione moderne e flessibili, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione; dall'altro lato si propongono il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ovvero per il perseguimento di obiettivi sociali, quali l'aumento dell'occupazione e la promozione delle piccole e medie imprese (PMI) e ambientali. Tali obiettivi appaiono strettamente collegati ed anzi il primo è presupposto del secondo poiché la considerazione di criteri ambientali o sociali negli appalti contribuisce ad aumentarne la complessità (dal momento che aumenta il numero delle variabili che dovranno essere considerate nelle varie fasi dell'operazione). Entrambi si legano al tema dei contratti per l'innovazione che possono divenire lo strumento per realizzare gli obiettivi strategici e che, a loro volta, hanno bisogno di schemi flessibili, da adattarsi al caso concreto.

²⁹ A conferma di quanto si è detto, si può fornire qualche dato sull'incidenza percentuale delle procedure flessibili (dialogo competitivo e procedura negoziata) in riferimento al totale dei bandi pubblicati, per importi superiori alla soglia comunitaria. Si prenda, ad esempio, il periodo 2009-2013 per il quale in Italia la somma dei dialoghi competitivi e procedure negoziate è pari al 3,83 per cento dei bandi pubblicati a fronte del 10 per cento in Francia, del 16,79 per cento in Germania e del 9,95 per cento nel Regno Unito. Fonte: *Tenders Electronic Daily* (TED).

³⁰ La l. n. 78/2022, di delega in materia di contratti pubblici, prescriveva la «semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca nonché in innovazione sociale, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile», così, ancora una volta, associando il tema dell'innovazione a quello dello sviluppo sostenibile, dal momento che la prima può essere funzionale al secondo (art. 1, c. 1, lett. f), l. 21 giugno 2022 n. 78). Ancora, la stessa legge delega prescriveva di dare «forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità» (art. 1, c., 1 lett. z), l. 21 giugno 2022 n. 78).

zione del settore sono divenuti quelli di risultato e di fiducia. Inoltre, ai sensi dell'art. 4, tutte le disposizioni del codice dovranno essere interpretate sulla base di questi principi. Non è ancora possibile prevedere esattamente quanto questi principi impatteranno sulla pratica dei contratti pubblici e quanto promuoveranno l'uso dei modelli flessibili, anche con riferimento al settore dei contratti per l'innovazione.

4. Le attività preliminari all'avvio della procedura di aggiudicazione: la *valutazione delle esigenze* e le *consultazioni preliminari del mercato*

Al fine della preparazione dell'appalto innovativo e preliminarmente alla scelta della procedura di affidamento e del modello più idonei al caso concreto, è necessario che l'Amministrazione acquisisca le necessarie informazioni. La Commissione europea definisce tale momento come quello della "valutazione delle esigenze", nel quale l'amministrazione deve dapprima individuare il proprio fabbisogno³¹. Potrebbe trattarsi di un fabbisogno *nuovo* per il quale occorre trovare la più opportuna soddisfazione o di un fabbisogno *già esistente* a cui potrebbe trovarsi una soluzione nuova rispetto a quella già utilizzata in passato.

All'esito della determinazione del fabbisogno, le pubbliche amministrazioni possono spostare la propria attenzione sul come soddisfarlo e possono valutare se e come procedere ad intraprendere un appalto innovativo. Invece di sostituire semplicemente le attrezzature obsolete con altre della stessa tipologia o di rinnovare acriticamente appalti di servizi in scadenza, esse possono effettuare un'analisi delle proprie esigenze e di quelle degli utenti, per valutare possibili miglioramenti e implementazioni. Potrà, ad esempio, essere valutata la modifica o la sostituzione completa delle soluzioni esistenti; potrebbe essere necessario un cambiamento dal punto di vista organizzativo, ecc. In tale contesto, la stazione appaltante potrebbe valutare di ricorrere ad un appalto a contenuto innovativo in luogo di uno tradizionale.

Al fine di reperire le informazioni utili, lo strumento più idoneo è certamente quello di ricorrere al confronto con il mercato, poiché i soggetti che detengono le informazioni (nuove soluzioni, tecnologie, ecc.) sono le imprese private che producono i beni o servizi.

Ebbene, l'art. 77 del codice dei contratti pubblici, che recepisce l'art. 40

³¹ Comunicazione della Commissione 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, recante *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cap. 4.1.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

dir. 2014/24/UE, fornisce lo strumento adatto a tale ricerca di informazioni, consistente nelle “consultazioni preliminari di mercato”³². Esse possono essere utilizzate dalle stazioni appaltanti per dare nuova soluzione ai propri fabbisogni, per individuare nuove tecnologie e nuove prospettive innovative di cui non sono ancora a conoscenza³³.

Secondo l'art. 77, le consultazioni possono essere utilizzate non solo per predisporre gli atti di gara ma anche per consentire la scelta della procedura di gara da espletare (previsione questa assente nella precedente versione della norma). Un'adeguata consultazione preliminare di mercato può consentire, ad esempio, la stesura di specifiche tecniche realistiche o aggiornate

³² L'istituto ha trovato una sua prima previsione nel considerando 8, dir. 2004/18/Ce, che prevedeva la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, di avvalersi di un “dialogo tecnico”, sollecitando o accettando consulenze suscettibili di essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri, a condizione che tali consulenze non avessero l'effetto di ostacolare la concorrenza. Tale previsione non fu però recepita nel primo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, a dimostrazione della rigidità che caratterizzava quel testo. L'art. 40 della direttiva 2014/24/UE ha confermato la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di confrontarsi con il mercato prima dell'avvio della procedura di aggiudicazione, mediante le consultazioni preliminari di mercato da effettuarsi prima dell'avvio di una procedura d'appalto. Nel codice n. 50/2016 lo stesso istituto era disciplinato dagli artt. 66 e 67. In dottrina, tra gli altri: P. Fontana, *Bandi e Avvisi*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*, cit.; A. Mauro, *La selezione dei partecipanti*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, a cura di S. Gallo, Rimini, Maggioli, 2014, 153. L. Torchia, *La nuova direttiva Europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291, afferma che le consultazioni preliminari di mercato appaiono in controtendenza «con le regole che nell'ordinamento italiano tentano di limitare al minimo i rapporti fra amministrazione e concorrenti e, comunque, li sottopongono a vincoli e regole rigidi e li circondano di adempimenti formali».

³³ L'ANAC con le linee guida n. 14 aveva fornito un'interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 66 e 67, d.lgs. n. 50/2016 che mostravano una certa diffidenza all'utilizzo dello strumento. Veniva precisato che le consultazioni potevano essere fatte solo dopo la programmazione e prima dell'avvio della procedura di gara (par. 1.4); non potevano essere utilizzate nel caso di procedure già avviate, anche se sospese (par. 1.2); dovevano essere «preferite» per gli appalti che presentassero «carattere di novità», con espressa esclusione nei casi di «appalti di routine e appalti relativi a prestazioni standard» (par. 1.6); alle stazioni appaltanti non era consentito «in alcun modo, in corso di consultazione preliminare, mutare la natura del relativo procedimento» (par. 2.4); in ultimo, ANAC si preoccupava di chiarire che le consultazioni non potessero essere fatte «per finalità meramente divulgative» (punto 1.1). Anche Cons. St. sez. cons. per gli atti normativi, parere n. 445/2019 (avente ad oggetto lo schema di linee guida ANAC sulle consultazioni preliminari di mercato) confermava l'opportunità di «limitare le consultazioni esclusivamente alle ipotesi in cui è presente un certo tasso di novità escludendo gli appalti di routine e quelli relativi a prestazioni standard perché questi ultimi casi si pongono in palese contrasto con la finalità dell'istituto».

ovvero l'individuazione di criteri di aggiudicazione più opportuni in relazione al caso concreto.

A tali fini, le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Appare, dunque, ampia la sfera dei soggetti consultabili tra i quali la stazione appaltante potrà individuare i soggetti ritenuti "idonei". Si può anche osservare che la norma interna ha una portata più ampia di quella europea, che fa riferimento soltanto alla possibilità di sollecitare o accettare "consulenze"³⁴.

Le consultazioni preliminari di mercato costituiscono una facoltà della stazione appaltante e non sono obbligatorie. Tuttavia, in applicazione del principio di risultato di cui all'art. 1 del Codice, potrebbe anche ritenersi che esse, in taluni frangenti e quando siano necessarie informazioni, possano costituire una facoltà a esercizio doveroso (dal momento che, in assenza delle informazioni, il risultato non potrebbe essere raggiunto).

Il Codice non individua con precisione la finestra temporale in cui le consultazioni preliminari di mercato si debbano collocare. L'art. 66, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che esse dovessero svolgersi «prima dell'avvio di una procedura di appalto», coerentemente con quanto previsto dall'art. 40, dir. 2014/24/Ue. Nel nuovo codice tale previsione non compare più, anche se, da un punto di vista logico, le consultazioni dovrebbero comunque collocarsi prima dell'avvio della gara. Per il Consiglio di Stato, «la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante»³⁵.

Le consultazioni preliminari di mercato non hanno una forma tipizzata e non esiste un unico modello universale³⁶. Esse possono assumere varie

³⁴ Art. 40, dir. 2014/24/Ue.

³⁵ Cons. St., sez. cons. per gli atti normativi, adunanza di sezione del 17 gennaio 2019, parere n. 445/2019 avente ad oggetto lo Schema di linee guida ANAC sulle consultazioni preliminari di mercato. Nel silenzio del codice, si può ritenere che l'avvio e la gestione delle consultazioni siano annoverabili tra le attribuzioni del responsabile unico del progetto (RUP), a cui spettano i compiti relativi alla procedura non specificamente riservati ad altri soggetti. La scelta della stazione appaltante di avviare una consultazione preliminare di mercato non pare di per sé lesiva delle posizioni giuridiche di terzi e, pertanto, non è atto impugnabile innanzi al Giudice. Si confronti TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 19 ottobre 2017, n. 1256.

³⁶ Quanto alle modalità di svolgimento delle consultazioni di mercato, il codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 non recepisce le prescrizioni delle linee guida ANAC n. 14. In tali linee guida, l'ANAC aveva tentato di proceduralizzare le consultazioni, che invece dovrebbero

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

forme: in alcuni casi, le stazioni appaltanti potrebbero già avere una buona conoscenza del mercato e quindi potrebbero essere necessarie solo pochi chiarimenti; in altri casi potrebbero essere indispensabili ricerche approfondite per acquisire tutte le conoscenze necessarie ad avviare la procedura di appalto. Le consultazioni dovrebbero svolgersi con la più ampia libertà della stazione appaltante, nel presupposto del principio della fiducia di cui all'art. 2 e con l'obbiettivo del risultato di cui all'art. 1 del codice.

In tale ottica, la stazione appaltante dovrebbe ritenersi libera di pubblicare un avviso, qualora voglia consultare l'intero mercato, ovvero di avviare consultazioni mirate con i soggetti ritenuti più idonei a fornire le informazioni. Come tutte le scelte amministrative, anche quella di avviare le consultazioni in forma pubblica o mirata dovrà essere oggetto di motivazione che, nel secondo caso, riguarderà la scelta dei soggetti da consultare. Peraltro, è stato affermato che non sussisterebbe l'obbligo di motivare l'utilizzo o il mancato utilizzo delle informazioni acquisite attraverso le consultazioni³⁷.

L'unico limite al potere delle stazioni appaltanti di governare le consultazioni deve ritenersi essere quello prescritto dalla legge che esse non abbiano l'effetto, nella successiva gara da svolgersi, di falsare la concorrenza o di comportare la violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. Ciò corrisponde a quanto previsto dall'art. 78 del codice per il quale, qualora un concorrente nella procedura di aggiudicazione (ovvero un'impresa collegata a tale soggetto) abbia precedentemente partecipato alle consultazioni e abbia fornito documentazione, informazioni, dati o notizie o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione, la stazione appaltante «adotta misure adeguate per garantire la trasparenza e che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso»³⁸. A tale riguardo, la «misura minima ade-

essere caratterizzate da ampia discrezionalità. Secondo ANAC, in risposta all'avviso avrebbero dovuto partecipare alle consultazioni «tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste, inclusi i portatori di interessi collettivi e diffusi», impedendo così all'amministrazione di cercare informazioni mirate dai soli reali depositari delle informazioni. Inoltre, secondo ANAC, le stazioni appaltanti erano tenute a valutare i contributi ricevuti «in modo oggettivo e comparativo». Insomma, ancora una volta prevaleva la cultura del sospetto che spingeva ad ingessare un'attività, quale quella di consultazione (peraltro, non finalizzata ad aggiudicare alcunché), che dovrebbe essere liberamente gestibile dalla stazione appaltante, al fine dell'efficienza e della speditezza delle procedure.

³⁷ Così si è espressa l'ANAC nel parere precontenzioso n. 417 del 14 settembre 2022.

³⁸ TAR Toscana, sez. I, 19 marzo 2018, n. 402, ha affermato che l'amministrazione, ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 50/2016, è obbligata ad adottare misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata e, solo quale *extrema ratio*, a provvedere all'esclusione dell'offerente dalla procedura di consultazione

guata» è costituita dalla «comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel corso delle consultazioni preliminari, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte»³⁹. La disposizione appare coerente l'art. 41, par. 2, dir. 2014/24/UE.

Le due misure adeguate delle informazioni pertinenti e del termine adeguato devono considerarsi, preferibilmente alternative. Esse confermano il principio, ribadito dalla Corte di giustizia, secondo cui non si può escludere dalla gara un soggetto che abbia partecipato in precedenza alla preparazione della procedura, qualora da ciò non abbia tratto vantaggi concorrenziali. La *ratio* della disposizione è che lo svolgimento di consultazioni preliminari non alteri le dinamiche concorrenziali del mercato e non leda i principi di trasparenza e parità di trattamento⁴⁰.

La Commissione europea ha dato indicazioni pratiche per lo svolgimento delle consultazioni preliminari del mercato con specifico riguardo agli appalti innovativi⁴¹. Potrebbe, infatti, accadere che gli esiti delle con-

³⁹ Il Consiglio di Stato, nel parere n. 855 reso in data 1 aprile 2016 sullo schema di codice dei contratti pubblici, aveva auspicato che le «misure adeguate» fossero tipizzate, «anche per prevenire l'altrimenti inevitabile contenzioso». Secondo il TAR Veneto, Sez. III, 15 maggio 2017, n. 476, «la pubblicità degli atti della procedura di consultazione costituisce, in ogni caso, misura idonea [...] a evitare che il gioco della concorrenza sia falsato».

⁴⁰ Secondo la stessa disposizione, qualora non sia possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la stazione appaltante invita il candidato (cioè quello che ha precedentemente partecipato alle consultazioni e fornito informazioni) a fornire (entro un termine non superiore a dieci giorni) ogni elemento idoneo a provare che la sua partecipazione alla preparazione e alla scelta della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisca causa di alterazione della concorrenza (C. giust., sez. II, 3 marzo 2005, cause C-21/03 e C-34/03). La disposizione è tuttavia contestabile, poiché quella richiesta al concorrente appare una *probatio diabolica*. Appare contraddittorio che la legge prima prescriva che debba essere la stazione appaltante ad adottare le misure di salvaguardia della concorrenza e poi chiami l'operatore economico a giustificare perché esse non siano state adottate. Il TAR Toscana, sez. I, n. 52/2014, già in epoca precedente al codice del 2016, aveva affermato anche che non è conforme al principio di proporzionalità la norma nazionale che pone un divieto assoluto di partecipazione ai soggetti che abbiano partecipato alle consultazioni, poiché è possibile garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti valutando, in ogni singolo caso, se vi sia stato un vantaggio concorrenziale o meno.

⁴¹ Comunicazione della Commissione 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, recante *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cap. 4.1.2. Secondo la Commissione, il processo di consultazione di mercato si potrebbe articolare in fasi. La prima fase servirebbe ad individuare quale tipo di consultazione preliminare sia più utile (ad esempio, questionari online, eventi «incontra l'acquirente» (riunione di gruppo o di partecipazione individuale), riunioni online/fisiche, *hackathon*, sfide ecc.) e quali siano i principali argomenti da discutere nelle fasi successive. La seconda fase consisterebbe nella preparazione della consultazione di mercato, con eventuale invito ai fornitori a presentare i loro contributi, anche attraverso la pubblica-

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

sultazioni preliminari di mercato orientino la stazione appaltante a intraprendere la strada di un appalto per l'innovazione. In tale caso, sempre sulla base delle consultazioni svolte, le stazioni appaltanti dovranno determinare il contenuto concreto dei documenti di gara.

Secondo la Commissione europea⁴², le specifiche tecniche nel caso di appalti innovativi dovrebbero essere *funzionali* piuttosto che descrittive, poiché consentono una conoscenza più approfondita delle soluzioni esistenti, dei relativi parametri, proprietà particolari e indicatori misurabili; potrebbero essere richieste in sede di offerta miglioramenti a contenuto innovativo (secondo la Commissione, gli acquirenti pubblici potrebbero addirittura richiedere solamente la presentazione di migliorie innovative, che rispettino i requisiti minimi, agevolando così la partecipazione di *start-up* e di PMI innovative che forniscono solo una soluzione innovativa); i criteri di aggiudicazione, dovrebbero essere definiti in modo attento e tale da premiare gli aspetti innovativi⁴³; l'eventuale gestione dei diritti di proprietà intellettuale dovrebbe essere definita fin dai documenti di gara (poiché gli appalti pubblici di beni o servizi innovativi, in particolare quando sono appaltati servizi, studi o software di ricerca e sviluppo, possono generare nuovi diritti di proprietà intellettuale come brevetti o diritti d'autore, disegni o modelli, marchi commerciali); l'esecuzione dell'appalto dovrebbe essere disciplinata in modo da evitare che vengano inserite clausole contrattuali che di fatto potrebbero impedire all'acquirente pubblico di realizzare la soluzione innovativa (penalità, cessazione anticipata, ecc.) mentre è altresì importante inserire clausole di esecuzione che disciplinino i criteri di esecuzione dell'appalto con riferimento agli aspetti innovativi (indicatori di qualità misurabili e obiettivi di prestazione).

zione di una richiesta di informazioni sulle piattaforme per gli appalti elettronici, sulla pagina *web* degli acquirenti, su siti *web* specializzati o contattando potenziali fornitori tramite *forum* dedicati. La terza fase, che costituisce il cuore delle consultazioni preliminari di mercato, prevede le interviste/riunioni, nelle quali l'acquirente pubblico deve raccogliere quante più informazioni possibili che consentano di definire la necessità e impostare il progetto. La quarta fase deve sintetizzare e consentire di utilizzare i risultati (attraverso una relazione di sintesi) per pervenire alla strategia di appalto definitiva (scelta della procedura di appalto e dei criteri di selezione, aspetti relativi alla performance della soluzione ricercata ecc.), i cui esiti saranno alla base della procedura di aggiudicazione da svolgersi.

⁴² Comunicazione della Commissione 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, recante *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, cap. 4.1.

⁴³ L'art. 185, d.lgs. n. 36/2023 prevede espressamente che i criteri di aggiudicazione includono, tra l'altro criteri «relativi all'innovazione».

5. L'innovazione attraverso la gara: disposizioni generali per le procedure flessibili

Gli appalti per l'innovazione possono essere realizzati attraverso procedure di aggiudicazione flessibili. La scelta del tipo di procedura di aggiudicazione più opportuna appartiene all'amministrazione, deve essere conseguenza dell'esatta determinazione del fabbisogno da soddisfare e deve tenere conto di tutti gli aspetti del caso concreto. L'interesse pubblico primario da perseguire, secondo il principio affermato dall'art. 1 del codice, deve considerarsi il raggiungimento del risultato.

Il codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 disciplina le procedure di aggiudicazione nella parte IV del libro II, artt. 70 e ss. Tali disposizioni prevedono che, in alternativa alle procedure rigide tradizionali (aperte e ristrette) le stazioni appaltanti possano fare ricorso alle procedure flessibili, ovvero la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione⁴⁴.

Il codice detta alcune disposizioni generali per l'utilizzo delle procedure flessibili.

La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo possono essere utilizzati, in buona sostanza, in presenza di alcune (una o più di una) condizioni, tutte legate alla complessità del contratto da aggiudicare, che rende impraticabile l'aggiudicazione attraverso una procedura aperta o ristretta rigida⁴⁵.

È anzitutto necessario che le esigenze della stazione appaltante non possano essere soddisfatte con le altre procedure rigide tradizionali. Le procedure flessibili vengono dunque ad essere residuali rispetto a quelle tradizionali e possono essere utilizzate solo quando le prime siano insufficienti a soddisfare le esigenze che la stazione appaltante vuole soddisfare attraverso

⁴⁴ Art. 70, c. 1, d.lgs. n. 36/2023. In dottrina, tra gli altri, sulle procedure di aggiudicazione: F. Decarolis, C. Giorgiantonio e V. Giovanniello, *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di economia e finanza (Occasional papers)*, Banca d'Italia eurosistema, n. 83 dicembre 2010, p. 18-21; *Lo stato compratore, l'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, Il Mulino, 2007; *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011; M. Cafagno, *Lo stato Banditore*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴⁵ Art. 70 c. 1 lett. a). La successiva lettera b) consente l'utilizzo delle procedure negoziate in un altro caso che meno interessa per i fini del presente scritto. Esse sono ammesse quando, in esito a una procedura aperta o ristretta, siano state presentate soltanto offerte inammissibili. In tal caso la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un bando di gara, se ammette alla ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti della precedente procedura aperta o ristretta.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

l'appalto⁴⁶. Lo stesso concetto, espresso in termini di risultato e di proporzionalità, sta a significare che correttamente il Codice afferma il principio dell'inutilità di un aggravamento procedurale quando il medesimo risultato possa essere raggiunto attraverso procedure più semplici e rapide.

Le altre condizioni possono considerarsi specificazioni della prima.

È infatti previsto che le procedure flessibili possano essere utilizzate quando «l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi»⁴⁷. Vi è, dunque, un riferimento alla complessità dei contratti che può derivare dai diversi aspetti indicati dalla disposizione. Le molteplici informazioni che implica l'appalto complesso rendono necessarie preventive negoziazioni, al fine di arricchire le conoscenze della stazione appaltante.

La terza condizione appare un'ulteriore specificazione della precedente. Essa attiene all'impossibilità di stabilire le specifiche tecniche dell'appalto. È infatti previsto che le procedure flessibili in questione possano essere utilizzate quando «le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla stazione appaltante» in relazione ad alcuni aspetti⁴⁸.

In ultimo, il codice fa riferimento al caso in cui «le esigenze della stazione appaltante implicano soluzioni o progetti innovativi»⁴⁹. Dunque, le procedure flessibili sono espressamente invocate per i l'aggiudicazione dei contratti per l'innovazione.

La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo costituiscono, dunque, procedure generali di aggiudicazione di contratti complessi che il codice espressamente richiama per quei particolari contratti complessi che sono i contratti a contenuto innovativo. Esse si distinguono dal partenariato per l'innovazione che, invece, costituisce procedura flessibile dettata espressamente ed esclusivamente per il caso di contratti innovativi⁵⁰.

Il codice detta alcune regole comuni per le procedure flessibili.

In primo luogo, nel corso delle negoziazioni e durante il dialogo, le stazioni appaltanti «garantiscono la parità di trattamento di tutti i parte-

⁴⁶ Art. 70, c. 3 lett. a), n. 1, d.lgs. n. 36/2023.

⁴⁷ Art. 70, c. 3 lett. a), n. 3, d.lgs. n. 36/2023.

⁴⁸ Art. 70, c. 3 lett. a), n. 4, d.lgs. n. 36/2023 che richiama l'impossibilità di stabilire le specifiche tecniche «con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei numeri da 2) a 5) della Parte I dell'allegato II.5».

⁴⁹ Art. 70, c. 3, n. 2, d.lgs. n. 36/2023.

⁵⁰ Art. 70, c. 5, d.lgs. n. 36/2023.

cipanti»⁵¹. Tale principio è garantito dalla previsione che esse «non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri». Inoltre, «non rivelano le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alle negoziazioni o al dialogo, salvo espresso consenso di quest'ultimo e in relazione alle sole informazioni specifiche espressamente indicate». Dunque, le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alla negoziazione, senza l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate. Si tratta, dunque, di negoziazioni che seguono il modello c.d. *chinese wall*, dal momento che ciascuna soluzione proposta viene discussa in parallelo, senza potere utilizzare su un tavolo negoziale le informazioni acquisite su un altro tavolo negoziale⁵².

In secondo luogo, le stazioni appaltanti non sono tenute a proseguire la negoziazione con tutti gli operatori economici che abbiano partecipato alla procedura. Esse, sempre garantendo i principi di non discriminazione e di concorrenza, possono limitare il numero di candidati con i quali negoziare o che partecipano al dialogo. Deve essere, tuttavia rispettato il numero minimo dei partecipanti che per le procedure flessibili in questione deve essere almeno di tre⁵³.

Di seguito si possono illustrare le procedure flessibili che possono essere utilizzate per aggiudicare un contratto di appalto innovativo. In relazione al livello di informazioni e di consapevolezza sull'oggetto dell'acquisto, che l'Amministrazione possiede nel momento in cui effettua la scelta del procedimento, la scelta potrà ricadere su un modello piuttosto che un altro.

Le procedure in questione, con riguardo all'innovazione, possono raggrupparsi in due gruppi distinti. Da un lato, le procedure flessibili utilizzabili in generale per l'aggiudicazione dei contratti complessi e che si prestano anche per i contratti a contenuto innovativo (procedure competitive con negoziazione e dialogo competitivo, cui possono aggiungersi i concorsi di progettazione); dall'altro, quelle che sono state pensate in modo specifico per tale tipologia di contratti (partenariato per l'innovazione).

⁵¹ Art. 70, c. 7, d.lgs. n. 36/2023.

⁵² M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia) tenutasi a Milano, Bocconi il 9-10 novembre 2007.

⁵³ Art. 70, c. 5, d.lgs. n. 36/2023.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

5.1. Procedura competitiva con negoziazione: l'innovazione nella definizione degli aspetti tecnici e qualitativi

Le procedure negoziate sono definite dalla lett. *h*) del c. 1 dell'art. 3 dell'allegato I.1 al codice. Per tale disposizione, «procedure negoziate» sono «le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto». I due modelli principali previsti dal Codice sono la «procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando» di cui all'art. 76 del codice e la «procedura competitiva con negoziazione» di cui all'art. 73⁵⁴. Tali disposizioni recepiscono rispettivamente gli artt. 32 e 29, dir. 2014/24/UE.

Nel caso della procedura competitiva con negoziazione, l'acquirente pubblico già possiede informazioni di base sull'acquisto da intraprendere ma intende perfezionarle e negoziare miglioramenti. Le negoziazioni, dunque, si concentrano per lo più sugli aspetti tecnici e sulla definizione di aspetti qualitativi e del prezzo⁵⁵.

La procedura in questione, peraltro, è uno strumento di utilizzo presoché ordinario in molti Stati dell'Unione europea e appare davvero allarmante il ritardo italiano. Nell'anno 2022, l'Italia risulta avere utilizzato tale procedura di aggiudicazione in soli ottantasette casi, a fronte dei 4.932 in Francia, dei 17.025 in Germania, dei 1923 in Austria, dei 2274 in Belgio, dei 966 in Norvegia, dei 605 in Danimarca, dei 681 in Svezia, dei 291 in Spagna⁵⁶.

Secondo l'art. 73 del codice, la procedura si avvia quando l'amministrazione aggiudicatrice emette un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, parte I, lett. *b*) o *c*). Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto del contratto fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche

⁵⁴ Nel d.lgs. n. 50/2016, le procedure negoziate erano definite dall'art. 3 lett. *uuu*). Le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara erano disciplinate dall'art. 63 e le procedure competitive con negoziazione dall'art. 62. Della possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza bando nel caso di appalti di forniture di ricerca e sviluppo, si rinvia al par. 7.1 che segue.

⁵⁵ Rispetto al dialogo competitivo, del quale si tratterà nel paragrafo successivo, la procedura competitiva con negoziazione presuppone un livello di consapevolezza più elevato in capo all'acquirente pubblico che ha già un'idea sulla natura e sull'oggetto del contratto.

⁵⁶ Fonte: *Tenders Electronic Daily* (TED). Nello stesso anno base, tra i Paesi che hanno un utilizzo della procedura competitiva con negoziazione simile a quello italiano, la Lituania (81), Lussemburgo (103), Irlanda (136), Olanda (144). Un utilizzo minore di quello italiano in Grecia (21), Slovacchia (31), Islanda (9), Romania (8).

richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto e indicano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare⁵⁷. Le informazioni fornite devono essere sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura⁵⁸.

Qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa⁵⁹. Successivamente, l'amministrazione procede agli inviti. Solo gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale, che costituisce la base per la successiva negoziazione⁶⁰.

Si apre poi la negoziazione, nella quale come si è già detto, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti e, a tal fine, non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. In tale fase, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli operatori economici le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto. I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazione⁶¹.

Durante le negoziazioni, le amministrazioni possono modificare le specifiche tecniche del contratto o i documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi per la partecipazione. In tale caso, esse informano per iscritto tutti gli offerenti di tali modifiche e concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate⁶². Secondo la medesima prescrizione, le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare.

⁵⁷ Art. 73, c. 2, d.lgs. n. 36/2023.

⁵⁸ Art. 73, c. 3, d.lgs. n. 36/2023.

⁵⁹ Per l'art. 73, c. 4, d.lgs. n. 36/2023, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di dieci giorni.

⁶⁰ Art. 73, c. 5, d.lgs. n. 36/2023. Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di venticinque giorni ma sono ammesse abbreviazioni.

⁶¹ Art. 73, c. 6, d.lgs. n. 36/2023. Come già ricordato, ai sensi dell'art. 70, c. 7, d.lgs. n. 36/2023, le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate dal candidato o da un offerente che partecipa alle negoziazioni senza l'accordo di questi ultimi. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale, ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate

⁶² Art. 73, c. 7, d.lgs. n. 36/2023.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Quando le amministrazioni aggiudicatrici intendono concludere le negoziazioni, esse informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate. Successivamente, verificano che le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi prescritti e valutano le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione. Infine, aggiudicano l'appalto⁶³.

Le procedure competitive con negoziazione possono avere ad oggetto i contratti innovativi. Secondo la Commissione, tale procedura è adatta al caso in cui il mercato presenti soluzioni innovative non immediatamente disponibili e non adeguatamente conosciute dalla stazione appaltante. In tale caso, la procedura in questione permette all'acquirente pubblico di negoziare il miglioramento di elementi o condizioni della soluzione innovativa che risponda alle esigenze descritte nelle specifiche tecniche (come si è visto, da redigere in senso funzionale e non descrittivo)⁶⁴. La negoziazione è, dunque, sulle caratteristiche specifiche delle soluzioni da realizzare (aspetti tecnici, qualitativi, prezzo).

5.2. Dialogo competitivo: l'individuazione della soluzione innovativa per soddisfare un bisogno

Il dialogo competitivo è disciplinato dall'art. 30, dir. 2014/24/UE ed era già previsto dall'art. 29, dir. 2004/18/CE. La Commissione lo ha sempre proposto e consigliato per l'affidamento di contratti complessi, quali i contratti di partenariato pubblico – privato (PPP)⁶⁵. Nel diritto interno la definizione del dialogo competitivo e alla lett. i) del c. 1 dell'art. 3 dell'allegato I.1 del codice e la sua disciplina è dettata dall'art. 74⁶⁶.

⁶³ Art. 73, c. 8, d.lgs. n. 36/2023.

⁶⁴ Si confronti, Commissione Europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.1.1. Secondo la Commissione, per ottenere innovazioni mediante la procedura competitiva con negoziazione «è consigliabile ricorrere a requisiti funzionali o in materia di prestazioni, a criteri di attribuzione appropriati in termini di qualità e ad altri indicatori misurabili, nonché, infine, a una fase di prototipazione».

⁶⁵ Si veda, libro verde «relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni» del 30 aprile 2004.

⁶⁶ Nel d.lgs. n. 50/2016, la definizione del dialogo competitivo era all'art. 3 lett. vvv) e la sua disciplina era dettata dall'art. 64. In dottrina, tra gli altri: L. Carrozza e F. Fracchia, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla Direttiva 2004/18/CE*, in *www.giustamm.it*, 2004, n. 11; M. Clarich, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in Aa.Vv., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul partenariato pubblico-privato*, Retecamere, 2006; S. Vinti, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in *www.giustamm.it*, 2009, n. 2; G. Fidone, *Dalla rigidità della legge Merloni*

Il presupposto di tale procedura è un difetto informativo per l'amministrazione più ampio di quello che caratterizza la procedura competitiva con negoziazione poiché occorre compiere *ulteriori scelte a monte* della realizzazione del progetto⁶⁷. In particolare, in questo caso, l'Amministrazione ha un bisogno ma non ha le informazioni necessarie a individuare la soluzione migliore per realizzarlo e, a tale fine, si apre al dialogo.

Nell'anno 2022 il divario nell'utilizzo del dialogo competitivo tra l'Italia (49 casi) e gli altri Stati dell'Unione risulta rilevante solo nei confronti di Francia (465), Germania (135), Polonia (163), Olanda (214). Si tratta, comunque, di un divario molto più contenuto rispetto al caso della procedura competitiva con negoziazione, di cui si è già detto. Rispetto agli altri Stati, invece, il nostro Paese sembra abbastanza allineato⁶⁸. Tali dati dimostrano come, il dialogo competitivo sia, anche negli altri Paesi, una procedura non ordinaria e il suo utilizzo si giustifica per i soli casi di appalti di particolare complessità.

Ai sensi dell'art. 3 c. 1 lett. i) dell'allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023, esso è «una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte».

al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, n. 12, 3971-3989; F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016; F. Gaspari, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in *www.giustamm.it*, 2007, n. 3; F. Sciaudone, *Il dialogo competitivo tra diritto comunitario ed ordinamento italiano*, in *www.giustamm.it*, 2008, n. 1; R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli e R. Garofoli, Milano, Giuffrè, 2008; M. Ricchi, *Negoaction, Discrezionalità, Dialogo competitivo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*; F. Scaramuzza, *Il Dialogo competitivo*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 2019.

⁶⁷ Per Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.1., «La procedura competitiva con negoziazione risulta più adeguata quando l'acquirente pubblico sa che un tunnel a doppio senso di marcia deve essere costruito sotto il letto di un fiume nel quadro di un appalto pubblico di lavori finanziato dal bilancio interno. Le negoziazioni si concentreranno solamente sugli aspetti tecnici dei lavori, incluse le considerazioni riguardanti il prezzo e la qualità. Per contro, l'acquirente pubblico potrebbe far uso del dialogo competitivo per decidere se costruire un ponte o un tunnel (a unico o a doppio senso di marcia, sopra o sotto il letto di un fiume) nel quadro di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori, nonché per determinare se il finanziamento deve avvenire tramite i propri fondi o tramite fonti di finanziamento esterne».

⁶⁸ Nell'anno 2022, i casi di utilizzo del competitivo risultano 19 in Austria, 42 in Belgio, 25 in Spagna, 76 in Svezia, 77 in Norvegia, 35 in Danimarca, 44 in Irlanda, 28 in Grecia, 15 in Romania. Fonte: *Tenders Electronic Daily* (TED).

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

In attuazione del principio del *favor participationis*, qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare al dialogo in risposta ad un bando o avviso di indizione della procedura⁶⁹, nel quale stazioni appaltanti indicano le loro esigenze e i requisiti richiesti, il criterio di aggiudicazione, la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo⁷⁰. Secondo la stessa disposizione, l'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

A seguito delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, decide quali operatori economici invitare a partecipare al dialogo. Le stazioni appaltanti possono organizzare una consultazione con gli operatori economici selezionati sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo⁷¹.

Successivamente a tali attività preliminari, si avvia con i partecipanti selezionati il dialogo, finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto.

Secondo la regola generale che vale per tutte le negoziazioni, durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti e, a tal fine, non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri, secondo il modello già ricordato del *chinese wall*. La stazione appaltante prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità.

Dopo la chiusura del dialogo le stazioni appaltanti invitano ciascuno a presentare le loro offerte finali in base alla soluzione o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Le offerte contengono tutti gli

⁶⁹ Art. 3, c. 1, lett. i), dell'Allegato I.1 e art. 74, c. 1, del Codice. Ai sensi dell'art. 74, c. 2, del Codice, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

⁷⁰ Art. 74, c. 3, del Codice.

⁷¹ Art. 74, c. 4, del Codice. La stessa disposizione consente ai partecipanti selezionati, nei trenta giorni successivi alla conclusione della consultazione, di recedere dal dialogo. Le stazioni appaltanti possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità all'art. 70, c. 5, del d.lgs. n. 36/2023. Ai sensi dell'art. 74, c. 5, del Codice, il dialogo competitivo si può svolgere in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo, applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo. Nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo le stazioni appaltanti indicano se sceglieranno tale opzione.

elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Esse possono essere, su richiesta della stazione appaltante, chiarite, precisate e perfezionate⁷². Le precisazioni e i perfezionamenti non possono però avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

Le stazioni appaltanti valutano le offerte finali ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione già fissati nel bando o avviso di indizione della gara e così individuano il migliore offerente. Con tale soggetto, su richiesta della stazione appaltante possono essere condotte ulteriori negoziazioni al fine di confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto⁷³.

Come si è visto, il dialogo competitivo è finalizzato a colmare un ampio *deficit* informativo della stazione appaltante. Il suo presupposto è quello di un'amministrazione che ha una "necessità" ma non sa come soddisfarla e insatura un dialogo con i privati per individuare una o più "soluzioni" idonee a soddisfarla. Sulla base della soluzione individuata, vengono chiamate le offerte finali, a loro volta ancora negoziabili. I momenti di negoziazione con il privato, necessari per l'apprendimento dell'amministrazione sono molteplici e ripetuti, con il solo limite generale, che vale per tutte le procedure flessibili, del rispetto dei principi di non discriminazione e della *par condicio*, al fine di non falsare la concorrenza.

E' evidente il potenziale innovativo del dialogo competitivo, certamente più ampio di quello della procedura competitiva con negoziazione, dal momento che, in questo caso, non si tratta di innovare su soluzioni già in possesso della stazione appaltate ma di individuare nuove soluzioni innovative per bisogni dell'amministrazione che ancora non trovano risposta. Tale potenziale innovativo consiste nella «vasta gamma di soluzioni che i partecipanti possono proporre» e gli operatori economici, sulla base delle informazioni messe a disposizione dalla stazione appaltante, devono potere fornire una «soluzione innovativa personalizzata»⁷⁴. Il carattere innovativo può consistere in aspetti tecnici, finanziari o amministrativi, oppure nella completa riorganizzazione del processo operativo dell'acquirente pubblico.

⁷² Art. 74, c. 5, del Codice.

⁷³ Art. 74, c. 7, del Codice. La stessa disposizione precisa che però non deve aversi la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, affinché non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

⁷⁴ Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.1.2.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

5.3. Concorsi di progettazione: il potenziale innovativo nelle idee dei concorrenti

Un altro procedimento che si presta all'innovazione è quello dei concorsi di progettazione, come suggerisce la stessa Commissione europea⁷⁵. Tale istituto è regolato dall'art. 78, dir. 2014/24/Ue e dall'art. 46 del codice⁷⁶. Tale ultima disposizione opera un rinvio espresso, per quanto riguarda i settori ordinari, al capo II della dir. 2014/24/Ue e, per i settori speciali, al capo II della direttiva 2014/25/Ue.

La lettera l) dell'art. 3 c. 1 dell'allegato I.1 al codice definisce i concorsi di progettazione come procedure intese a fornire all'acquirente pubblico «un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi» in determinati settori quali l'architettura e l'ingegneria, il restauro e la tutela dei beni culturali, la pianificazione urbanistica (territoriale, paesaggistica, naturalistica, geologica), il verde urbano e il paesaggio, i sistemi di elaborazione dati, la messa in sicurezza e della mitigazione degli impatti idrogeologici e idraulici.

L'art. 46 del codice fa riferimento a due diverse tipologie di concorsi di progettazione: concorsi di progettazione nel settore dei lavori pubblici, da realizzarsi in appalto o concessione⁷⁷; concorsi di idee finalizzati all'acquisizione di una proposta ideativa da remunerare con il riconoscimento di un congruo premio⁷⁸. Tuttavia, pur non citati dall'art. 46, devono ritenersi ammissibili anche i concorsi di progettazione nel settore dei servizi⁷⁹, tanto per gli appalti che per le concessioni.

Il codice detta solo le modalità di svolgimento del concorso di progettazione relativo al settore dei lavori pubblici, che può svolgersi in una o due fasi ed è, comunque, finalizzato all'elaborazione di un progetto di fattibilità⁸⁰.

⁷⁵ Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.2.

⁷⁶ Nel d.lgs. n. 50/2016, i concorsi di progettazione erano regolati dal capo IV della parte II, agli artt. 152 e ss.

⁷⁷ Art. 46, c. 2, del Codice.

⁷⁸ Art. 46, c. 4, del Codice.

⁷⁹ I concorsi di progettazione nei servizi erano espressamente richiamati dall'art. 152 c. 1 lett. a) del d.lgs. 50/2016. Il nuovo Codice li presuppone nell'art. 76, c. 5, come caso che giustifica la procedura negoziata senza bando. Tale disposizione afferma che tale procedura è consentita «negli appalti pubblici relativi ai servizi quando l'appalto faccia seguito a un concorso di progettazione».

⁸⁰ Art. 46, c. 3, del Codice. Si confronti, Cons. Stato, «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», III – Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022.

Tale disciplina è richiamata per concorsi di idee finalizzati a proposte da premiare e deve ritenersi applicabile, in quanto compatibile, ai concorsi di progettazione nel settore dei servizi.

Tramite tali concorsi, l'amministrazione concede ai partecipanti al concorso un ampio margine di manovra per proporre la soluzione migliore alle esigenze descritte nel bando a cui rispondono. Proprio in tale libertà di azione dei privati, secondo la Commissione, sarebbe il potenziale innovativo dell'istituto. Anche questo istituto, dunque, presuppone l'ampliamento delle informazioni della pubblica amministrazione attraverso il confronto con i privati depositari delle informazioni, in questo caso, consistenti in un'idea.

Con il pagamento del premio le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquistano la proprietà del progetto vincitore, da utilizzare per soddisfare i propri fabbisogni⁸¹.

6. L'innovazione trasversale alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione del contratto: il partenariato per l'innovazione

Il partenariato per l'innovazione (*Innovation Partnership* – IP) è stato disciplinato dal considerando 49 e dall'art. 31, dir. 2014/24/UE e costituisce uno strumento altamente flessibile, finalizzato all'aggiudicazione di contratti innovativi. Nel diritto interno è disciplinato dall'art. 75 del codice⁸² ma i presupposti della sua utilizzabilità e alcuni principi sono posti dall'art. 70. Si tratta di uno strumento "specifico" per realizzare gli appalti per l'innovazione, che non può essere usato al di fuori di tale contesto (in ciò differenziandosi dalle procedure competitive con negoziazione e dal dialogo competitivo, che sono procedure generali e finalizzate ad aggiudicare gli appalti complessi, non specifiche per gli appalti per l'innovazione)⁸³.

Ai sensi dell'art. 70 del codice, le stazioni appaltanti possono utilizzare il partenariato per l'innovazione quando «quando l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture

⁸¹ Art. 46, c. 3, primo periodo, del Codice.

⁸² Nel d.lgs. n. 50/2016 il partenariato per l'innovazione era disciplinato dall'art. 65. Per i settori speciali, si confronti l'art. 49, dir. 2014/25/UE. In dottrina, tra gli altri, C. Chiariello, *Il partenariato per l'innovazione*, in *www.giustamm.it*, 2016, n. 2; S. Fantini, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. app.*, 2016, 956; F. Scaramuzza, *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, cit.; G.F. Licata, *Partenariati e innovazione*, in *www.giustamm.it*, 2017, n. 1; B. Veca, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici, Commento organico al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, cit., 223.

⁸³ Dir. 2014/24/UE, considerando 49.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

ture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato». La stessa disposizione prevede la condizione per la quale le forniture, servizi o lavori che risultano dal partenariato per l'innovazione devono corrispondere «ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti».

Si tratta, dunque, di uno strumento finalizzato a sviluppare un bene, servizio o lavoro innovativo e non ancora disponibile sul mercato, che corrisponda alle esigenze concrete della pubblica amministrazione procedente. Esso può essere utilizzato solo dopo l'esclusione che sia disponibile sul mercato una soluzione che già risponda alle stesse esigenze della stazione appaltante. Al fine della dimostrazione di questo presupposto, la stazione appaltante può procedere a studi del mercato, anche attraverso consultazioni di mercato. Attraverso tali studi, peraltro, le amministrazioni possono entrare in contatto con i fornitori delle soluzioni innovative potenzialmente migliori.

Il c. 5 dell'art. 75 fissa alcuni importanti principi che applicano il noto principio generale di proporzionalità. In primo luogo, la durata e il valore delle varie fasi, devono riflettere il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato. Inoltre, il valore stimato delle forniture, dei servizi o dei lavori non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo. In buona sostanza, dunque, l'adozione della procedura in questione e le attività necessarie per lo sviluppo dell'innovazione, che presentano indubbiamente complessità e onerosità, si possono giustificare solo se proporzionati, da un lato, alla portata innovativa della soluzione che si ricerca e, dall'altro lato, al valore stimato dell'oggetto innovativo ricercato.

La procedura si può suddividere in tre fasi.

Di seguito la disciplina del procedimento può distinguersi in tre fasi successive.

La prima fase è quella di "selezione". Tale fase prende avvio con la selezione dei *partner* con cui avviare la collaborazione e si conclude con l'aggiudicazione del partenariato.

In particolare l'amministrazione, in un bando o avviso di indizione di gara, identifica «l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta con quelli disponibili sul mercato». Indica altresì gli elementi dei prodotti, servizi o lavori innovativi identificati che definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Queste informazioni devono essere sufficientemente precise da permettere agli operatori economici di individuare la natura della soluzione richiesta e di decidere se

partecipare alla procedura⁸⁴. Il bando di gara, inoltre, identifica i criteri che compongono l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. In ultimo, indica un termine minimo di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione⁸⁵.

Qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione, fornendo gli elementi richiesti dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa. Sulla base della valutazione delle informazioni ricevute, applicando criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative, le amministrazioni selezionano i candidati.

Le amministrazioni aggiudicatrici, con la sola eccezione dei requisiti minimi e dei criteri di aggiudicazione che non sono soggetti a negoziazioni, negoziano le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, per migliorarne il contenuto. Non sono, invece negoziabili le offerte finali⁸⁶.

Le amministrazioni informano per iscritto tutti gli offerenti che partecipano delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate⁸⁷.

Nel caso del partenariato per l'innovazione con più operatori, secondo il principio generale stabilito dall'art. 70, c. 6, del codice, nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Ai sensi dell'art. 70, c. 7, esse non rivelano agli altri operatori le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un operatore nel quadro del partenariato, senza l'accordo dello stesso. Tale accordo

⁸⁴ Art. 75, c. 1, del codice. La Commissione europea ricorda che il bando di gara obbligatorio «deve contenere informazioni dettagliate sull'innovazione ricercata. Ciò garantisce che tutti gli operatori economici in grado di sviluppare e successivamente fornire la soluzione possano chiedere di partecipare al partenariato per l'innovazione». Secondo lo stesso documento, il bando di gara deve contenere «i criteri utilizzati per la selezione dei partner dotati delle migliori capacità per condurre attività di ricerca e sviluppo, nonché per realizzare su scala reale le soluzioni innovative (ad esempio, basandosi su prestazioni passate, referenze, composizione del team, strutture, sistemi di garanzia di qualità, ecc.)».

⁸⁵ Art. 75, c. 3, del codice.

⁸⁶ Art. 75, c. 6, del codice.

⁸⁷ Art. 75, c. 6, del codice.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla prevista comunicazione di informazioni specifiche.

L'amministrazione perviene così alla selezione della migliore offerta finale, secondo i criteri stabiliti dai documenti di gara. Si perviene, così alla selezione del *partner* o dei *partner* con i quali avviare il partenariato e con essi si stipula il contratto.

La seconda fase del partenariato per l'innovazione è quella della "ricerca e sviluppo". In questa fase, i *partner* selezionati dalle stazioni appaltanti sviluppano la nuova soluzione in collaborazione con l'acquirente pubblico⁸⁸. Se il partenariato per l'innovazione è istaurato con più operatori economici, ciascuno condurrà attività di ricerca e sviluppo separate

Tale fase può essere ulteriormente suddivisa, a sua volta, in fasi successive, previste per la valutazione di idee, per lo sviluppo di prototipi o per la verifica delle prestazioni rese dal *partner* innovativo. La struttura di tali fasi non è fissa ma tiene conto, nel caso concreto, della sequenza del processo di ricerca e innovazione (che può comprendere la fabbricazione dei prodotti, la prestazione dei servizi o anche la realizzazione dei lavori)⁸⁹. Sono fissati obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere ed è previsto il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

La terza fase del partenariato per l'innovazione è quella commerciale. In tale fase, i *partner* forniscono i risultati finali, ma solo se corrispondono ai livelli di prestazione e ai costi massimi concordati tra l'acquirente pubblico

⁸⁸ La Commissione europea, Comunicazione del 06 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3.4 suggerisce di prestare particolare attenzione alla redazione del contratto, inserendo particolari clausole a tutela della stazione appaltante ("*clausole di esecuzione*"). In particolare viene suggerito di prevedere clausole che consentano: di monitorare la qualità delle prestazioni mediante indicatori che consentano di misurare i livelli di conformità; di recedere dal contratto se gli obiettivi di prestazione tecnica, operativa o economica non vengono raggiunti; di recedere dal contratto se il mercato fornisce una soluzione alternativa e il partenariato per l'innovazione diventa superfluo; di assicurarsi che i diritti di proprietà intellettuale siano proporzionati all'interesse dell'acquirente pubblico nel conservarli, tenendo conto di esigenze future riguardanti l'adattamento, la modifica o il trasferimento dei processi relativi alla soluzione innovativa a un diverso acquirente pubblico; di garantire che il partenariato per l'innovazione (in particolare, la durata e il valore) rifletta il grado di innovazione della soluzione proposta.

⁸⁹ Art. 75, c. 5, del Codice, primo periodo.

e i *partner*. Si applica il regime dei diritti di proprietà intellettuale, come già definito nei documenti di gara.

Tale fase è regolata dal contratto già stipulato che prevede, appunto, anche la produzione e la fornitura all'amministrazione del bene o servizio innovativo⁹⁰. Da un lato, i fornitori che hanno sviluppato le soluzioni innovative devono essere, infatti, in grado di assicurare la realizzazione per l'acquirente pubblico. Dall'altro lato, il lavoro, prodotto o servizio deve essere fornito nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi concordati (ciò, tra l'altro, esclude la necessità di una ulteriore procedura d'appalto distinta per l'acquisto)⁹¹.

In conclusione, il partenariato per l'innovazione è uno strumento che consente agli acquirenti pubblici di istituire una *partnership* al fine di sviluppare e successivamente acquistare una nuova soluzione innovativa.

L'elemento principale che contraddistingue i partenariati per l'innovazione dalle altre procedure di aggiudicazione consiste nel fatto che il processo innovativo si verifica durante l'esecuzione del contratto stesso, a valle della selezione del *partner*. Attraverso la procedura in questione, l'acquirente pubblico entra in contatto con i fornitori di soluzioni innovative richiedendo ad essi di sviluppare le soluzioni innovative in grado di soddisfare il proprio fabbisogno. A tale fine, le esigenze della stazione appaltante devono essere descritte con precisione e condivise con i potenziali offerenti di innovazione.

Nelle altre procedure flessibili, invece, al momento dell'aggiudicazione l'acquirente pubblico conosce esattamente cosa acquista. Il processo di innovazione ha luogo nella fase pre-contrattuale e termina generalmente con la stipula del contratto, quando vengono concordate le caratteristiche esatte della soluzione. Ad esempio, nel dialogo competitivo, la ricerca dell'innovazione avviene nella fase del dialogo ma, concluso il dialogo stesso, la pubblica amministrazione ha definito con precisione quale bene o servizio comprare.

⁹⁰ La Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3.4, richiama l'attenzione su questo aspetto, ovvero sull'assenza di una procedura di appalto distinta per l'acquisto di volumi commerciali di prodotti o servizi finali risultanti dal partenariato. Ciò, infatti, potrebbe presentare il rischio della violazione dei principi dell'UE in materia di aiuti di Stato. Per garantire che gli acquirenti pubblici non utilizzino i partenariati per l'innovazione in modo da impedire, limitare o falsare la concorrenza, la dir. 2014/24/UE, in particolare l'art. 31 sui partenariati per l'innovazione, stabilisce norme volte a garantire che un partenariato per l'innovazione sia aperto, trasparente, non discriminatorio e competitivo. Il tema è ripreso in via generale nel cap. 5 dello stesso documento.

⁹¹ Dir. 2014/24/UE, considerando 49.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

È quindi importante che il partenariato per l'innovazione sia strutturato in modo tale da poter creare la necessaria “domanda di mercato”, ossia che sia in grado di incentivare lo sviluppo di una soluzione innovativa senza precludere l'accesso al mercato stesso⁹².

7. L'innovazione attraverso i modelli contrattuali: appalti di servizi di ricerca e sviluppo – R&S

Sino ad ora si sono considerate dapprima le procedure di aggiudicazione flessibili che si prestano a ricercare l'innovazione e, di seguito, il partenariato per l'innovazione, nel quale l'innovazione è ricercata tanto nell'affidamento flessibile del contratto che nella sua esecuzione, altrettanto flessibile.

Esistono, tuttavia, anche peculiari modelli contrattuali di appalti innovativi, che hanno loro contenuto e discipline peculiari. Tali contratti possono essere aggiudicati con procedure flessibili ma anche con procedure tradizionali, a seconda dei casi.

Il primo caso è quello dei c.d. appalti di servizi di ricerca e sviluppo – R&S, utile quando la l'amministrazione abbia bisogno di una «soluzione innovativa personalizzata»⁹³.

L'art. 14, dir. 2014/24/UE «Servizi di ricerca e sviluppo» afferma che «La presente direttiva si applica solamente ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo identificati con i codici CPV da 73000000-2 a 73120000-9,

⁹² Dir. 2014/24/UE, considerando 49. Si confronti anche Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3.4. Tale documento riferisce che «dall'introduzione del partenariato per l'innovazione ai sensi della direttiva 2014/24/UE sono state pubblicizzate decine di progetti in tutta l'UE. Diversi tipi di organismi pubblici si sono avvalsi di questa procedura, dai ministeri e dalle agenzie pubbliche agli enti locali. Le esigenze affrontate sono varie e coinvolgono diversi tipi di settori e industrie. In tutti i casi, la ricerca di mercato condotta dagli acquirenti aveva dimostrato che nessuna soluzione esistente era in grado di soddisfare le esigenze». Sono poi riportati alcuni esempi di applicazione: la sede dello stadio olimpico di Helsinki (con oggetto un *design* innovativo per le sedute dello Stadio); l'acquisizione di convogli innovativi ad altissima velocità da parte della ferroviaria francese SNCF, *Erhvervsstyrelsen, Albertslund Kommune, Esbjerg Kommune, Frederiksund Kommune* (appalto congiunto tra alcune autorità locali e la Danimarca per lo sviluppo di un sistema di soluzioni innovative per prevenire o attenuare la disidratazione delle persone con più di 65 anni).

⁹³ Si confronti, Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3. Tale necessità può sorgere «qualora il mercato non dovesse presentare una soluzione soddisfacente oppure in casi in cui risulta improbabile che l'adattamento delle soluzioni esistenti possa rispondere a determinate esigenze».

73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5, purché siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice». Disposizioni analoghe all'art. 14, dir. 2014/24/UE, sono riprodotte anche all'art. 25, dir. 2014/23/UE (direttiva concessioni) e all'art. 32, dir. 2014/25/UE (direttiva settori speciali).

Il codice di cui al d.lgs. 36/2023 disciplina l'istituto all'art. 135, c. 1, che, per quanto riguarda le tipologie di servizi a cui questo tipo di contratto è applicabile, fa riferimento all'allegato II.19⁹⁴. Lo stesso art. 135 c. 1 non fa altro che riprodurre le medesime due condizioni di cui all'art. 14, dir. 2014/24/UE.

Si tratta, dunque, di contratti di servizi dedicati alla ricerca e allo sviluppo di soluzioni innovative. Devono tuttavia ricorrere le due prescrizioni indicate.

Da un lato, i risultati del contratto devono appartenere esclusivamente alla stazione appaltante, per essere destinati all'esercizio della propria attività. Ciò vuol dire che l'acquirente pubblico riserva al suo uso esclusivo tutti i risultati e i benefici dello sviluppo, compresi i diritti di proprietà intellettuale. Le imprese che sviluppano il prodotto o servizio non possono riutilizzare i risultati per altri potenziali clienti, il che si traduce di norma in un prezzo più elevato⁹⁵.

Dall'altro lato, la prestazione del servizio deve essere interamente retribuita dalla stazione appaltante. Si tratta, dunque, di un appalto di servizi retribuito dalla stazione appaltante che si approprierà del risultato innovativo raggiunto.

Il contratto in questione non comprende la produzione e la fornitura all'amministrazione dell'oggetto innovativo cui la ricerca o lo sviluppo sono pervenuti. Il risultato del processo di ricerca e sviluppo può servire alla preparazione delle specifiche tecniche necessarie per il successivo contratto (di lavori, servizi o forniture) volto alla realizzazione della soluzione innovativa⁹⁶.

⁹⁴ L'Allegato II.19 riproduce l'elencazione dei servizi di ricerca e sviluppo elencati dalla Direttiva e che, in precedenza erano indicati dall'art. 158, d.lgs. n. 50/2016.

⁹⁵ Così Commissione europea, COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, pag. 6. Secondo la stessa Commissione, ci sono casi nei quali lo sviluppo esclusivo può essere giustificato: ad esempio, quando l'acquirente pubblico ha bisogno di disporre di diritti esclusivi sui risultati dei progetti (ad es.: in settori legati alla difesa o alla sicurezza che esigono la segretezza dei risultati) o quando l'acquirente pubblico è il solo cliente interessato (ad es.: sviluppo di attrezzature molto speciali, specifiche del cliente).

⁹⁶ Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n.2021/C 267/01, cap. 4.2.3.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Più precisamente, in tale modello contrattuale, l'acquirente pubblico conserva i diritti di proprietà intellettuale dell'oggetto della ricerca e sviluppo e può decidere di realizzare la soluzione innovativa derivante dal processo di ricerca. In tal caso, le specifiche tecniche di qualsiasi procedura di appalto pubblico successiva possono basarsi sul risultato del contratto di ricerca e sviluppo. È, tuttavia, possibile che l'acquirente pubblico decida di concedere in licenza i nuovi diritti di proprietà intellettuale a terzi, a titolo oneroso o anche gratuito, con l'obiettivo di stimolare ulteriormente l'innovazione (ad esempio, i termini della licenza potrebbero prevedere che qualsiasi ulteriore innovazione fondata su tali diritti di proprietà intellettuale sia messa a disposizione di altri terzi a titolo gratuito).

A tale tipologia di appalti, dunque, si applicano il diritto contenuto nelle direttive europee di settore e, per quanto riguarda il diritto interno, il codice dei contratti pubblici.

Un caso diverso, che si discosta dalla previsione di cui all'art. 14, dir. 2014/24/UE (e dall'art. 135, c. 1, d.lgs. n. 36/2023 che lo recepisce), è quello in cui l'acquirente pubblico decida di non riservare a proprio uso esclusivo tutti i benefici che risultano dalla ricerca e sviluppo (tra cui i diritti di proprietà intellettuale). In tale caso, saremmo fuori dall'ambito di applicazione della previsione dell'art. 14 della direttiva e, conseguentemente, fuori dall'applicazione della stessa e dal codice interno. Peraltro, se l'acquirente pubblico decide di non conservare i diritti di proprietà intellettuale derivanti dal contratto di ricerca e sviluppo e di lasciarli (totalmente o parzialmente) al privato-innovatore, le specifiche tecniche che sono alla base della procedura volta all'individuazione di tale soggetto devono chiarire la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale.

7.1. Appalto pre-commerciale (pre-commercial procurement, PCP).

Tra i contratti di ricerca e sviluppo diversi dalla tipologia delineata dall'art. 14 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 135, c. 1, d.lgs. n. 36/2023 vi sono i c.d. appalti pre-commerciali. Essi sono contratti non assoggettati alla direttiva e al codice dei contratti pubblici e, dunque, rientrano tra i contratti c.d. *esclusi*.

I contratti pre-commerciali non sono contemplati dalla dir. 2014/24/UE ma sono previsti dal secondo c. dell'art. 135 di cui al d.lgs. n. 36/2023⁹⁷. Si tratta di un contratto della famiglia dei contratti di servizi di ricerca

⁹⁷ La stessa disposizione era contenuta nell'art. 158, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, che richiama espressamente la comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del

e sviluppo ma con proprie caratteristiche che lo differenziano dai contratti di cui al c. 1 dell'art. 135 e, conseguentemente, lo portano ad essere escluso dalla disciplina del codice.

Tuttavia, per espresso richiamo dell'art. 135, c. 2, a tale tipologia di contratti, dovranno essere applicati (tanto nella selezione del contraente che nell'esecuzione) i principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del codice, ovvero i noti principi di risultato, fiducia e accesso al mercato.

I contratti pre-commerciali, (come anche gli altri contratti di ricerca e sviluppo) sono finalizzati ad individuare (anche attraverso la realizzazione di prototipi) soluzioni innovative e non ancora presenti sul mercato, atte a soddisfare l'esigenza previamente individuata. Può trattarsi di attività che vanno dalla ricerca, all'elaborazione di soluzioni, alla messa a punto di prototipi fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di primi prodotti o servizi in forma di serie sperimentali. E', dunque, definito pre-commercialiale perché è il presupposto di futuri acquisti delle soluzioni innovative individuate, quando siano rese commercialmente disponibili.

14 dicembre 2007. Secondo tale documento, tra gli esempi di "soluzioni innovatrici e rivoluzionarie" emerse da appalti di R&S, cita la tecnologia IP (*Internet Protocol*), il GPS (*Global Positioning System*), il calcolo ad alte prestazioni e innovazioni fondamentali nella tecnologia dei semiconduttori, gli appalti di R&S riguardanti il trattamento dell'inquinamento dei suoli o la diagnosi del morbo di Alzheimer. Essi hanno permesso alle autorità pubbliche degli Stati Uniti di creare nuovi mercati per applicazioni delle biotecnologie e delle nanotecnologie. Nei settori dell'energia e dell'ambiente, le istituzioni pubbliche degli Stati Uniti e del Giappone hanno ridotto sensibilmente il costo delle stazioni di ricarica delle pile a combustibile tramite appalti di R&S. Si confronti anche il documento della Commissione europea *Appalti pre-commerciali*, (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/pre-commercial-procurement>) che contiene un elenco di esempi di PCP di successo e promuove una "iniziativa europea di assistenza agli appalti per l'innovazione".

Lo stesso documento lamentava che gli appalti per servizi di ricerca e sviluppo (compresi gli appalti pre-commerciali) in Europa fossero poco utilizzati. Secondo la stessa Commissione, in quegli anni il settore pubblico degli Stati Uniti spendeva cinquanta miliardi di dollari all'anno per gli appalti di R&S, una somma venti volte superiore a quella spesa in Europa e che rappresentava quasi la metà della differenza complessiva in termini di investimenti in R&S tra gli Stati Uniti e l'Europa. Tale differenza sarebbe in parte spiegabile per il divario nei bilanci per la difesa e per la ricerca spaziale. Tuttavia, negli Stati Uniti la spesa per appalti di ricerca e sviluppo sarebbe quattro volte superiore nei settori pubblici diversi dalla difesa e dalla ricerca spaziale, quali la salute, l'energia, l'istruzione e l'ambiente.

La Commissione è, peraltro, tornata ad occuparsi del tema nella Comunicazione – 06 luglio 2021, n.2021/C 267/01, cap. 4.2.3.2. In dottrina, A. Blasini, *Prime riflessioni in tema di appalto pre-commerciale*, in *federalismi.it*, 9 ottobre 2016; L. Cicalini, *La disciplina degli affidamenti aventi ad oggetto i servizi di ricerca e sviluppo*, in *Italiappalti.it*; M.C. Colombo, *Appalti nei servizi sociali, specifici e di ricerca e sviluppo*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, cit.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Le caratteristiche che distinguono gli appalti pre-commerciali dagli altri contratti di ricerca e sviluppo sono tre⁹⁸. In primo luogo, essi devono essere destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice deve utilizzare i risultati conseguiti dal contratto nell'esercizio della propria attività; in secondo luogo, la prestazione del servizio non deve essere interamente retribuita dalla stazione appaltante; in terzo luogo, l'esigenza che giustifica il ricorso al contratto pre-commerciale non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato.

In buona sostanza, i contratti in questione prevedono che l'acquirente pubblico non riserva al suo uso esclusivo tutti i benefici derivanti dall'appalto di servizi di ricerca e sviluppo⁹⁹, ma concede i nuovi diritti di proprietà intellettuale derivanti dal contratto agli operatori economici, conservando il diritto di utilizzare per le proprie esigenze i risultati della ricerca e dello sviluppo. Dunque, egli condivide i rischi e i benefici della ricerca e sviluppo con i fornitori di servizi, in modo che entrambe le parti abbiano interesse a promuovere un'ampia commercializzazione e adozione delle nuove soluzioni.

Ciò giustifica l'affidamento di questo contratto in ossequio ai soli principi generali posti dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice «nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato». All'aggiudicazione di tali contratti si applicano solamente tali principi e non l'intera disciplina del codice¹⁰⁰.

⁹⁸ Art. 135, c. 2, lett. a), b) e c), del Codice. L'art. 135, c. 2, del d.lgs. 36/2023 afferma anche che gli appalti pre-commerciali devono rispettare «le condizioni delle lettere a) e b) del c. 1» (ovvero le caratteristiche degli appalti di ricerca e sviluppo che ne determinano l'assoggettamento alla direttiva e conseguentemente, li rendono inclusi nel Codice. Tali condizioni, peraltro, sono specularmente opposte rispetto a quelle proprie degli appalti pre-commerciali, descritte dall'art. 135 c. 2, lett. a) e b) e ne contraddicono la stessa logica. Lo stesso richiamo non era presente nell'art. 158, c. 2, del d.lgs. 50/2016. Si deve, dunque, ritenere che si tratti di un refuso da correggere quanto prima.

⁹⁹ Secondo la Commissione europea, COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, «lo sviluppo esclusivo può ostacolare l'innovazione. La concessione di diritti esclusivi all'acquirente pubblico priva le imprese di incentivi ad investire nella successiva commercializzazione. Il prezzo elevato della proprietà esclusiva dei risultati di un progetto riduce l'incentivo dell'acquirente pubblico a condividere i risultati con altri potenziali acquirenti pubblici». Ciò può comportare: «frammentazione del mercato», «ostacoli all'aggiudicazione di appalti per soluzioni concorrenti», «opportunità perse di ottenere soluzioni più innovative».

¹⁰⁰ Tuttavia, la Commissione europea, COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, avverte che gli appalti in questione debbano essere competitivi, al fine di evitare gli aiuti di Stato. La procedura di affidamento dovrebbe essere, dunque, organizzata in modo da garantire il massimo di concorrenza, trasparenza, apertura, correttezza, con fissazione dei prezzi

Secondo la Commissione¹⁰¹ l'oggetto del contratto di appalto pre-commerciale rientra in una o più categorie di attività di ricerca e sviluppo (ricerca fondamentale, ricerca industriale, sviluppo sperimentale). Tale contratto deve essere di durata limitata e, può svolgersi per fasi successive, può includere lo sviluppo di prototipi o di quantità limitate di primi prodotti o servizi sotto forma di serie sperimentali.

L'acquisto di quantità commerciali dei prodotti o servizi innovativi che risultano dalla ricerca e sviluppo non deve formare l'oggetto del medesimo contratto. Esso è *pre-commerciale*, come si è già detto, poiché è il prodromo di futuribili acquisti delle soluzioni innovative sviluppate, quando siano commercialmente disponibili. Tuttavia il contratto può includere l'acquisto di prototipi e/o di quantità limitate di prodotti o servizi finali sviluppati durante l'appalto pre-commerciale.

L'amministrazione può successivamente integrare gli insegnamenti tratti dall'appalto pre-commerciale nei documenti di gara di un appalto successivo (ad esempio, un PPI, di cui si discuterà nel successivo paragrafo) che deve sempre essere non discriminatorio per consentire la partecipazione di tutti gli operatori economici.

Osserva ancora la Commissione che, grazie agli appalti pre-commerciali è inoltre possibile ridurre il tempo di commercializzazione. Nelle specifiche circostanze della procedura di appalto, gli operatori economici hanno l'opportunità di sviluppare e testare le proprie soluzioni innovative per un periodo di tempo determinato. Tale esperienza risulta vantaggiosa sia per gli acquirenti che per i fornitori: gli acquirenti hanno la possibilità di entrare in stretto contatto con gli operatori del mercato, mentre i fornitori possono ottenere una risposta tempestiva da parte dei clienti sul potenziale innovativo della soluzione proposta in circostanze reali. Si tratta di una possibilità particolarmente interessante per le *start-up* innovative, le *scale-up* o le PMI desiderose di ricevere le prime referenze da parte di potenziali clienti.

Sul fronte interno, nella vigenza del primo codice di cui al d.lgs. n. 163/2006 (che regolava il PCP all'art. 6, c. 7 lett. *b*), era intervenuta anche ANAC, con il comunicato del Presidente del 9 marzo 2016. Vale la pena sottolineare che, a dimostrazione della diffidenza nazionale verso le procedure

alle condizioni di mercato. Infatti, «se la condivisione dei rischi e dei benefici non avviene alle condizioni di mercato e se il prezzo pagato per i servizi forniti è più elevato del prezzo di mercato, si riterrà di norma che si è in presenza di un aiuto di Stato, il quale deve essere notificato e valutato dalla Commissione ai sensi degli articoli 87 e 88 del trattato CE e della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione».

¹⁰¹ Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3.2.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

flessibili, tale documento si pone in atteggiamento *difensivo* del codice, dal momento che è finalizzato ad evitare un uso distorto del PCP e ad individuare tutte quelle situazioni in cui tale uso possa costituire una fuga ingiustificata dal Codice medesimo. Dunque, l'unico documento dell'Autorità in tema di PCP non è finalizzato a promuoverne l'utilizzo ed a valorizzarne le caratteristiche bensì a darne una interpretazione restrittiva, sottolineandone l'eccezionalità rispetto all'applicazione delle norme del Codice.

L'ANAC ha ribadito la riconducibilità del PCP nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo definiti come «quei servizi che consistono in un progresso scientifico ottenuto nei vari campi delle scienze naturali o sociali nelle tre aree della ricerca e sviluppo, ovvero: ricerca di base, ricerca applicata e sviluppo sperimentale». Per la stessa Autorità i servizi di R&S sono svolti per il raggiungimento di uno scopo «obiettivamente e intrinsecamente aleatorio» (non deve sussistere certezza dell'effettiva riuscita della ricerca) e «non possono essere diretti alla realizzazione di soluzioni la cui ripetibilità è assicurata dall'esistenza di soluzioni offerte dal mercato già prima dell'indizione della gara; essi devono essere rivolti, infatti, allo sviluppo di una soluzione non disponibile o non pienamente disponibile sul mercato». Conclude che con l'appalto pre-commerciale «la ricerca è mirata a un progetto altamente innovativo, più difficile da gestire rispetto a situazioni nelle quali l'elemento della innovatività è presente ma assai limitato».

7.2. Appalti di forniture di ricerca e sviluppo e loro aggiudicazione con procedura negoziata senza bando

Affine al contratto di servizi di ricerca e sviluppo, di cui sino ad ora si è trattato, è l'appalto di forniture di ricerca e sviluppo, che ha ad oggetto l'acquisto di prototipi o dei primi prodotti completi messi a punto in seguito ad attività di ricerca e sviluppo, il loro collaudo e valutazione per selezionare l'opzione migliore prima dell'acquisto finale su larga scala¹⁰². Tale acquisto

¹⁰² La Commissione europea, Comunicazione del 06 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.2.3.3. porta l'esempio degli acquisti di apparecchiature del CERN (*Conseil européen pour la recherche nucléaire*). Secondo la Commissione, «in ogni nuovo aggiornamento dei suoi acceleratori, i requisiti e le prestazioni sono più impegnativi e spingono i fornitori al limite. Inoltre in alcuni casi il mercato è troppo limitato per investire nella produzione di volumi ridotti di forniture altamente sofisticate e all'avanguardia. Ciò induce il CERN a progettare i propri prototipi e a collaborare strettamente con i suoi fornitori». Per lo stesso documento, «l'esito di questo tipo di collaborazione ha anche un'importante contropartita commerciale per i fornitori. Da uno studio relativo all'appalto e alla stipula dei contratti per il grande collisore di adroni (LHC) sono emersi i chiari vantaggi per i fornitori del CERN: circa il 38 %

può avvenire di regola tramite qualsiasi procedura di appalto pubblico¹⁰³. Ricorrendo alcune condizioni, tuttavia, può essere utilizzata la procedura negoziata senza bando.

L'art. 32, par. 3, lett. a), dir. 2014/24/UE prevede che «nel caso degli appalti pubblici di forniture, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti: a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; tuttavia, gli appalti aggiudicati in forza della presente lettera non comprendono la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo». Si tratta di un'eccezione specifica che autorizza l'impiego di una procedura negoziata senza pubblicazione per l'appalto di forniture di ricerca e sviluppo. I prodotti o i servizi oggetto dell'appalto devono essere forniti puramente a scopo di ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo e il contratto non comprende la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo. La disposizione è stata recepita nel diritto interno dall'art. 76, c. 4, lett. a) del codice¹⁰⁴.

La procedura negoziata senza bando costituisce un procedimento utilizzabile solo in casi limitati e residuali, tassativamente previsti dalla legge, nei quali è ammessa l'aggiudicazione attraverso negoziazione senza la preventiva pubblicazione di un bando di gara. Probabilmente, tale procedura negoziata senza pubblicazione potrebbe essere impiegata per acquistare una quantità limitata di forniture sviluppate durante un appalto pre-commerciale. Nel primo atto della procedura occorre dare adeguata motivazione della sussistenza dei relativi presupposti.

Il codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 ha espressamente previsto che tale motivazione debba essere resa in relazione alla «specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano» e che avvenga nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 dello stesso codice, ovvero risultato, fiducia e accesso al mercato¹⁰⁵.

Quanto alle concrete modalità di svolgimento, l'art. 76, c. 6, del codice prevede che, ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori

di loro aveva sviluppato nuovi prodotti, il 44 % aveva migliorato l'apprendimento tecnologico e il 60 % aveva acquisito nuovi clienti grazie a contratti con il CERN».

¹⁰³ Si confronti, Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n.2021/C 267/01, cap. 4.2.3.2.

¹⁰⁴ Analoga disposizione era contenuta nell'art. 63, c. 3, lett. a), del Codice.

¹⁰⁵ Art. 76, c. 1, d.lgs. n. 36/2023.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

economici da consultare sulla base di «informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato». La stessa disposizione richiama il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza e richiede che vengano selezionati «almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei»¹⁰⁶.

Su tale base, l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 108 del codice. Deve, inoltre, verificare che il possesso, in capo del soggetto privato, dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione¹⁰⁷.

7.3. L'appalto pubblico di soluzioni innovative (Public Procurement of Innovative Solutions-PPI): l'amministrazione come utilizzatore precoce (early adopter)

Un'altra tipologia di appalto innovativo è il *Public Procurement of Innovative Solutions (PPI)*, ovvero l'appalto pubblico di soluzioni innovative, che ricorre quando acquirenti pubblici agiscono sul mercato come utilizzatori precoci (*early adopter*) di soluzioni innovative non ancora commercializzate su larga scala¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Art. 76, c. 6, d.lgs. n. 36/2023. A tale procedura erano dedicate le linee guida ANAC n. 8. La precedente disposizione di cui all'art. 63 c. 7 prevedeva che gli operatori da consultare fossero almeno cinque. Inoltre, veniva fatto espresso riferimento anche al principio di rotazione. Nella disposizione attuale, il numero dei soggetti da consultare scende a tre e non c'è menzione del principio di rotazione. Si tratta, evidentemente, di un'applicazione del principio della fiducia finalizzata al risultato, che valorizza le capacità di scelta della stazione appaltante.

¹⁰⁷ Art. 76, c. 7, del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁰⁸ Si confronti il documento della Commissione europea Appalti pubblici per le soluzioni innovative, (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ppi>) che contiene un elenco di contratti PPI finanziati dall'Unione Europea e promuove una "iniziativa europea di assistenza agli appalti per l'innovazione". Per tale documento, il PPI consiste in tre fasi: il primo passo «è formare una massa critica di potere d'acquisto dal lato della domanda (un acquirente sufficientemente grande o diversi acquirenti più piccoli in un gruppo di acquirenti)»; il secondo momento è quello in cui «i committenti annunciano tempestivamente le esigenze di innovazione (con le funzionalità/prestazioni richieste ed eventualmente anche i requisiti di prezzo). Esprimono l'intenzione di acquistare una massa critica di prodotti innovativi se l'industria riesce a immetterli sul mercato con i requisiti di prezzo/qualità predefiniti entro una data specifica». La terza fase è «l'effettivo appalto pubblico delle soluzioni innovative attraverso una delle procedure di appalto pubblico esistenti (ad esempio procedura aperta/negoziata, dialogo competitivo, ecc.)».

Non siamo quindi nell'ambito dei contratti ricerca e sviluppo (R&S) ma nello stadio successivo della prima utilizzazione di una soluzione innovativa già individuata.

Il PPI può essere, ad esempio, complementare al *Pre-Commercial Procurement* (PCP), poiché può consentire l'implementazione su larga scala di soluzioni che sono state sviluppate in piccole quantità in un PCP precedente. Il PPI può però anche essere utilizzato in modo indipendente, per portare sul mercato soluzioni innovative che non derivano dalla R&S, quali ad esempio quelle che riguardano l'innovazione organizzativa o di processo.

Il PPI può dunque contribuire a modernizzare i servizi pubblici con soluzioni di qualità superiore e più efficienti in termini di costi. Può, inoltre, promuovere un nuovo mercato particolare per soluzioni innovative, aiutando le aziende innovative a raggiungere economie di scala per far crescere il volume d'affari.

Nel codice dei contratti pubblici vigente questo contratto non è previsto e, conseguentemente, non ci sono regole speciali per il suo affidamento e per l'esecuzione, dovendosi fare ricorso a quelle generali. È chiaro che anche tale modello contrattuale non si presta ad essere aggiudicato con procedure rigide essendo più adatte quelle flessibili¹⁰⁹.

Quanto alla fase esecutiva, nella prassi sono previste speciali clausole contrattuali che regolano la peculiarità del rapporto.

8. I contratti di partenariato pubblico privato – PPP e l'iniziativa privata

Con il termine partenariato pubblico privato (*public private partnership* o PPP) si fa riferimento a contratti, alternativi all'appalto tradizionale, stipulati tra la pubblica amministrazione e un privato operatore economico al fine di realizzare un'opera pubblica o di erogare un servizio. Si tratta, peraltro, di una categoria dai contorni problematici, che nel diritto interno è stata oggetto di continui interventi del legislatore che ne hanno reso la disciplina instabile e controversa¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ai fini dell'affidamento di un PPI, AgID consiglia espressamente l'utilizzo della procedura competitiva con negoziazione, del dialogo competitivo o del partenariato per l'innovazione (si confronti, <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/appalti-innovativi/procedure>).

¹¹⁰ In dottrina, tra i moltissimi contributi: A. Di Giovanni, *Il Contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, in *Dir. econ.*, 187 ss.; A. Moliterni, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. Italiana per le Scienze giuridiche*, 2016, n. 7, 331 ss.; B. Raganelli, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Amministrazione in Cammino*, 27 febbraio 2017, 1 ss.; C. Guccione,

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Da ultimo, il d.lgs. n. 36/2023 ha ridefinito i PPP all'art. 174, traendo spunto da quanto affermato dalla Commissione europea¹¹¹.

I rapporti devono essere di lunga durata e investono un soggetto pubblico e un soggetto privato, implicando una collaborazione tra i due partner su vari aspetti di un certo progetto (quali ad esempio, la progettazione, la realizzazione, la gestione).

Il finanziamento del progetto deve essere, almeno in parte, proveniente da un soggetto privato. Ciò vuol dire che nel PPP il soggetto privato si fa carico, con mezzi propri oppure a mezzo dell'indebitamento con le banche, del costo della realizzazione dell'opera o almeno di parte di esso. Successivamente, dovrà recuperare l'investimento iniziale in fasi successive alla realizzazione (ad esempio, nel caso della concessione, con la gestione dell'opera realizzata o del servizio).

Nei contratti di PPP il rischio dell'intervento da realizzarsi, ovvero il rischio di fallimento dell'operazione imprenditoriale, deve essere contrattualmente trasferito sul privato, completamente o, almeno, parzialmente,

Partenariato pubblico privato e contraente generale, in *Codice degli appalti e delle concessioni. Il d.lgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, a cura di C. Contessa e D. Crocco, Roma, DEI, 2017; F. Fabi, R. Loiero e F.S.E. Profiti, *Il partenariato pubblico privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Roma, Dike giuridica, 2015; F. di Cristina, *Il partenariato pubblico privato, quale archetipo generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 4; F. Mastragostino (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011; G. Fidone, *Il partenariato pubblico privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in *Dir. econ.*, 2016, 381 ss.; M. Ceruti, *Il Partenariato Pubblico-privato nella riforma del codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?* in *Riv. trim. app.*, 2017, 575 ss.; M. Ricchi, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2016, n. 3, 30 ss.; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2016; R. Dipace, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Giustamm*, 2008; R. Dipace, *Partenariato Pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; S. Amorosino, *Il partenariato pubblico privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo n.56/2017)*, in *Urb. app.*, 2017, 616 ss.; V. Bonfanti, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Amministrazione in Cammino*, 20 luglio 2016; V. F. Di Cristina, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016.

¹¹¹ Commissione europea, Libro verde «relativo ai partenariati pubblico – privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», 2004. Tale libro verde prevede anche la forma del PPP *istituzionalizzato*, ove il partner pubblico e il partner privato creano un soggetto giuridico *ad hoc* al quale entrambi partecipano (es. una società a capitale misto), preposto a intraprendere l'operazione. Si confronti anche Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008, (COM 2007, 6661).

senza che siano ammesse forme di soccorso pubblico. Se non c'è trasferimento del rischio, almeno parziale, a carico del privato, il contratto non può essere considerato un PPP o una concessione, ma deve essere qualificato come appalto tradizionale.

La disciplina attualmente vigente di questi contratti è dettata dagli artt. 174 ss. del codice, che ne fornisce la definizione e le caratteristiche generali. Un elenco non tassativo, rimanendo la loro caratteristica l'atipicità, è dato dall'art. 174, c. 3, del codice. In virtù di quanto disposto dall'art. 174, c. 3, del codice, la disciplina concreta dei PPP rinvia a quella delle concessioni di lavori e servizi, che a sua volta deriva dalla direttiva concessioni 2014/23/Ue. Alcune disposizioni speciali, per talune tipologie di PPP (locazione finanziaria, contratto di disponibilità, contratti di rendimento energetico, ecc.) sono dettate dagli artt. 196 ss. del codice.

Si tratta dunque, di una famiglia di contratti a contenuto flessibile, da adattarsi al caso concreto che, per differenziarsi dagli appalti, deve avere le caratteristiche generali sopra indicate.

La possibilità che i contratti di PPP possano avere ad oggetto un contenuto innovativo ricorre essenzialmente quando essi sono avviati su iniziativa di un privato, secondo il modello della c.d. finanza di progetto (*project financing*) di cui all'art. 193 del codice¹¹². Ai sensi dell'art. 198, c. 1, del codice, le proposte di finanza di progetto, in alternativa alla concessione, possono riguardare tutti i contratti di PPP.

In tale caso, l'iniziativa potrebbe scaturire da un promotore–innovatore e la proposta presentata alla pubblica amministrazione potrebbe avere conte-

¹¹² Sulla finanza di progetto, tra gli altri: *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; G. Fidone, *Aspetti giuridici della Finanza di progetto*, Luiss University press, 2006; G. Fidone e B. Raganelli, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, con la collaborazione di G. Fidone e G. Fonderico, Torino, Giappichelli, 2010, 737 ss.; L. Chiara, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, in *GiustAmm. it*, 2016, 6; E. Parisi, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1483 ss.; R. Dipace, *La finanza di progetto, in I contratti con la pubblica amministrazione. Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli), a cura di C. Franchini, Torino, Giappichelli, 2007; G. Fidone, *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del promotore nel c.d project financing*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 59 ss.; G. Manfredi, *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*, (commento Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2012, n. 1), in *Urb. app.*, 2012, 540 ss.; G. Mulazzani e M.R. Monaco, *La finanza di progetto alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017; M. Perna, *Il project financing nel contesto del partenariato pubblico privato*, in *Giust.amm.*, 2019, n. 2, 13 ss.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

nuto innovativo. Peraltro, potrebbe essere la stessa pubblica amministrazione a sollecitare proposte di PPP a contenuto innovativo, attraverso un avviso emesso ai sensi dell'art. 193, c. 11, del codice¹¹³.

9. Questioni trasversali a tutti i modelli di *innovation procurement*: a) l'assetto dei diritti di proprietà intellettuale; b) il rispetto della disciplina degli aiuti di Stato

Esistono alcune questioni generali, trasversali a tutte le forme di *innovation procurement*. In particolare, si tratta della questione dell'assetto dei diritti di proprietà intellettuale legati all'oggetto dell'innovazione e della compatibilità della realizzazione dei contratti per l'innovazione con la disciplina degli aiuti di Stato.

a) L'assetto dei diritti di proprietà intellettuale.

Una prima questione rilevante è quella della gestione dei diritti di proprietà intellettuale (DPI) correlati all'oggetto dell'appalto innovativo¹¹⁴. Infatti, gli appalti pubblici di beni o servizi innovativi (in particolare quando sono appaltati servizi, studi o software di ricerca e sviluppo) possono generare nuovi diritti di proprietà intellettuale (ad esempio, brevetti o diritti d'autore, disegni o modelli, marchi commerciali).

¹¹³ Cons. St., 24 ottobre 2023 n. 9210, si è occupata del caso della realizzazione di una nuova infrastruttura informatica (c.d. "*Polo strategico nazionale*" – PSN) in grado di assicurare l'affidabilità dei "*centri di elaborazione dati*" (CED) in uso presso le amministrazioni, garantendo elevati *standard* di qualità per ciò che riguarda la sicurezza dei dati, le prestazioni, la scalabilità, l'interoperabilità europea e l'efficienza energetica, secondo il principio del c.d. "*cloud first*". La realizzazione del PSN costituisce uno degli aspetti principali della "*Missione 1*" del PNRR, dedicato a "*Digitalizzazione, innovazione, competitività e turismo*". Ebbene, il PNRR ha individuato nel PPP e nella finanza di progetto gli strumenti utili a consentire la predisposizione del PSN. Il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha, su tale base, promosso la procedura di finanza di progetto, ai sensi dell'art. 183, c. 15, del d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* vigente.

¹¹⁴ Si confrontino: Comunicazione della Commissione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM (2020) 102 final, 10 marzo 2020; Comunicazione della Commissione, *Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*, COM(2020) 103 final, 10 marzo 2020; Comunicazione della Commissione, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE – Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*. COM (2020) 760 final, 25 novembre 2020. Meno recenti, Comunicazione della Commissione COM (2017) 572, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*; Comunicazione della Commissione COM 3051 (2018) *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*.

La Commissione europea nota che nella maggior parte degli Stati membri dell'UE, il quadro giuridico per gli appalti pubblici non disciplina l'assegnazione dei diritti di proprietà intellettuale e lascia all'acquirente pubblico il compito di definire l'attribuzione di tali diritti nei documenti di gara dell'acquisto per l'innovazione¹¹⁵.

Così è anche nel nostro Paese, nel quale la regolazione di settore trascura questa rilevante tematica e deve essere l'amministrazione committente a stabilire, fin dall'avvio della procedura di aggiudicazione, l'assetto dei diritti di proprietà intellettuale. Sul punto, l'allegato II.5 al codice dei contratti pubblici, alla parte II «specifiche tecniche», l'art. 2 prevede che «Le specifiche tecniche possono indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale». Tale disposizione recepisce l'art. 42, dir. 2014/24/UE e l'art. 60, dir. 2014/25/UE che prevedono la medesima possibilità. Inoltre, l'art. 70, c. 7, del codice prevede, relativamente al partenariato per l'innovazione, che le stazioni appaltanti «definiscono nei documenti di gara il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale»¹¹⁶. È chiaro che quanto previ-

¹¹⁵ Secondo la Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 4.1.7, al 2021 solo undici paesi europei avevano adottato una politica nazionale in materia di assegnazione dei diritti di proprietà intellettuale negli appalti pubblici che, in linea di principio, assegna i DPI ai contraenti: in particolare Belgio e Spagna (mediante la legislazione sugli appalti pubblici), Finlandia, Francia e Svizzera (mediante le condizioni generali per i contratti pubblici) ed Estonia, Irlanda, Lussemburgo, Ungheria e Slovenia (mediante orientamenti ufficiali). Ulteriori informazioni sono disponibili nel documento della Commissione "*Economic benefits of leaving IPR ownership rights in public procurements with the suppliers instead of the procurers*" (http://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection.cfm?item_id=56812). La Commissione auspica che gli Stati membri e gli acquirenti pubblici adottino un approccio strategico in materia di diritti di proprietà intellettuale nell'ambito della regolazione degli appalti pubblici.

¹¹⁶ La stessa previsione era contenuta nell'art. 65, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 e, dunque, sul punto il nuovo codice non contiene alcuna novità. Altra diversa questione quella dell'affidamento di contratti pubblici il cui oggetto sia coperto da diritti di proprietà intellettuale, così da rendere infungibile un certo operatore economico che lo fornisce. L'art. 76, c. 2 lett. b), n. 3 del codice prevede la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per «la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale». Analogamente, l'art. 158, c. 2 lett. c), n. 3, relativo ai settori speciali, consente la procedura negoziata senza bando quando i lavori, i servizi o le forniture possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per «la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale». Ancora, per quanto attiene alle concessioni, l'art. 182, c. 7, lett. d) prevede che agli enti concedenti non è richiesto di pubblicare un bando di concessione quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per «la tutela dei diritti di proprietà intellettuale...».

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

sto nei documenti di gara dovrà poi essere recepito nel contratto da stipularsi a valle dell'aggiudicazione.

Più nel dettaglio, esistono due opzioni di base a disposizione degli acquirenti pubblici per l'assegnazione dei diritti di proprietà intellettuale derivanti da un progetto: la prima è che l'acquirente pubblico richieda il trasferimento a sé stesso dei nuovi diritti di proprietà intellettuale; la seconda è che l'acquirente pubblico non richieda tale trasferimento e che i diritti di proprietà intellettuale restino al privato-innovatore. Ovviamente, i diritti di proprietà intellettuale possono anche essere divisi tra amministrazione e contraente privato.

L'ipotesi suggerita dalla Commissione europea è che i diritti di proprietà intellettuale restino in capo al privato-innovatore, a meno che non vi siano interessi pubblici prevalenti in gioco, di carattere eccezionale¹¹⁷. Il principio guida suggerito dalla Commissione è «acquista tutto ciò di cui hai bisogno, ma solo ciò di cui hai bisogno, anche in futuro».

L'attribuzione dei diritti di proprietà intellettuale alla parte privata può contribuire a migliorare l'attrattiva per i privati-innovatori a partecipare ai contratti pubblici per l'innovazione, in vista di successivo uso commerciale dei nuovi diritti. Peraltro, il fatto di concedere la titolarità della proprietà intellettuale al privato comporta di norma un prezzo inferiore da pagare per il committente pubblico.

Il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale connessi ai risultati dell'appalto in capo ai soli acquirenti pubblici può frenare l'innovazione. Impedire ai privati-innovatori di riutilizzare o persino di adattare/migliorare l'innovazione in un contesto diverso o per un cliente diverso, può comportare una qualità inferiore e costi più elevati per l'acquirente pubblico. In molti casi, i fornitori privati hanno maggiori capacità, rispetto agli acquirenti pubblici, di commercializzare le innovazioni derivanti da un appalto pubblico, di garantire una protezione adeguata della proprietà intellettuale e di difendere i diritti di proprietà intellettuale in tribunale. Concedere ai fornitori la possibilità di conservare i diritti di proprietà intellettuale può in-

¹¹⁷ La Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, Allegato «I diritti di proprietà intellettuale (DPI)», individua alcuni esempi nei quali può essere opportuna l'attribuzione dei diritti di proprietà intellettuale all'acquirente pubblico: quando il fornitore non possa essere autorizzato a utilizzare i risultati dell'appalto pubblico (ad esempio, per motivi di sicurezza o di riservatezza); quando il fornitore non sia in grado di utilizzare i risultati dell'appalto pubblico (ad esempio, la progettazione di campagne di marketing o loghi specificamente destinati agli acquirenti pubblici); quando l'acquirente pubblico debba rendere pubblici tutti i risultati (ad esempio, determinate relazioni/studi strategici, obiettivi di dati aperti).

centivare la commercializzazione di soluzioni innovative a livello industriale garantendo al contempo la piena protezione degli interessi ragionevoli degli acquirenti pubblici e riducendo i costi relativi agli appalti sostenuti dal settore pubblico.

Quando una parte dei diritti di proprietà intellettuale siano lasciati ai privati-innovatori, le amministrazioni devono adeguatamente tutelare i loro interessi e, più in generale, l'interesse pubblico. I documenti di gara e i contratti stipulati devono sempre indicare chiaramente di quali diritti di proprietà intellettuale intende comunque disporre l'acquirente pubblico, la loro portata (ovvero la loro estensione) e per quali territori, la relativa durata e i beneficiari (ovvero la possibilità di mettere i risultati a disposizione di un elenco di altre istituzioni o organismi predefiniti)¹¹⁸.

È chiaro che la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale dell'oggetto innovativo dell'appalto tra amministrazione e privato innovatore si fonda sulle caratteristiche del caso concreto e deve tenere conto dei vari interessi in gioco, in particolare l'interesse pubblico e gli obiettivi strategici¹¹⁹. L'assetto individuato deve, ovviamente, tenere conto del quadro giuridico applicabile in materia di diritti di proprietà intellettuale a livello europeo e nazionale.

b) *La compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato.*

Un'altra questione rilevante è quella della necessità che gli appalti per l'innovazione avvengano nel rispetto della disciplina sugli aiuti di Stato¹²⁰.

¹¹⁸ In taluni casi, secondo la Commissione le amministrazioni committenti potrebbero conservare taluni diritti: ad esempio, possono riservarsi *diritti di utilizzo e adattamento* (ovvero, diritti a titolo gratuito di utilizzare e adattare le soluzioni innovative); possono assumere il diritto di chiedere ai fornitori di concedere licenze a determinati soggetti terzi per utilizzare/modificare la soluzione per l'acquirente a condizioni di mercato eque e ragionevoli; possono assumere adeguati diritti di pubblicazione dei risultati dell'innovazione (attraverso una opportuna regolazione del diritto d'autore per determinate relazioni/studi strategici).

¹¹⁹ La Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, Allegato «I diritti di proprietà intellettuale (DPI)» fa riferimento alla questione dei diritti di proprietà intellettuale in relazione a appalti per l'innovazione con diversi oggetti (invenzioni tecniche, *software*, dati e banche dati, disegni e modelli, loghi, incarichi creativi, materiale di comunicazione).

¹²⁰ Come noto, a norma dell'art. 107, paragrafo 1, del TFUE, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza. Sugli aiuti di Stato, basti rinviare a: G. Fonderico, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività*

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Il corrispettivo pagato dalle amministrazioni a fronte dell'appalto per l'innovazione non deve costituire un aiuto di Stato in violazione delle norme dell'UE in materia. È chiaro, infatti, che le procedure flessibili e fondate sulla negoziazione, che consentono di pervenire alla selezione del privato-innovatore, potrebbero rischiare di tradursi in una indebita posizione di vantaggio per quest'ultimo, a scapito della concorrenza nel settore.

Diventa, dunque, fondamentale verificare se un'impresa cui viene aggiudicato un contratto per l'innovazione (indipendentemente dal modello utilizzato) riceva o meno un corrispettivo superiore a quello che riceverebbe alle normali condizioni di mercato. Secondo la comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, ciò non avviene di norma se la procedura di gara è concorrenziale, trasparente, non discriminatoria e incondizionata, coerentemente con le pertinenti direttive dell'UE in materia di appalti pubblici¹²¹. La procedura espletata deve, dunque, consentire di selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa che corrisponde al valore del mercato.

Per quanto riguarda gli appalti di servizi di ricerca e sviluppo, che comprendono gli appalti pre-commerciali, la disciplina della Commissione detta alcune condizioni specifiche che le amministrazioni devono rispettare per evitare che si configurino aiuti di Stato¹²². Si tratta di quattro condizioni cumulative, di cui l'ultima presenta due diverse alternative. Esse sono: la procedura di selezione deve essere competitiva, trasparente e non discriminatoria, e si deve basare su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti; gli accordi contrattuali previsti che descrivono tutti i diritti e

amministrativa, Giappichelli, 2022. Per il caso specifico degli appalti per l'innovazione, si confronti ancora Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 5.

¹²¹ Si confrontino i punti 89 e seguenti della comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, C/2016/2946. La comunicazione della Commissione europea del 06.07.2021, n.2021/C 267/01, cap. 5, fa riferimento ad alcune circostanze specifiche in cui le procedure di appalto pubblico non consentono di stabilire un prezzo di mercato. Ciò può avvenire, ad esempio: per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, nei casi in cui le circostanze specifiche non consentono di stabilire il prezzo di mercato; nei casi specifici in cui viene presentata una sola offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve dimostrare che il risultato della procedura di gara riflette il prezzo di mercato (in uno dei seguenti modi: dimostrando il carattere obiettivo del capitolato d'onori che non favorisce alcun operatore economico particolare; verificando, con ulteriori mezzi, che l'esito della procedura corrisponda al prezzo di mercato).

¹²² Commissione europea, Comunicazione «Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione», 2014/C 198/01. Tale documento, nella sezione 2.3, specifica i criteri della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione.

gli obblighi delle parti, anche per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, devono essere messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura di gara; l'appalto non deve conferire ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi finali. In aggiunta deve essere, inoltre, soddisfatta una tra le seguenti condizioni alternative: tutti i risultati che non danno luogo a diritti di proprietà intellettuale possono avere larga diffusione (ad esempio mediante pubblicazione, insegnamento o contributo agli organismi di standardizzazione, in modo tale da consentire ad altre imprese di riprodurli) e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale sono integralmente attribuiti all'acquirente pubblico; il prestatore di servizi al quale sono attribuiti i risultati che danno luogo ai diritti di proprietà intellettuale è tenuto a concedere all'acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito a tali risultati e a concedere l'accesso a terzi, per esempio mediante licenze non esclusive, alle condizioni di mercato.

Ricorrendo le quattro condizioni appena descritte, il contratto di ricerca e sviluppo non configura aiuto di Stato. Diversamente, se le condizioni di cui sopra non sono soddisfatte, le amministrazioni pubbliche possono procedere ad un esame individuale dei termini del contratto tra l'acquirente pubblico e l'impresa o, nel dubbio, notificare la misura alla Commissione. Qualora dovesse concludersi che l'appalto per l'innovazione configuri un aiuto di Stato, si dovrebbero applicare le normali norme in tale materia e l'aiuto potrebbe essere considerato compatibile con il Trattato se soddisfa determinate condizioni¹²³.

10. Valutazioni conclusive sulla capacità delle stazioni appaltanti ad innovare

Come si è visto, i contratti per l'innovazione possono assumere forme e modelli molteplici, sia con riferimento alle procedure di aggiudicazione che ai modelli contrattuali. Nel caso concreto, dunque l'amministrazione procedente dovrà preliminarmente individuare con maggiore precisione possibile

¹²³ Le condizioni alle quali gli aiuti di Stato a favore della ricerca, sviluppo e innovazione (RSI) possono essere considerati compatibili con il trattato sono dettate nel reg. Ue n. 651/2014 della Commissione, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, modificato dal regolamento (UE) 2017/1084. Il reg. Ue n. 1407/2013 della Commissione stabilisce, inoltre, le condizioni alle quali gli aiuti possono essere considerati *de minimis* e possono essere dispensati dall'obbligo di notifica.

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

il proprio fabbisogno, anche ricorrendo all'apporto informativo del mercato. Valutati l'innovatività del bene o servizio ricercato e le sue caratteristiche concrete, potranno essere individuati il modello contrattuale (con oggetto innovativo) più idoneo per realizzarlo e la procedura di aggiudicazione più opportuna per l'individuazione del privato contraente. È, dunque, essenziale che le stazioni appaltanti siano capaci di gestire le procedure flessibili, fondate sulle negoziazioni, che consentono il miglioramento (attraverso il confronto con i privati) del loro bagaglio informativo.

L'obbiettivo dell'amministrazione che si propone di innovare, in linea con quanto previsto dall'art. 1 del codice dovrebbe essere quello del risultato, inteso come migliore modo di spendere il denaro pubblico. A tale fine, sulla base del principio della fiducia di cui all'art. 2, alle amministrazioni che vogliono fare innovazione sono concessi strumenti flessibili, che si fondano su un ampio esercizio del potere. La concorrenza deve considerarsi funzionale al risultato, ai sensi dell'art. 1, c. 2, del codice.

Tutto ciò però, e così si perviene all'osservazione conclusiva, deve comportare una amministrazione non solo onesta ma anche capace di raggiungere i risultati. Nel caso dei contratti complessi e in quello ancora più specifico dei contratti per l'innovazione (che sono contratti *molto* complessi), la capacità richiesta deve essere assai più elevata di quella richiesta ad una amministrazione generalista.

In questo settore, come si è già detto, il divario informativo che fisiologicamente caratterizza il rapporto tra amministrazione e privati deve considerarsi particolarmente ampio. Sono, infatti, molteplici le informazioni e le competenze specifiche necessarie per fare innovazione.

Questo è sicuramente un punto critico, dal momento che l'attuale assetto della qualificazione delle stazioni appaltanti (come noto, oggetto di resistenze politiche enormi¹²⁴) si fonda sulle fasce di importo del valore dei

¹²⁴ Ingiustificabili sono i rinvii e le difficoltà del processo di riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti. Come noto, le disposizioni contenute nel codice del 2016 (art. 37 e 38) non sono state mai attuate. La riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti costituiva un preciso impegno del PNRR (*milestone* M1C1-69, scadenza 31 dicembre 2021) che ha, in una prima fase, portato alle linee guida ANAC del 30 settembre 2022. Le disposizioni contenute nel nuovo codice (art. 62 e 63 e Allegato II.4) sono diventate efficaci il 1 luglio 2023 ma è stato previsto un regime transitorio che ne ritarderà la completa operatività. La riforma, comunque, appare troppo timida e le resistenze politiche sono ancora molto forti, come dimostra la previsione delle soglie per le quali non occorre la qualificazione, indicate in 500.000 euro per i lavori (art. 62, c. 1) e in un milione per le manutenzioni (art. 62, c. 6, *lett. c*). Ciò vuol dire, peraltro, che non vi sarà alcuna riduzione numerica delle stazioni appaltanti, dal momento che tutte potranno affidare contratti al di sotto di questi importi. In assenza

contratti e non distingue per oggetto del contratto¹²⁵. In buona sostanza, nell'ambito della fascia di valore per la quale una stazione appaltante è qualificata, essa può aggiudicare anche i contratti per l'innovazione.

Tuttavia, occorrono specifiche competenze per fare innovazione e capacità di gestire gli strumenti flessibili e condurre le negoziazioni. La stessa Commissione rappresenta nel "rafforzamento delle capacità" una pre-condizione essenziale per procedere all'innovazione, che dovrebbe tradursi in tre elementi: un'"offerta formativa specialistica" (che, oltre alle amministrazioni, dovrebbe riguardare anche le *start-up* e le PMI innovative, che devono gradualmente acquisire familiarità nel interfacciarsi con la pubblica amministrazione), la «promozione di una cultura imprenditoriale» per le amministrazioni (anche attraverso il riconoscimento di incentivi a favore dell'innovazione, per ovviare alla naturale avversione al rischio delle amministrazioni pubbliche¹²⁶), la «realizzazione di appalti cooperativi», che utilizzando il linguaggio del legislatore interno, possono essere chiamati «aggregati».

Ci si può soffermare su tale ultimo aspetto. Secondo la Commissione, con tale formula si devono intendere diverse modalità di aggregazione e cooperazione tra acquirenti pubblici che prevedono l'istituzione di organismi appositi per l'aggiudicazione degli appalti, in luogo della singola stazione appaltante. In buona sostanza, la Commissione indica la strada dell'aggregazione come via maestra per la realizzazione degli appalti per l'innovazione, ritenendo evidentemente insufficiente la competenza delle singole stazioni appaltanti.

di una effettiva e concreta professionalizzazione e riduzione delle stazioni appaltanti nessuna riforma o misura di semplificazione potrà mai raggiungere il suo scopo.

¹²⁵ Si confronti l'Allegato II.4 al d.lgs. n. 36/2023.

¹²⁶ E' chiaro che gli appalti per l'innovazione comportano un rilevante rischio di insuccesso, legati all'aleatorietà dell'oggetto ricercato. Nel nostro Paese, sono inoltre, noti i rischi dell'intraprendere procedure complesse e innovative per il fatto che i controlli giurisdizionali si fondano sul controllo di legittimità dei singoli atti e non sul risultato finale dell'attività (sia consentito rinviare a G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 3-65). La Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01, cap. 2.6 suggerisce di adottare «incentivi comportamentali», consistenti, ad esempio, nel premiare le buone pratiche tramite premi nazionali per appalti nel settore dell'innovazione; nel rendere la promozione di appalti per l'innovazione un obiettivo professionale che i funzionari preposti agli appalti devono conseguire annualmente (ad esempio, fissando indicatori chiave di prestazione); nel fornire migliori opportunità di promozione ai funzionari pubblici che attuano con successo appalti per l'innovazione in grado di modernizzare in modo più rapido i servizi pubblici (sugli incentivi comportamentali, si può rinviare ai contributi contenuti in *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio e G. Cavaliere, Milano, Mimesis, 2022).

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

Lo strumento preferibile appare quello delle centrali di committenza, ovvero soggetti che si occupano della gestione della procedura di appalto per altri acquirenti pubblici. Anche per tali soggetti il regime di qualificazione è dettato dagli artt. 62 e 63 del codice e dall'allegato II.4. Tuttavia, anche questo regime di qualificazione (come quello delle singole stazioni appaltanti) si fonda sulle fasce di importo degli appalti ed ha carattere generalista.

L'esempio più immediato è quello di CONSIP che, appunto, costituisce una centrale di committenza generalista che si occupa anche di acquisti di prodotti innovativi nella forma del PPI (ovvero, come si è visto, acquisti di prodotti innovativi su larga scala).

La Commissione suggerisce però la creazione di centrali di committenza dedicate specificamente agli appalti per l'innovazione, ovvero strutture permanenti dedicate a tale finalità. Esse potrebbero essere dotate di personale qualificato e specializzato, potrebbero creare economie di scala necessarie alla creazione di mercati d'ingresso per prodotti e servizi innovativi; permetterebbero alle soluzioni innovative di avere un impatto maggiore, poiché ogni soluzione potrebbe essere impiegata da diversi acquirenti pubblici. D'altra parte, occorre evitare il rischio che tale soluzione ostacoli l'accesso ai prodotti personalizzati a causa di un'eccessiva standardizzazione che potrebbe riguardare perfino l'innovazione.

In questo quadro rientra, ad esempio, l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) che può svolgere il ruolo di stazione di committenza ausiliaria per l'esecuzione di appalti di innovazione, a favore delle regioni e delle altre pubbliche amministrazioni che ne facciano richiesta¹²⁷.

Un'altra e alternativa forma di appalti cooperativi, a carattere non stabile, può essere quella delle unioni occasionali di acquirenti pubblici che collaborano per attuare appalti per l'innovazione specifici, con scambi di buone pratiche e favore per l'apprendimento reciproco. In Italia tale modello può, ad esempio, essere realizzato attraverso gli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15, l. n. 241/1990. Attraverso tale istituto, ad esempio,

¹²⁷ AgID è stata istituita con d.l. 22 giugno 2012 n. 83 «Misure urgenti per la crescita del Paese» (convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134) ed è sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato. AgID ha un ruolo strategico nella promozione e nello sviluppo degli appalti per l'innovazione. Ai sensi dell'art. 19, d.l. n. 179/2012, promuove la definizione e lo sviluppo di grandi progetti strategici di ricerca e innovazione connessi alla realizzazione dell'Agenda digitale italiana, unitamente al Ministero per le Imprese e il Made in Italy, al Ministero dell'Università e della Ricerca e al Dipartimento per le politiche di coesione. Essa, inoltre, gestisce il centro di competenza territoriale sugli appalti di innovazione a supporto delle pubbliche amministrazioni italiane.

un ente locale potrebbe unirsi ad un altro ente pubblico specializzato in un determinato settore dell'innovazione (si pensi, ad esempio, al CNR o ad una Università) per intraprendere l'acquisto innovativo.

Un'altra figura che può supportare le amministrazioni che vogliono intraprendere la strada degli appalti per l'innovazione è quella dei c.d. intermediari dell'innovazione (*innovation procurement broker*), ovvero una «figura di raccordo che opera per facilitare l'incontro tra domanda pubblica di soluzioni innovative e l'offerta di mercato»¹²⁸. Un'applicazione di tale modalità è stata prevista dall'art. 51, c. 5, d.l. n. 76/2020 (c.d. semplificazioni) che ha conferito tale ruolo alla Società Generale d'Informatica S.p.A. (SOGEI), che ha il compito di avviare un confronto con gli operatori di mercato al fine di individuare soluzioni innovative da proporre alla pubblica Amministrazione¹²⁹.

È anche importante che le stazioni appaltanti che vogliono intrapren-

¹²⁸ Questa è la definizione contenuta nel Piano triennale AgiD 2019-2021. Secondo la Commissione europea, Comunicazione del 6 luglio 2021, n. 2021/C 267/01 pag. 36, «qualsiasi istituzione avente la capacità e la finalità di far corrispondere un'innovazione nascente a un'esigenza sul lato della domanda può essere un intermediario dell'innovazione. L'intermediario può partecipare all'intero ciclo di vita del processo di innovazione e rappresentare la forza trainante alla base degli appalti in tale settore». Secondo lo stesso documento, tra i compiti dell'intermediario figurano: attività di consulenza a favore di acquirenti pubblici; la costituzione di reti di acquirenti pubblici interessati ad appalti per l'innovazione finalizzate alla condivisione di conoscenze, allo scambio di buone pratiche e alla comunicazione con il mercato; l'identificazione di soluzioni innovative promettenti adeguate alle esigenze degli acquirenti pubblici.

¹²⁹ SOGEI è la società di *Information Technology* del Ministero dell'Economia e delle Finanze e opera sulla base del modello organizzativo dell'*in house providing* (art. 83, c. 15, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133). Ai sensi dell'art. 31 c. 5 del d.l. 76/2020, per assicurare la piena efficacia dei progetti di trasformazione digitale, SOGEI «provvede alla definizione e allo sviluppo di servizi e prodotti innovativi operando, anche in favore delle amministrazioni committenti, in qualità di *innovation procurement broker*». Prosegue la stessa disposizione che «in tale ambito, per l'acquisizione dei beni e dei servizi funzionali alla realizzazione di progetti ad alto contenuto innovativo, la medesima società non si avvale di Consip S.p.A. nella sua qualità di centrale di committenza». Dunque, da un lato, SOGEI può operare come *innovation procurement broker*. Dall'altro lato a SOGEI, sempre nell'ambito dell'*innovation procurement*», è garantita una maggiore autonomia operativa, dal momento che la disposizione in questione le consente di acquisire in proprio taluni beni e servizi funzionali ai progetti innovativi, senza dover ricorrere alla convenzione stipulata con Consip. La *ratio* della norma, così come precisata nella relazione illustrativa al d.l. n. 76/20, è quella di «escludere dall'ambito di applicazione della Convenzione in essere con Consip tutte le acquisizioni contraddistinte da un significativo grado di innovatività, così da consolidare, in prospettiva, il ruolo strategico di Sogei nell'ambito della conduzione dei progetti e della gestione dei dati, delle applicazioni e delle infrastrutture informatiche della PA».

L'innovazione attraverso i contratti pubblici

dere un contratto per l'innovazione abbiano un punto di riferimento specialistico a livello centrale che possa esercitare forme di supporto e consulenza.

La Commissione scrive che al 2021 solo alcuni Stati membri hanno istituito «centri di competenza nazionali sugli appalti per l'innovazione che fungono da sportello unico in grado di condurre azioni di sensibilizzazione sul tema, coordinare le attività di sviluppo delle capacità e assistere gli acquirenti pubblici nell'attuazione degli appalti per l'innovazione»¹³⁰. Il centro di competenza italiano è indicato in CONSIP ma, alla data di stesura del presente lavoro, non risulta ancora operante¹³¹. Inoltre, il fatto che (a differenza di altri Paesi virtuosi) sia stato indicato un soggetto generalista e già operante per gli acquisti della pubblica amministrazione è probabilmente segno di una sottovalutazione della specificità e della complessità degli appalti per l'innovazione.

Può essere concluso che la questione della competenza e qualificazione delle stazioni appaltanti, che vale per tutti gli acquisti non banali, si pone con

¹³⁰ Si confronti il sito Procure2 Innovare – Rete europea dei centri di competenza per gli appalti pubblici per l'innovazione (<https://procure2innovate.eu>) che indica i centri nazionali di competenza in alcuni dei Paesi coinvolti. Come per l'Italia, risultano in via di costituzione i centri di competenza dell'innovazione portoghese e greco. Risultano invece costituiti alcuni il centro di competenza nazionali: il centro di competenza per gli appalti per l'innovazione tedesco *Koinno* (www.koinno-bmwi.de) è stato istituito dal Ministero federale dell'economia e dell'energia, ha competenze di supporto ai committenti di appalti per l'innovazione, si raccorda con l'Unione Europea, assiste i committenti tedeschi nella presentazione di domande di finanziamento dell'UE per gli appalti per l'innovazione, compresi gli appalti pre-commerciali; il centro di competenza spagnolo per gli appalti per l'innovazione (www.cdti.es) è istituito dal Ministero spagnolo dell'Economia, dell'industria e della competitività, promuove gli appalti per l'innovazione con l'obiettivo di fornire un migliore accesso alle imprese pubbliche e private, in particolare nei settori delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e della salute; il centro di competenza svedese sugli appalti per l'innovazione (www.upphandlingsmyndigheten.se), istituito nel 2015, ha sede presso l'Agenzia nazionale per gli appalti pubblici, ha l'obiettivo di dare sostegno alle amministrazioni e ai fornitori in materia di appalti per l'innovazione e, in particolare, adottare misure per migliorare le competenze in materia di appalti per l'innovazione; in Austria, nel 2013 è stato istituito il centro nazionale di competenza per gli appalti per l'innovazione (www.ioeb.at), all'interno dell'Agenzia federale per gli appalti pubblici (BBG), finanziato dal Ministero austriaco degli Affari Digitali ed Economici e dal Ministero dell'Azione per il Clima, dell'Ambiente, dell'Energia, della Mobilità, dell'Innovazione e della Tecnologia (tale centro funge da unico punto di contatto per le questioni relative agli appalti pre-commerciali e agli appalti per l'innovazione in Austria).

¹³¹ Nel sito (<https://procure2innovate.eu>) è scritto che «gli appalti per l'innovazione in Italia riceveranno una spinta dal suo centro di competenza Consip, di prossima istituzione». CONSIP «parteciperà a Procure2Innovate e garantirà all'Italia il rafforzamento della rete internazionale in materia di appalti per l'innovazione, la professionalizzazione dei servizi di consulenza e l'utilizzo di sistemi di incentivazione finanziaria».

maggior forza per i contratti per l'innovazione che, probabilmente, tra tutte le forme di contratti pubblici, sono quelli a maggiore complessità. Per raggiungere i risultati dell'innovazione, è necessario che le stazioni appaltanti, appositamente formate e qualificate, sappiano gestire gli strumenti flessibili fondati sulla negoziazione di cui si è discusso in questo contributo, al fine di sfruttarne le potenzialità. A tale fine, evidentemente, non è sufficiente la semplice aggregazione ma è necessaria una peculiare specializzazione, anche con l'individuazione di figure professionali a ciò preposte (negoziatori). Se questa questione può considerarsi essenziale per l'intera contrattualistica pubblica, a maggior ragione, lo è per i contratti innovativi.

Abstract

Contracts for innovation (so-called innovation procurement) can take many forms and models, which this study proposes to analyse, both with reference to the awarding procedures and contract types. Among the many tools available, the most appropriate model for achieving innovation can be identified after assessing the innovativeness of the good or service sought and its concrete characteristics.

The objective of the administration that proposes to innovate, in line with the provisions of Article 1 of the Code, is that of the innovative result, which may take various forms and contents, and which must be understood as the best use of public funds allocated for this purpose. On the basis of the principle of trust set out in Article 2, administrations wishing to innovate are provided with flexible instruments, based on negotiations, which are based on a broad exercise of power. It is essential for them to be able to manage these flexible instruments which allow them to improve their information base through confrontation with private parties. In accordance with Article 1(2) of the Code, competition must be seen as functional to the outcome.

All this presupposes an administration that is not only honest but also capable of achieving results. In the case of complex contracts and in the even more specific case of innovation contracts, which are very complex contracts, the capacity required must be much higher than that required of a generalist administration.

IL GREEN PUBLIC PROCUREMENT TRA RIFORME, MERCATO ED EFFETTIVITÀ*

SOMMARIO: 1. Ambiente e mercato: una premessa sulla loro difficile, ma necessaria, integrazione. – 2. Genesi ed evoluzione del *Green Public Procurement* tra dimensione internazionale ed europea. – 3. Gli appalti verdi nello scenario giuridico nazionale. – 3.1. Dal Decreto Ronchi al PAN GPP, passando dal primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). – 3.2. Il secondo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) tra specifiche tecniche, offerta economicamente più vantaggiosa e CAM. – 3.3. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023). – 4. Un *focus* sui CAM. – 4.1. I CAM tra giurisprudenza e nuovi piani d'azione. – 4.2. Il monitoraggio dei CAM e il ruolo di ANAC. – 5. Conclusioni.

1. Ambiente e mercato: una premessa sulla loro difficile, ma necessaria, integrazione

Le relazioni periodicamente fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in merito al mercato degli appalti pubblici in Italia impostano il cono di luce su dati particolarmente significativi.

Nel 2022, il valore economico complessivo degli appalti pubblici ha sfiorato i duecentonovanta miliardi di euro¹. Nel primo quadrimestre del 2023, seppur in flessione rispetto al *trend* di crescita registrato gli ultimi anni, la cifra in oggetto è arrivata a coprire abbondantemente gli ottanta miliardi².

Ampliando l'angolo visuale, è possibile affermare che il *public procurement* dei singoli Stati membri generi circa il sedici per cento del PIL dell'Unione europea³.

* Attività di ricerca finanziata da borsa PNRR-MUR, Missione 4, Componente 1 (art. 6, d.m. n. 351/2022).

¹ ANAC, *Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022*, in www.anticorruzione.it.

² *Id.*, *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici 1° quadrimestre 2023*, in www.anticorruzione.it.

³ C. Ratcliff, M. Wosyka, B. Martinello, D. Franco, *Contratti di pubblico appalto*, in *Note tematiche sull'Unione europea*, n. 4, 2023, consultabile in www.europarl.europa.eu.

Sul fatto che, dunque, la spesa pubblica costituisca un gancio trainante rispetto all'andamento economico dei singoli ordinamenti nonché dell'Unione europea, *nulla quaestio*.

Ma se il potere pubblico interpretasse se stesso solo come semplice investitore o consumatore di beni e servizi, traccerebbe le coordinate di un sistema anacronistico e miope.

Da tempo, infatti, l'attuale scenario geopolitico ha lanciato un guanto connotato da sfide complesse e articolate, cui è necessario rispondere attraverso *outcomes* olistici e interconnessi.

Le criticità che affiancano l'ormai annosa crisi economico-ambientale sono molteplici: la carenza di materie prime in Europa e, per l'effetto, la dipendenza della stessa nei confronti di paesi terzi, due centri di conflitto bellico, le problematiche legate al *climate change* e al rischio di perdite in termini di biodiversità, i recenti *shock* sanitari, la questione dello sfruttamento del suolo collegato all'imponente crescita demografica mondiale.

Una spirale di dinamiche che, complessivamente, rende sempre più difficile ottemperare a quello che ormai è possibile definire «dovere di pensare al futuro»⁴.

La rincorsa verso soluzioni sostenibili si configura quale unica scelta atta ad evitare di essere irreversibilmente assorbiti da un punto di non ritorno.

Affinché questa non assuma i connotati del paradosso zenoniano di Achille e della tartaruga, occorre che essa si articoli entro una strategia trasversale, qualitativamente vincente, dettata da politiche pubbliche capaci di orientare produzione e consumo verso l'internalizzazione di variabili ambientali⁵.

A tal proposito, l'emersione dei principi di sviluppo sostenibile⁶ – se-

⁴ A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2022, 1 ss.

⁵ Sul tema dell'appalto in termini di strumento di politica industriale vedasi G. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli, S. Torricelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 128 ss.

⁶ La prima definizione di sviluppo sostenibile risale al Rapporto *Brundtland*, redatto nell'ambito della Commissione Mondiale per lo Sviluppo e l'Ambiente, insediata dalle Nazioni Unite nel 1983. *Ex multis*, vedasi a R. Bifulco, *Diritto e Generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità generazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro fra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Ed. Scientifica, 2010; G. Guido, S. Massari, *Lo sviluppo sostenibile. Ambiente, risorse, innovazione, qualità. Scritti in memoria di Michela Specchiarello*, Franco Angeli, Milano, 2013; E. Tiezzi, N. Marchettini, *Che cos'è lo sviluppo sostenibile?*, Donzelli Editore, Roma, 1999; G. Rossi, *Dallo*

condo cui il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali dovrebbe avvenire senza compromettere quello delle generazioni future – e di integrazione hanno dettato un'ormai inscindibile intersezione tra ambiente e mercato⁷. In questo stesso solco, si colloca il principio di *Do not significant harm*⁸, embrionalmente definito nel *Green Deal*⁹, sviluppato e descritto nel Regolamento Tassonomia¹⁰ e invocato nel *NextGenerationEu*¹¹.

sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo, in *RQDA*, n. 1, 2020, 4 ss.; V. Rubino, *Sviluppo sostenibile ed effettività della "governate" multilivello*, in *Federalismi*, n. 34, 2020, 205 ss.

⁷ Fra i primi studi sul punto, vedasi M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.* 2007, 219 ss., M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, diretto da P. Dell'Anno, E. Picozza, Cedam, Padova, 2012, 487 ss.

⁸ Sul punto, vedasi M. Cozzio, *Pnrr, appalti pubblici e applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cosiddetto DNSH)*, in *Riv. Trim. Appalti*, n. 1, 2023, 365 ss.

⁹ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione Europea *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640 final. L'atto illustra ed inquadra le iniziative che la Commissione presenterà nell'ambito del Programma di lavoro ai fini dell'attuazione, nell'Unione europea, di una transizione giusta ed inclusiva verso l'economia sostenibile.

¹⁰ Reg. Ue n. 2020/852, che declina un sistema di classificazione comune per le attività economiche sostenibili, con l'intento di stabilire un linguaggio comune e una definizione chiara di quali attività vengono considerate sostenibili. Il riferimento è all'art. 17, così strutturato: « si considera che, tenuto conto del ciclo di vita dei prodotti e dei servizi forniti da un'attività economica, compresi gli elementi di prova provenienti dalle valutazioni esistenti del ciclo di vita, tale attività economica arreca un danno significativo: a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, se l'attività nuoce: i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o ii) al buono stato ecologico delle acque marine; d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se: i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o f) alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, se l'attività: i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelli di interesse per l'Unione».

¹¹ Reg. Ue n. 241/2021, istitutivo del Dispositivo di Ripresa e Resilienza. Esso dispo-

La coniugazione e l'integrazione della crescita economica e della tutela ecosistemica ne costituiscono il postulato. In altre parole, qualsivoglia riforma e investimento – nazionale o europeo – non deve arrecare un danno significativo all'ambiente. Innegabilmente, ciò comporta una conseguenza duplice: da un lato, il potere pubblico vede restringere la propria discrezionalità nel perimetro della sostenibilità, dall'altro questi viene a rispolverare un ruolo di protagonista nello scenario economico¹². Uno scenario economico che, lasciato a sé stesso, ha dimostrato la piena incapacità di autoregolare i suoi operatori verso soluzioni rispettose dell'ambiente¹³ e che ora necessita di nuovi paradigmi di sviluppo nonché di salvifiche riforme strutturali condivise a più livelli¹⁴.

In questo contesto così articolato, il potere pubblico è chiamato ad agire in modo duttile e fluido, affiancando alla tradizionale logica binaria obbligo-divieto anche strategie di *soft law* capaci di reinterpretare modelli di produzione e consumo in chiave sostenibile.

L'obiettivo dei, cosiddetti, strumenti di mercato a tutela dell'ambiente si sostanzia proprio nell'internalizzare l'interesse ambientale nelle logiche di scambio, attraverso differenti linee di intervento¹⁵. Sul punto, ci si limita a

ne che possano essere finanziate, nell'ambito dei singoli Piani nazionali, soltanto le misure che rispettino il principio DNSH.

¹² Vedasi A. Bonomo, *Il potere del clima*, Cacucci Editore, Bari, 2023. Nell'introduzione, a p. 4, l'Autrice sottolinea come «l'azione di contrasto al cambiamento climatico, intesa come dovere che sorge in una prospettiva anche intergenerazionale, si pone come un problema che appartiene alla sfera del diritto pubblico. Più di ogni altro settore, infatti, quello del cambiamento climatico ha bisogno di politiche pubbliche comuni regole condivise, standard elevati universali, organizzazioni con poteri di enforcement penetranti in grado di imporre procedure e sistemi di regolazione uniformi. Del resto, l'entità delle misure necessarie, per contrastare un fenomeno, che non è né inaspettato né passeggero, ma destinato a durare, è tale da non poterne affidare la soluzione a logiche individualistiche, né a soluzioni legate all'emergenza, ma che può essere più opportunamente governato con gli strumenti, anche innovativi, del diritto pubblico, gli unici in grado di promuovere e investire in politiche di contenimento lungimiranti e infine di superare, in nome di un interesse superiore, i numerosi interessi individuali potenzialmente in conflitto».

¹³ *Funditus*, vedasi M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Carocci, Roma 2002; G. Panella, *Economia e politiche dell'ambiente*, Carocci, Roma, 2002; F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Lo Stato promotore: una ricerca sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia*, in *Irpa working papers*, n. 1, 2021, 3 ss.

¹⁴ Proprio a questo proposito, la Comunicazione della Commissione, *Green Deal*, cit. afferma: «è necessario un nuovo patto che riunisca i cittadini, con tutte le loro diversità, le autorità nazionali, regionali, locali, la società civile e l'industria, in stretta collaborazione con le istituzioni e gli organi consultivi dell'Unione»

¹⁵ Vedasi M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, 192 ss.

richiamare i mercati artificiali, allestiti dall'intervento pubblico e finalizzati «allo scambio di beni e servizi rappresentativi di valori ambientali»¹⁶, nonché le imposte correttive e i sussidi, rispettivamente tasse applicate alle emissioni inquinanti e dispositivi di promozione di contenimento del degrado ambientale¹⁷. In una posizione ibrida tra gli strumenti di mercato sopra richiamati e i meccanismi di *command and control* rientrano gli appalti verdi, un moderno istituto di matrice europea che ingloba nella dimensione dei contratti pubblici la possibilità/necessità di considerare costi e benefici ambientali. L'alternativa possibilità/necessità non è introdotta casualmente: a fronte di una originaria discrezionalità concessa alle pubbliche amministrazioni in merito all'inclusione delle istanze ambientali nelle procedure evidenziali, si è gradualmente diffusa un'area di necessaria applicazione delle stesse, con riferimento all'acquisto pubblico di determinate categorie di beni e servizi.

Il presente contributo intende soffermarsi sui profili giuridici degli appalti verdi, o *Green Public Procurement*, intendendoli quali strumento di rilancio strategico¹⁸ dell'economia nazionale ed europea in cui possono considerarsi pienamente sintetizzate non solo le logiche della *green economy*, ma anche quelle della *blue economy*¹⁹.

La complessità della materia in esame pretende una prima ricostruzio-

¹⁶ Ivi, 195.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In generale, sul tema dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici si rimanda a F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *RQDA*, n. 2, 2020, 18 ss. F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2022, 243 ss., R. Caranta, S. Marroncelli, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del green public procurement alla lotta contro il cambiamento climatico*, in *Riv. Giur. Amb.*, n. 1, 2021, 83 ss., R. Caranta, *Public procurement and innovation*, in *ERA-FORUM*, n. 3 (vol. 22), 363 ss., R. Caranta, C. Cravero, *Sustainability and Public Procurement*, in *Public Procurement and Aid Effectiveness*, a cura di A. La Chimia, P. Trepte, Hart, Oxford, 2019, 173 ss., Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda: vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University press, Pisa, 2012, S. Valaguzza, *Governing by contract procuring for value. Creating value through public contracts*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, ID., *Sustainable development in public contracts: an example of strategic regulation*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

¹⁹ Per una riflessione approfondita sul tema, vedasi F. De Leonardis, *Lo stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino, 2023, 150 ss. Per quanto interessa in questa sede, ci si limita a ricordare red, green e blue economy sono tre fondamentali forme di economia. Se la prima può essere ricondotta ad un modello economico del tutto scevro dalla considerazione di istanze ambientali, altrettanto non può dirsi delle altre due. La *green economy* ricollega l'attività produttiva al semplice rispetto dell'ambiente, mentre la *blue economy* viene caratterizzata da modelli di produzione capaci di migliorare l'ambiente. Questo ultimo modello viene accostato al percorso di transizione ecologica.

ne dell'istituto in senso verticale, dal contesto internazionale fino a quello nazionale, passando attraverso l'essenziale ruolo ricoperto dall'Unione europea nella declinazione, promozione e diffusione del *Green Public Procurement*.

Particolare attenzione sarà riservata all'evoluzione degli appalti verdi in chiave nazionale, anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023. Lo Stato italiano, infatti, assurge a ruolo di *leader* nel contesto unionale posto che, per primo, ha scelto di sacrificare ampi margini di discrezionalità tecnica delle pubbliche amministrazioni al fine di rendere obbligatoria l'applicazione di determinati criteri ambientali minimi nelle procedure evidenziali.

I criteri ambientali minimi (CAM), infatti, costituiscono un vero e proprio volano affinché la contrattazione pubblica possa essere considerata una robusta leva della c.d. rivoluzione verde.

D'altronde, in Italia, il binomio ambiente-mercato ha trovato spazio anche a livello apicale. Intervenendo sugli artt. 9 e 41 Cost., la recente riforma²⁰ ha inserito nel lessico costituzionale i principi di tutela dell'ambiente, diversità ed ecosistemi nell'interesse delle future generazioni e ha definito l'ambiente, la salute e i fini ambientali tra gli elementi finalistici dell'attività economica.

A fronte dell'indiscutibile centralità che, da anni, gli appalti verdi ricoprono nella disciplina regolatoria delle procedure evidenziali, si è registrata una diffusione claudicante del *Green Public Procurement* nella sua configurazione *in action*. Un lampante segnale del fatto che l'elenco dei "da fare" sia ancora denso.

2. Genesi ed evoluzione del *Green Public Procurement* tra dimensione internazionale ed europea

Con la locuzione appalti verdi si fa riferimento a un insieme di strumenti giuridici volti a promuovere l'integrazione di requisiti ambientali nel-

²⁰ Si fa riferimento, in particolare, alla legge cost. n. 1/2022 che, votata a larghissima maggioranza, è intervenuta sugli artt. 9 e 41 Cost. *Funditus*, P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, n. 1, 2023, 86 ss. A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, cit, 1 ss.; I. Rivera, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2022, 225 ss.; M. Cecchetti, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 2, 2022, 352 ss.; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, *ivi*, 2021, 4, 109 ss.; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, *ivi*, n. 2, 2021, 460 ss.

la disciplina legislativa degli appalti pubblici, ricomprendendo gli stessi in tutte le fasi della procedura evidenziale.

Al fine di meglio comprenderne l'attuale portata, occorre procedere a ridisegnarne i principali snodi evolutivi, nell'ottica di un'articolata prospettiva multilivello a cerchi concentrici.

L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite colloca il *Sustainable Public Procurement* tra i principali *driver* per il conseguimento dei noti obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development goals – SDGS*)²¹.

Come noto, il *Sustainable Public Procurement* presenta una struttura tridimensionale, comprendente il *Green Public Procurement* (GPP), il *Socially Responsible Public Procurement* (SRPP) e l'*Ethical Public Procurement* (EPP).

In questo scenario, dunque, l'appalto pubblico si ricollega ad un complesso ciclo di spesa orientato verso risultati interconnessi, olistici e strategici. Trattasi, in particolare, di esigenze economiche, sociali e ambientali, indubbiamente ricollegate alla concretizzazione della finalità originaria e onnicomprensiva dell'Agenda 2030: *leaving no one behind*²².

Focalizzandosi sulle esigenze ambientali, occorre sottolineare come diversi protagonisti dello scenario internazionale si avvicinino al tema del *Green Public Procurement* attraverso strumenti di *hard* e *soft law*. Con riferimento al primo gruppo, si pensi all'*Agreement on Government Procurement*²³, un accordo plurilaterale siglato tra diversi paesi della *World Trade Organization* (WTO)²⁴ che, *ex multis*, promuove la possibilità di includere istanze ambientali tra i criteri di aggiudicazione²⁵.

²¹ Sul punto, vedasi A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il Procurement delle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, A. La Chimia, Il Mulino, Bologna, 2021, 73 ss.

²² Ancora, T. Stoffel, C. Carvero, A. La Chimia, G. Quinot, *Multidimensionality of Sustainable Public Procurement (SPP) – Exploring concepts and effects in Sub-Saharan Africa and Europe*, in *Sustainability*, n. 11, 2019, 6352 ss.

²³ Il principale accordo internazionale relativo agli appalti pubblici. Nello specifico, si compone di due aspetti principali: la definizione di procedure e norme sulle modalità di aggiudicazione di un appalto e la declinazione di elenchi di enti appaltanti e dei tipi di appalti che ciascun paese ha accettato di aprire alla concorrenza tra imprese straniere.

²⁴ Tale accordo plurilaterale, quindi non inclusivo di tutti i membri della WTO, include l'Unione europea e i suoi Stati membri e altri 19 paesi: Armenia, Australia, Canada, Taipei cinese, Hong Kong (Cina), Islanda, Israele, Giappone, Liechtenstein, Montenegro, Moldova, Paesi Bassi per quanto riguarda Aruba, Norvegia, Nuova Zelanda, Corea del Sud, Singapore, Svizzera, Ucraina e Stati Uniti.

²⁵ Sulle criticità dell'accordo in oggetto, vedasi A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il Procurement delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., 90 ss. L'Autrice, infatti, alla nota 38 afferma: «Il *coverage* del GPA è molto particolare perché il GPA si applica solo per quei soggetti inclusi negli *Annexes* degli Stati membri e il *coverage* per ogni Stato

Tra gli strumenti internazionali di *soft law*, invece, si porta l'attenzione all'attività dell'*UN Environmental Assembly* che, con una risoluzione del 15 marzo 2019, ha esortato i membri a modernizzare il quadro normativo in tema di appalti pubblici, rafforzando il collegamento tra *procurement* e *business responsabile*²⁶.

E proprio sulla concezione di *business responsabile* si incardina la linea spartiacque tra le diverse *policy* che connotano i paesi in via di sviluppo e quelli europei. Infatti, mentre i primi affidano prioritariamente al *procurement* pubblico il ruolo di strumento per fronteggiare la questione delle diseguaglianze sociali e, secondariamente, quello di catalizzatore di soluzioni *eco-friendly*, nei Paesi dell'Unione europea il rapporto risulta differente. Le conquiste in termini di diritti umani e sociali di cui l'Europa può godere grazie al suo glorioso passato rivoluzionario, fanno sì che il cosiddetto *Socially Responsible Public Procurement* e il *Green Public Procurement* procedano di pari passo. Per quanto interessa in questa sede, il cono di luce sarà rivolto alle istanze prettamente ambientali incluse nelle dinamiche delle procedure evidenziali.

A partire dai primi anni Novanta del secolo scorso, a livello europeo, si è iniziata a valutare e a discutere la possibilità di introdurre clausole ecologiche in relazione all'affidamento di commesse pubbliche²⁷. Questa prospettiva ha determinato una nuova visione in tema di appalti pubblici, fino ad allora ricollegati ad obiettivi meramente economici da conseguire con procedure di aggiudicazione trasparenti e nel rispetto della parità di condizioni tra concorrenti. Le originarie direttive sul *Public procurement*²⁸, infatti, erano del tutto scevre da qualsivoglia accenno a profili ambientali.

Proprio con riferimento alla parità di condizioni tra concorrenti, infatti, si temeva che le clausole verdi avrebbero potuto incidere negativamente, penalizzando tutti gli operatori economici impossibilitati a sostenere ulteriori costi connessi a beni e servizi maggiormente *green*²⁹. A tale clima

membro è oggetto di numerose e intense negoziazioni ed è diverso da altri accordi sul *procurement* (si pensi ad esempio alle direttive europee)»

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sul punto vedasi M. Cozzio, *Appalti pubblici e sostenibilità: gli orientamenti dell'Unione Europea e il modello italiano*, in *Gior. Dir. Amm.*, 6, 2021, 721 ss.; per una ricostruzione completa dei vari passaggi che hanno segnato genesi ed evoluzione degli appalti verdi vedasi A. Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, in *Le Regioni*, nn. 1-2, 2022, 147 ss.

²⁸ Il riferimento è alle dir. 92/50/Cee sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 93/36/Cee sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e 93/37/Cee sull'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

²⁹ Sul punto, *funditus*, G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *RQDA*, n. 3, 2016, 8.

di incertezza, in tutta risposta, sono intervenuti il Trattato di Maastricht del 1992³⁰ e il Trattato di Amsterdam del 1997³¹. Mentre il primo ha promosso una crescita economica equilibrata e sostenibile, il secondo, attraverso l'introduzione del principio di integrazione, ha condotto le istituzioni europee ad integrare l'interesse ambientale nel perimetro delle diverse politiche da perseguire³².

Con l'intento di operare un primo passo concretamente orientato ad una sintesi integrativa tra istanze ecologiche e regolazione degli appalti pubblici, tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, la Commissione europea ha adottato il Libro Verde³³, il Libro Bianco³⁴ e diverse comuni-

³⁰ Entrato poi in vigore il primo gennaio 1993.

³¹ Entrato poi in vigore il primo maggio 1999.

³² Tale principio, originariamente recepito all'art. 6 del Trattato Ce, è oggi riportato all'art. 11 del Tfiue, il quale afferma: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». In letteratura, vedasi L. Kramer, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, 90 ss., G. Garzia, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3515 ss., F. De Leonardis, *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO*, in *Dir. amm.*, 2004, 513 ss., R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro Amm. TAR*, n. 6, 2009, 1945 ss., Id. *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, n. 1, 2021, 12 ss., C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. Amm.*, n. 4, 2020, 843 ss.

³³ Comunicazione della Commissione, 27 novembre 1996, COM (1996) 583, *Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*. Per quanto interessa in questa sede, si fa riferimento a quanto riportato a p. 47, 5.46, «In questo campo specifico gli Stati membri (ed i loro organi) prestano una sempre maggiore attenzione alle considerazioni di natura ambientale nell'ambito della stipulazione di appalti pubblici. In ragione delle loro dimensioni, tali appalti possono infatti avere ripercussioni molto importanti su talune attività economiche ovvero anche rivelarsi determinanti per lo sviluppo commerciale di taluni prodotti».

³⁴ Comunicazione della Commissione, 11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM (1998) 143 def. In particolare, per quanto rileva in questa sede, il Libro Bianco definisce la tutela dell'ambiente come «componente fondamentale dell'economia moderna», riconfermando l'esigenza di armonizzare la regolazione degli appalti pubblici con le istanze ecologiche. Come riportato in G. Fidone, F. Mataluni, *cit.*, 10 s. «Il Libro Bianco sottolinea anche che devono essere definiti i limiti entro i quali le stazioni appaltanti possono ponderare gli aspetti ambientali e sociali nelle procedure di aggiudicazione, nel rispetto del diritto comunitario e dei principi di trasparenza e non discriminazione. Su tale base, sono indicati gli ambiti in cui le venticinque Direttive sugli appalti pubblici consentono di introdurre gli aspetti ambientali negli acquisti delle pubbliche amministrazioni e cioè nella scelta di prodotti o servizi compatibili con le preoccupazioni ambientali; nella possibilità di esclusione di candidati riconosciuti colpevoli di violazioni della normativa ambientale nazionale; nell'elaborazione

cazioni sul tema³⁵. A tal proposito, il noto Manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili, edito dai servizi della Commissione europea nel 2005, ha sottolineato che «parlare di acquisti verdi significa fornire un esempio e influenzare il mercato. Promuovendo gli appalti verdi, gli enti pubblici possono offrire all'industria degli incentivi concreti per lo sviluppo di tecnologie verdi. In alcuni settori che riguardano taluni prodotti, lavori e servizi, l'impatto può essere particolarmente significativo, dato che gli acquirenti pubblici controllano una larga fetta di mercato (ad es., per quanto riguarda computer, edifici a basso consumo energetico, trasporti pubblici, ecc.) []. Attraverso acquisti assennati, è possibile risparmiare materiali ed energia, ridurre la quantità di rifiuti nonché l'inquinamento e incoraggiare modelli di comportamento sostenibili».

Particolarmente significativa è stata anche l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, più volte chiamata a pronunciarsi sulla conformità al diritto europeo di norme interne che consentivano alle stazioni appaltanti di tenere in considerazione aspetti ambientali e sociali³⁶ nell'aggiudicazione della gara.

Limitandosi a catalizzare l'attenzione sugli aspetti ambientali, un *leading*

di specifiche tecniche espressive anche di valori ecologici, nell'integrazione della tutela ambientale nei criteri di selezione dei candidati attinenti alle capacità tecniche; nella possibilità di inserire aspetti ambientali nella definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando il riferimento a questi elementi implichi un vantaggio economico attinente alla prestazione oggetto dell'appalto di cui benefici direttamente l'ente acquirente».

³⁵ Tali documenti declinano sotto differenti aspetti l'attenzione che le allora istituzioni comunitarie avevano cominciato a prestare sull'intersezione tra tematiche ambientali e mercato. Si fa riferimento, *ex multis*, alla Comunicazione della Commissione europea, 24 gennaio 2001, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta – sesto programma di azione per l'ambiente*, COM (2001), 31, alla Comunicazione, 15 maggio 2001, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, COM (2001) 264 def., alla Comunicazione, 28 novembre 2001, *Comunicazione interpretativa della Commissione Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274 def., alla Comunicazione, 18 giugno 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di "ciclo di vita ambientale"*, COM (2003), 302. Degna di nota è sicuramente la Comunicazione, 16 luglio 2008, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, COM (2008) 400 def. Muovendo dal dato economico relativo alle spese degli enti pubblici, il documento illustra i potenziali vantaggi dell'"acquistare verde" che possano portare benefici importanti all'intera economia comunitaria. Inoltre, spinge le PA ad integrare le considerazioni sul ciclo di vita dei prodotti e dei servizi e a valorizzare le forniture realizzate a partire dal recupero di materiali precedentemente scartati, generando un positivo effetto sulla riduzione dei rifiuti.

³⁶ Tra i *leading cases*, in ottica di *socially responsible public procurement*, troviamo Corte di Giustizia Ue, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. C. Paesi Bassi* e il caso *Regione Nord Pas de Calais*, Corte di Giustizia Ue, 26 settembre 2000, causa C-225/98,

case è rappresentato dalla nota controversia *Concordia Bus Finland Oy Ab*³⁷, risalente al 2002.

La stessa trae origine da una procedura di appalto di servizi indetta dalla città di Helsinki per l'affidamento della gestione di una linea di autobus per il trasporto urbano. Tra i diversi criteri di aggiudicazione che il bando di gara elencava al fine di determinare l'offerta più vantaggiosa, ne era previsto uno di carattere premiale riservato a tutte quelle offerte che contemplassero ridotte emissioni sonore e di ossido di azoto.

Chiamata a valutare se fosse legittimo inserire in un appalto pubblico valutazioni di carattere ambientale in questi termini, la Corte di Giustizia ha definito possibile «prendere in considerazione criteri relativi alla tutela dell'ambiente, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla [...] amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione»³⁸.

Parimenti, il Giudice europeo ha consolidato la presente impostazione in diverse occasioni, affermando che tali criteri ambientali potevano riguardare anche i cicli produttivi del prodotto come, ad esempio, la fornitura di energia elettrica da fonti rinnovabili. Il riferimento è al caso *EVN A.G., Wienstrom GmbH C. Republik Osterreich*³⁹. Ripercorrendo le motivazioni del caso pilota *Concordia Bus Finland*, la sentenza in esame ha affermato che «le amministrazioni aggiudicatrici possono non solo scegliere liberamente i

Commissione C. Repubblica francese. Entrambe le controversie erano incentrate sulla possibilità di utilizzo di criteri di aggiudicazione ascrivibili all'area della lotta alla disoccupazione.

³⁷ Corte di Giustizia Ue, 17 settembre 2002, Causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL Bussliikenne*.

³⁸ Per un'approfondita analisi della sentenza in esame si rimanda a M. Lottini, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro amm.* CDS, 2002, 1936 ss., M. Brocca, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.* 2003, 168 ss., D.U. Galletta, *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comp.*, 2004, 317 ss., S. Arrowsmith, *The Law of Public Utilities and procurement: Regulation in the EU and UK*, I, Londra, 2014, 739 ss., e G. Leone, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in D. Garofolo, *Appalti e lavoro. Volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Milano, 2017, 11 ss.

³⁹ Corte di Giustizia Ue, 4 dicembre 2003, Causa C-448/01, *EVN A.G., Wienstrom GmbH C. Republik Osterreich*. Il testo della sentenza è riportato in *Urb. App.*, n. 12, 2004, con nota di B. Pogace, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della Corte di Giustizia alla nuova direttiva 2004/18*. Con riferimento alla controversia e alle sue implicazioni giurisprudenziali vedasi anche M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Giappichelli, Milano, 2023, 64 ss.

criteri d'aggiudicazione dell'appalto, ma anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa».

I principi giurisprudenziali definiti dalla Corte di Giustizia sono stati recepiti dal legislatore europeo con le direttive 17/2004/Ce e 18/2004/Ce, che hanno riconosciuto alle stazioni appaltanti la facoltà di tenere in considerazione fattori ambientali in fase di aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto⁴⁰. Si è trattato di un primo punto di approdo significativo, ma indubbiamente ancora lontano da una sistemica applicazione di criteri ambientali nell'ambito delle commesse pubbliche.

Per questo motivo, nonostante il tragico periodo di crisi finanziaria sviluppatosi nella prima decade degli anni Duemila, la Commissione europea ha intensificato la produzione di documenti⁴¹ finalizzati a diffondere l'istituto degli appalti verdi, attribuendo agli stessi un ruolo strategico nell'auspicato processo di ripresa economica. In particolare, si fa riferimento alla Comunicazione del 3 marzo 2010, «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»⁴² e al Libro Verde «sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti»⁴³. Il Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'Ue in materia di appalti pubblici ha evidenziato il ruolo strategico ricoperto dal *Green Public Procurement* nell'affrontare le nuove sfide derivanti dalla crisi economica in corso. Infatti, «le amministrazioni pubbliche possono offrire un importante contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020, sfruttando il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza “sociale” per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l'occupazione, migliorando la salute pubblica e le condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati. La sensibile domanda di beni e servizi “più verdi”, a basse emissioni di carbonio, più innovativi e so-

⁴⁰ Vedasi, nello specifico, l'art. 26, dir. 18/2004, e l'art 38, dir. 17/2004.

⁴¹ Si pensi alla Comunicazione, 16 luglio 2008, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, COM (2008) 400 def., alla Comunicazione, 2 dicembre 2015, *L'anello mancante – Piano d'azione dell'UE per l'economia circolare*, COM (2015) 614 def.

⁴² Commissione Europea, Comunicazione del 3 marzo 2010, *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020.

⁴³ Commissione Europea, Comunicazione 27 gennaio 2011, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM (2011) 15 def.

cialmente responsabili potrà anche orientare la produzione e le tendenze di consumo negli anni a venire»⁴⁴. Il Libro Verde arrivava a identificare due differenti metodi, incentrati sul “come acquistare” e “cosa acquistare”. Mentre il primo metodo ambisce a «fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici», il secondo impone «requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevede incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare».

In questo stesso lasso temporale, occorre soffermare l'attenzione circa la rilevanza di un'ulteriore pronuncia della Corte di Lussemburgo, nella causa che ha visto contrapporsi la Commissione europea contro il Regno dei Paesi Bassi⁴⁵. In un particolare momento di passaggio, infatti, la controversia in esame ha ricoperto un ruolo importante per chiarire entro quale misura le stazioni appaltanti potessero fissare la sostenibilità economica e sociale come condizione per l'aggiudicazione dell'appalto⁴⁶.

Nel caso di specie, una provincia olandese aveva pubblicato un bando per l'aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto servizi di fornitura di caffè e di manutenzione delle relative macchine di distribuzione automatica. Il bando in oggetto richiedeva l'utilizzo di prodotti con particolari marchi e, solo nei successivi chiarimenti, veniva specificato che la pubblica amministrazione olandese avrebbe accettato anche marchi equivalenti. Sul punto, il giudice europeo ha ribadito alcuni snodi fondamentali⁴⁷: l'amministrazione aggiudicatrice doveva considerarsi tenuta a menzionare espressamente le caratteristiche ambientali dettagliate che intendeva imporre, anche nel caso in cui avesse rimandato a caratteristiche riconducibili ad un'eco-etichettatura; il ricorso al marchio di qualità avrebbe dovuto fungere solo da presunzione di esistenza di determinate caratteristiche tecniche; in assenza di marchio di qualità, gli operatori economici avrebbero dovuto poter dimostrare *aliunde* che la loro offerta rispondeva alle stesse specifiche tecniche; la documentazione di gara doveva comprendere fin da subito i requisiti richiesti, non potendo subire modifiche sostanziali pochi giorni prima della scadenza del termine. Posto che, i criteri ecologici e sociali adottati dall'amministrazione aggiudicatrice, necessitassero di un collegamento con l'oggetto dell'appalto, la sentenza ribadiva che tale collegamento non potesse

⁴⁴ *Ibidem*, capitolo 4.

⁴⁵ Il riferimento è alla causa Corte di Giustizia Ue, 10 maggio 2012, C-368/10, il cui testo è disponibile sulla banca dati EUR-Lex.

⁴⁶ Sul punto, *funditus*, si veda R. Caranta, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 11, 2012, 1131 ss.

⁴⁷ Si vedano, a tal proposito, il punto 67 della motivazione e il punto 71 dell'esecuzione.

riguardare solo caratteristiche intrinseche al prodotto ma anche, ad esempio, aspetti legati al processo di produzione dello stesso⁴⁸.

L'intenso e capillare lavoro della Commissione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha indotto il legislatore europeo ad incrementare la promozione e la diffusione di appalti pubblici sostenibili con un nuovo pacchetto di direttive⁴⁹.

Nello specifico, trattasi delle direttive 2014/24/UE, avente ad oggetto gli appalti nei settori ordinari, 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e 2014/23/UE, sui contratti di concessione.

Alla luce di questi interventi, la configurazione degli appalti pubblici in termini di *medium* della sostenibilità è chiara.

Proprio il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE afferma che gli appalti pubblici costituiscono un perno fondamentale per la Strategia Europa 2020, poiché «costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici».

Sotto l'egida del principio di integrazione, le istanze ambientali sono riuscite a trovare spazio in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica, muovendo da specifiche tecniche attraverso cui è stata ridefinita la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di potere richiamare particolari eco-etichettature e toccando anche la fase di esecuzione dell'appalto per la quale diventa possibile pretendere l'applicazione di determinati sistemi di gestione ambientale o, in generale, diverse condizioni di esecuzione ecologicamente sostenibili⁵⁰.

Sulla fase di aggiudicazione dell'appalto, poi, il pacchetto di direttive è intervenuto con riferimento al concetto di offerta economicamente più vantaggiosa, che ha cominciato a poter essere valutata attraverso due differenti modalità che la stazione appaltante è tenuta a selezionare *ex ante*: il tradizionale rapporto qualità/prezzo o il nuovo criterio di comparazione costo/efficacia⁵¹.

⁴⁸ Si veda il punto 91 della sentenza

⁴⁹ Vedasi, nello specifico, C.Viviani, *Appalti sostenibili*, Green Public procurement e Socially Responsible Procurement, in *Urb. app.*, nn. 8-9, 2016, 995 ss.

⁵⁰ *Funditus*, vedasi O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in *Italiappalti.it*, 14 febbraio 2017.

⁵¹ Sul punto, vedasi C.Viviani, *Appalti sostenibili*, Green Public procurement e Socially responsible procurement, cit., 995 ss. Il riferimento è all'art. 67, dir. 2014/24/UE.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

La definizione del rapporto qualità/prezzo arriva ad ammettere la possibilità di considerare criteri qualitativi ambientali (e anche sociali) connessi all'appalto⁵².

Più complesso, invece, è declinare il criterio di comparazione costo/efficacia, inscindibilmente legato al concetto di “costo del ciclo di vita del prodotto”. La direttiva 2014/24/UE ne ha elaborato la definizione, muovendo dal significato di ciclo di vita. Il ciclo di vita viene definito come l'insieme delle «fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione»⁵³.

Il costo del ciclo di vita, dunque, «comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali»⁵⁴. In altre parole, le implicazioni ambientali dell'offerta vengono ad essere valutate in termini di costi e di risparmio economico⁵⁵.

Ovviamente, la misurazione del costo di vita deve essere basata su criteri non discriminatori e oggettivi e deve avere ad oggetto dati che gli operatori economici possono fornire con l'ordinaria diligenza; è compito della stazione appaltante specificare *ex ante* il metodo che sceglierà di utilizzare⁵⁶.

Nonostante tali direttive abbiano costituito un passo estremamente importante per l'avvento di una Rivoluzione Verde in Europa, parte della dottrina ha sottolineato come l'applicazione delle istanze ambientali ivi contemplate resti meramente facoltativa nonché di complessa attuazione⁵⁷.

⁵² Si veda, in particolare, l'art. 67, dir. 2014/24/UE, che ricomprende tra i vari criteri la qualità e il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, l'accessibilità per persone disabili, il contenimento dei consumi energetici dell'opera e del prodotto, i suoi costi di manutenzione *etc.*

⁵³ Così, art. 2, c. 1, n. 20, dir. 2014/24/UE.

⁵⁴ In questi termini vedasi il considerando 96 e l'art 67, dir. 2014/24/UE. In letteratura, *funditus*, C.Viviani, *Appalti sostenibili*, Green Public Procurement e Socially Responsible Procurement, cit., 996 ss. e O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, cit.

⁵⁵ C.Viviani, *Appalti sostenibili*, Green Public Procurement e Socially Responsible Procurement, cit.

⁵⁶ Così, art. 68, dir. 2014/24/UE.

⁵⁷ Così, O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici*.

Ad ogni modo, con particolare riferimento ad alcuni interventi attuativi del *Green Deal*, è opportuno dedicare un breve richiamo al recente affermarsi, anche nell'ambito della disciplina Ue di settore, di un approccio c.d. *mandatory*, caratterizzato dall'introduzione di previsioni volte a disciplinare in termini obbligatori il "cosa comprare"⁵⁸.

Non a caso, è noto come il *Green Deal* abbia ribadito il ruolo strategico del *Green Public Procurement* per il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità stabiliti dall'Unione europea, rimarcando come – soprattutto nel contesto unionale – le istituzioni debbano dare l'esempio, assicurandosi che i loro appalti si basino sull'applicazione di criteri ecologici.

A ciò si ricollega la graduale emersione del concetto di *Circular Public Procurement*, che accorda agli appalti verdi un importante ruolo per la diffusione di modelli di economia circolare⁵⁹.

l'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale, cit. Inoltre, vedasi il considerando 95, dir. 24/2014, in cui si non è stato ritenuto necessario «fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione» in ragione «delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati».

⁵⁸ Si vedano, sul punto, R. Caranta, *Towards mandatory SPP for buildings/works*, in *European journal of public procurement markets*, 4, 2022, 9 ss., W. Janssen, R. Caranta (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Oxford, Bloomsbury, 2023. Il riferimento, ad esempio, è ai settori dei mezzi di trasporto su gomma, delle attrezzature da ufficio, delle prestazioni energetiche negli edifici. A tal proposito, vedasi anche A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Ceridap*, n. 3, 2023. Alla nota 70, infatti, l'autore sottolinea come, ad esempio, «all'art. 70 della Proposta di Regolamento UE relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie, che abroga la direttiva 2006/66/CE e modifica il regolamento (UE) 2019/1020, si stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, per un verso debbono tenere conto, negli appalti pubblici per batterie o prodotti contenenti batterie, dell'impatto ambientale durante il loro ciclo di vita, nell'ottica di garantire che tale impatto sia ridotto al minimo, per l'altro sono invitati a includere le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione per garantire che la scelta ricada su un prodotto tra quelli con un impatto ambientale durante il ciclo di vita significativamente inferiore. Inoltre, si prevede che la Commissione possa stabilire, mediante atti delegati, criteri minimi obbligatori in materia di appalti pubblici verdi». Come ribadito dall'Autore, sul fatto che, *pro futuro*, l'assetto regolatorio unionale in tema di appalti verdi assuma o meno ulteriori connotati *mandatory* si registrano posizioni dottrinali differenti. Sul fatto che il GPP debba risultare vincolante solo in determinati settori a maggior impatto ambientale, vedasi K.-M. Halonen, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, vol. 28(4), 553 ss. Sul fatto che il GPP debba gradualmente passare ad un totale versante *mandatory*, vedasi, ad esempio, L. Mélon, *More Than a Nudge? Arguments and Tools for Mandating Green Public Procurement in the EU*, in *Sustainability*, n. 12, 2020, 15 ss.

⁵⁹ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione europea, 2 dicembre 2015,

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

Alla crisi pandemica degli ultimi anni, poi, l'Unione Europea ha risposto con il *NextGenerationEU*⁶⁰, un piano di ripresa economico e sociale mosso dall'intento di finanziare ed incentivare anche una transizione ecologica *green* e digitale, improntata alla tutela della biodiversità, alla promozione della ricerca e al sostegno di modelli di produzione alternativi.

3. Gli appalti verdi nello scenario giuridico nazionale

3.1. Dal Decreto Ronchi al PAN GPP, passando dal primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006)

In Italia, la considerazione delle istanze ambientali nelle procedure di evidenza pubblica ha registrato uno sviluppo molto più lento rispetto al resto del contesto europeo.

La pressoché assenza di interesse verso l'integrazione di elementi ecologici con la disciplina degli appalti pubblici era rappresentata dalla sussisten-

*L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare COM (2015) 614 def. e alla Comunicazione, 11 marzo 2020, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare COM (2020) 98 final. La definizione più autorevole di economia circolare è quella elaborata dalla Fondazione Ellen MacArthur, ente che promuove in tutto il mondo il paradigma di sviluppo circolare: «la circular economy è un'economia industriale concettualmente rigenerativa e riproduce la natura nel migliorare ed ottimizzare in modo attivo i sistemi mediante i quali opera». Come noto, il concetto di economia circolare investe gli economisti da molti anni. Il punto di partenza è rappresentato dal rapporto Brundtland del 1983, dal quale emerge la già allora l'insostenibilità del sistema c.d. lineare. Funditus, M. Cocconi (a cura di), *Il mosaico dell'economia circolare Regole, principi, modelli*, Franco Angeli, Milano, 2023; Id., *La regolazione dell'economia circolare*, Franco Angeli, Milano, 2020; F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare*, in *Dir. Amm.*, n. 1, 2017, 163 ss.*

⁶⁰ Il *NextGenerationEU* rappresenta il dispositivo per la ripresa e la resilienza degli Stati Ue a seguito della crisi pandemica. Quest'ultimo, ammontando globalmente a 723,8 miliardi di euro, offre sovvenzioni e prestiti a sostegno delle riforme e degli investimenti negli Stati membri, i quali sono tenuti ad elaborare dei piani nazionali di ripresa e resilienza che illustrino come intendono investire i fondi nonché a rispettare i traguardi e gli obiettivi concordati. Infatti, prima di qualsiasi erogazione nell'ambito del dispositivo per la ripresa e la resilienza, la Commissione valuta il conseguimento soddisfacente di ciascun traguardo e obiettivo. Sul punto, vedasi Comunicazione COM (2020), 456 final., 27 maggio 2020, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*. Nel luglio 2020, i Capi di Stato o di governo dell'Ue hanno approvato il *NextGenerationEU*. Il 10 novembre 2020 l'accordo è stato siglato anche con il Parlamento europeo. Il 17 dicembre 2020, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il relativo piano 2021-2027.

za di previsioni normative isolate sul tema, lasciando spazio a possibili profili di incompatibilità con il diritto comunitario⁶¹.

Si pensi, ad esempio, al Decreto Ronchi⁶², che ha imposto alle pubbliche amministrazioni l'acquisto di determinati beni a basso impatto ambientale, come carta riciclata e pneumatici ricostruiti, o al d.m. 27 marzo 1998, incentrato sul crescente obbligo per le pubbliche amministrazioni di dotarsi di mezzi di trasporto a bassa emissione⁶³.

Un punto di svolta è stato segnato dall'approvazione del primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), al cui interno vengono recepite le direttive appalti pubblici del 2004⁶⁴.

In questi termini, l'allora vigente art. 2 del Codice risultava particolarmente significativo, in virtù di una parziale relativizzazione del tradizionale principio di economicità ivi operata. Il suo secondo comma, infatti, affermava che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». Nonostante la previsione normativa in esame avesse previsto la possibilità di subordinare esigenze prettamente economiche a istanze verdi solo in presenza di una specifica copertura legislativa, risultava chiaro e lampante l'intento del legislatore di recepire il principio di integrazione e di promuoverne la concretizzazione. Ad ogni modo, la possibilità di inoculare la procedura di evidenza pubblica entro dinamiche ecologicamente orientate rimaneva una semplice facoltà rimessa ad una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione.

Il marginale utilizzo dell'istituto in esame ha spinto il legislatore ad adottare provvedimenti ulteriori, tra cui, nel 2008, il Piano di azione per

⁶¹ Così, ad esempio, F. Schizzerotto, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. Giur. Amb.*, n. 6, 2004, 967 ss.

⁶² D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22.

⁶³ Per un elenco completo del panorama normativo italiano prima dell'approvazione del primo codice dei contratti pubblici, vedasi A. Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, cit., 154. In particolare, l'Autrice si sofferma sulla Deliberazione del Cipe n. 57/2002, Strategia di Azione ambientale per lo sviluppo in Italia e il d.m. ambiente n. 203/2003, c.d. decreto ri-prodotti in materia di recupero dei materiali a fine vita. A tali atti, sottolinea l'Autrice, «va riconosciuto un ruolo di apripista alle previsioni che stabiliscono requisiti obbligatori secondo il modello del "che cosa acquistare"».

⁶⁴ Per un'analisi dettagliata sul tema, vedasi G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comp.*, n. 5, 2012, 819 ss.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

la sostenibilità ambientale (PAN GPP)⁶⁵ e, nel 2015, il c.d. Collegato ambientale.

Il PAN GPP si è posto l'obiettivo di promuovere la diffusione dell'istituto degli appalti verdi affinché quest'ultimo possa pienamente «dispiegare le sue potenzialità come strumento per il miglioramento ambientale»⁶⁶. Tra le concrete azioni che tale atto di indirizzo non vincolante intende promuovere spiccano: il coinvolgimento dei soggetti rilevanti per il GPP a livello nazionale, la diffusione della conoscenza del GPP presso la pubblica amministrazione e altri enti pubblici, la definizione per prodotti, servizi e lavori identificati come prioritari per gli impatti ambientali, le indicazioni metodologiche per la costruzione di processi di acquisto sostenibili e di criteri ambientali da inserire nei capitolati di gara, la definizione di obiettivi nazionali triennali e il monitoraggio periodico sulla diffusione del GPP con annessa analisi dei benefici ambientali ottenuti.

L'aspetto più innovativo ivi compreso è rappresentato dal richiamo ai Criteri ambientali minimi (d'ora in poi CAM), nella misura in cui è stata ritenuta parte della strategia GPP l'adozione di decreti ministeriali *ad hoc* per determinare i requisiti ambientali minimi di alcune categorie merceologiche oggetto di appalto pubblico cui le pubbliche amministrazioni potevano fare riferimento. In questa fase, dunque, l'adozione dei CAM da parte della pubblica amministrazione restava pienamente facoltativa.

A ricoprire un ruolo di ponte per la riforma del Codice dei contratti pubblici del 2016 è stato il Collegato Ambientale⁶⁷, principalmente caratterizzato dall'introduzione della vincolatività dei CAM⁶⁸ e di misure premiali per tutti i soggetti muniti di certificazioni ambientali.

⁶⁵ Trattasi, nello specifico, del decreto interministeriale n. 135/2008, poi oggetto di successive modificazioni, l'ultima delle quali viene ricollegata al decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica 3 agosto 2023, di concerto con il Ministro delle imprese e del *Made in Italy* e con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il PAN GPP si ricollega all'indicazione contenuta nella Comunicazione della Commissione europea "*Politica integrata dei prodotti, sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*", COM (2003) 302, nonché all'ottemperanza del c. 1126, art. 1, l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007). Il documento in oggetto viene adottato attraverso un ampio processo di consultazione con enti locali e parti interessate e con la collaborazione dei ministeri competenti e degli enti e strutture tecniche di supporto.

⁶⁶ Cfr. art. 2.

⁶⁷ Il riferimento è alla l. n. 221/2015 recante «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali». Vedasi, *funditus*, M. Lucca, S. Usai, *Gli appalti verdi nel collegato ambientale: "focus" sul "Green Public Procurement" nella pubblica amministrazione*, in *App. contr.*, n. 4, 2016, 54 ss.

⁶⁸ Il collegato ambientale 2015, con l'art. 18, l. 28 dicembre 2015, n. 221, aveva già

La portata innovativa del Collegato Ambientale ha trovato pieno assorbimento nel Codice dei contratti pubblici del 2016⁶⁹, peraltro attuativo del suddetto pacchetto di direttive risalente al 2014.

3.2. Il secondo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) tra specifiche tecniche, offerta economicamente più vantaggiosa e CAM

L'attenzione per le istanze ambientali ha costituito uno dei punti cardine del secondo Codice dei contratti pubblici, come ben può evincersi già dall'originaria legge delega⁷⁰. Quest'ultima, infatti, ha sancito in termini di necessarietà la definizione di «misure volte a garantire il rispetto di criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per beni, lavori e servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente»⁷¹.

L'analisi sistemica del d.lgs. n. 50/2016 lascia intendere come una prospettiva ecologicamente orientata abbia tagliato trasversalmente l'intera regolazione della procedura di evidenza pubblica, dalla definizione delle specifiche tecniche, a quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fino all'obbligatorietà dei CAM nei settori espressamente contemplati da decreti ministeriali *ad hoc*.

Particolarmente diromponente rispetto al passato è risultata la disciplina dei criteri di aggiudicazione⁷², del tutto in linea con la definizione di quelli indicati nel pacchetto di direttive del 2014 (di cui *supra*) e comunque sottoposta al limite di verificabilità e pertinenza degli stessi alla natura e all'oggetto del contratto⁷³.

A tal proposito, l'art. 95, d.lgs. n. 50/2016, ha definito come principale criterio di selezione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷⁴, relegando la rilevanza del prezzo secco a sole ipotesi marginali.

modificato il vecchio codice degli appalti inserendovi all'art. 68-*bis* il concetto di criteri ambientali minimi.

⁶⁹ Il riferimento è al d.lgs. n. 50/2016.

⁷⁰ Il riferimento è alla l. n. 11/2016.

⁷¹ Così, l'art. 11, l. delega n. 11/2016.

⁷² In particolare, L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in *Giust.Amm.it*, n. 2, 2016.

⁷³ S.Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la competitività del prezzo anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. Econ.*, n. 2, 2015, 355 ss.

⁷⁴ Si noti che il concetto dell'offerta economicamente più vantaggiosa richiama tre

Specificamente, il quarto comma dell'articolo in commento afferma che «i documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto»⁷⁵.

Peraltro, ai sensi dell'art. 96, d.lgs. n. 50/2016, la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa può avvenire anche tenendo conto del costo del ciclo di vita del prodotto⁷⁶, ossia tutti quei costi che caratterizzano un bene *from cradle to grave*⁷⁷.

All'interno dei capitolati di appalto, le specifiche tecniche compren-

possibili sub-criteri: quello del prezzo più basso (in marginali ipotesi specifiche), quello del rapporto qualità prezzo e quello del costo/efficacia (specificamente incentrato sull'incidenza delle esternalità ambientali). Sui sottotipi di offerta economicamente più vantaggiosa, cfr. F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, vol. III, Milano, 2019, 534.

⁷⁵ Rientrano in questo elenco: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel Ue) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione; d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/Ue della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica; g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

⁷⁶ De Pauli, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice dei contratti*, in *Urb. e app.*, n. 6, 2016, 625 ss.

⁷⁷ Si pensi, ad esempio, ai costi di smaltimento in discarica di un bene o ai costi legati alle emissioni inquinanti.

dono le prescrizioni delle caratteristiche di un prodotto, di un materiale o di una fornitura, ricollegando le stesse all'uso che l'amministrazione aggiudicatrice deve farne⁷⁸. L'art. 68, d.lgs. n. 50/2016⁷⁹, ha ammesso la possibilità di ricomprendervi particolari clausole ecologiche, ricollegate non solo al sostanziale oggetto del contratto, ma anche al complessivo ciclo di vita del bene o del servizio, mentre l'art. 69 ha sottolineato come le stazioni appaltanti possano richiedere una specifica eco-etichettatura come prova che lavori, servizi e forniture rispondano effettivamente alle caratteristiche richieste.

Le pubbliche amministrazioni, dunque, contribuiscono a spingere il mondo produttivo verso una maggior competizione nel campo delle soluzioni sostenibili⁸⁰. Tuttavia, affinché ciò non si traduca in un'artificiosa manipolazione della concorrenza, il Codice ha obbligato le stazioni appaltanti a valutare comunque tutte quelle offerte che, seppur non allineate con le specifiche ambientali richieste, dimostrino di rispondere in modo equivalente alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice⁸¹.

Per completezza sistemica, si accenna brevemente alle agevolazioni che il Codice ha accordato alle imprese in possesso di eco-certificazioni. Il riferimento è all'art. 87 che, con rispetto alle certificazioni di qualità, ha previsto che le stazioni appaltanti possano chiedere all'operatore economico di in-

⁷⁸ *Funditus*, vedasi A. Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, cit. A p. 159, l'Autrice sottolinea come «Ad eccezione dei casi in cui non vi siano regole tecniche nazionali obbligatorie, le stazioni appaltanti dispongono di un ampio margine di discrezionalità potendo scegliere di definire autonomamente le specifiche tecniche oppure affidarsi a norme tecniche elaborate in sede internazionale, o europea, purché siano ammesse anche prestazioni che fanno riferimento a specifiche tecniche equivalenti. Come mezzo di prova che lavori, servizi e forniture corrispondono alle caratteristiche richieste, le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere una specifica eco-etichettatura (art. 69 D. lgs 50/2016), sempre nel rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione. Qualora, infatti un operatore economico non riesca ad ottenere, per motivi a lui non imputabili, l'etichettatura richiesta in tempo la stazione appaltante deve accettare anche altri mezzi di prova idonei ad attestare che lavori, servizi o beni oggetto dell'offerta soddisfino i requisiti dell'etichettatura».

⁷⁹ Il riferimento è al c. 5, lett. a), dell'art 68, d.lgs. n. 50/2016, il quale riporta che: «Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto []»

⁸⁰ Come osservato da attenta dottrina, vedasi O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici*, cit.

⁸¹ In questo caso, però, l'offerente dovrà dimostrare l'idoneità della propria offerta. Sul punto, vedasi G. Lucidi, *Le specifiche tecniche dei nuovi bandi*, in *GiustAmm.it*, 2016.

dicare le misure di gestione ambientali applicabili in sede di esecuzione del contratto e all'art. 93 che, al settimo comma, ha riconosciuto una riduzione dell'importo sulle garanzie di partecipazione alle imprese capaci di dimostrare il possesso di determinate certificazioni ambientali⁸².

Anche a seguito del correttivo al codice dei contratti pubblici intervenuto nel 2017⁸³, il d.lgs. n. 50/2016 ha fortemente valorizzato i CAM, confermandone la vincolatività e andando ben oltre alla tendenziale discrezionalità applicativa a questi accordata a livello europeo.

Posto che la tematica dei CAM costituirà oggetto di specifica analisi *infra*, ci si limita ad offrirne una breve definizione. Trattasi di particolari specifiche tecniche e caratteristiche che concorrono nel qualificare la prestazione richiesta dalla stazione appaltante e che, per diverse categorie merceologiche, vengono definite con decreto ministeriale. L'art. 34 del Codice, rubricato «criteri di sostenibilità energetica e ambientale»⁸⁴, ha richiesto che la documentazione progettuale e di gara sia corredata «almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM». A tale disposizione si ricollega l'art. 71, che ha stabilito come i bandi di gara debbano obbligatoriamente prevedere i CAM. L'obbligo riguarda affidamenti di qualsiasi importo nel limite, però, dei settori merceologici in cui i CAM sono stati definiti da appositi decreti ministeriali. È stata ammessa la possibilità, per le pubbliche amministrazioni di prevedere criteri premiali per offerte tecniche connotate da requisiti ambientali superiori a quelli minimi di cui ai CAM.

In sintesi, il secondo Codice dei contratti pubblici ha posto le basi per guidare le stazioni appaltanti verso un “cosa/come acquistare” ecologicamente orientato, indubbiamente indispensabile per le successive tappe evolutive di cui si dirà.

3.3. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023)

Il *NextGenerationEU* e il collegato Dispositivo del *Recovery and Resilience Facility* sono finalizzati a concedere aiuti finanziari agli Stati membri

⁸² *Funditus*, vedasi G. Crepaldi, R. Micalizzi, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici*, cit., 69 ss. Invece, sul tema delle certificazioni ambientali, A. Benedetti, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *RQDA*, nn. 1-2, 2012, 5 ss., e R. Cadenazzi, *Le certificazioni ambientali e il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2020.

⁸³ Il riferimento è al d.lgs. n. 56/2017.

⁸⁴ Sull'analisi di questa doppia dicitura, vedasi F. De Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *RQDA*, n. 3, 2020, 62 ss.

previa l'attuazione, da parte degli stessi, di riforme strutturali attinenti anche agli *standard* e alle priorità dell'Unione europea in tema di clima e ambiente.

A tal proposito, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in poi, PNRR) si snoda in 16 componenti, a loro volta raggruppati in diverse missioni⁸⁵; gli obiettivi inerenti alla transizione ecologica sono contenuti nella seconda, intitolata «Rivoluzione Verde e Transizione ecologica» e per la quale sono stati stanziati circa 60 miliardi di euro⁸⁶.

Per quanto interessa in questa sede, tra i *milestone* e i *target* conseguiti nella componente si elencano l'approvazione dell'«Accordo per lo sviluppo del piano d'azione per la creazione di capacità a sostegno degli enti locali»⁸⁷, e l'adozione della «Strategia Nazionale per l'Economia Circolare» (d'ora in poi SEC)⁸⁸.

Entrambi i documenti ambiscono alla diffusione di nuove abitudini produttive e di consumo, volte ad impostare le dinamiche del mercato verso orizzonti maggiormente ecosostenibili anche attraverso la leva della domanda pubblica.

Particolarmente interessante risulta il *trait d'union* che, anche nella dimensione nazionale, viene ad instaurarsi tra appalto pubblico e obiettivi di

⁸⁵ Specificamente, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio europeo a luglio 2021, racchiude 6 missioni. La prima missione ha ad oggetto «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo»; la seconda, «Rivoluzione verde e transizione ecologica»; la terza, «Infrastrutture per una mobilità sostenibile»; la quarta, «Istruzione e ricerca»; la quinta, «Inclusione e coesione»; la sesta, «Salute».

⁸⁶ Il testo definitivo del PNRR suddivide la missione inerente alla rivoluzione verde e alla transizione ecologica in quattro componenti: 1. Agricoltura sostenibile ed Economia circolare 2. Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile 3. Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici 4. Tutela del territorio e della risorsa idrica. Oltre ai circa 60 miliardi stanziati dal PNRR, alla missione della Transizione ecologica sono stanziati circa 9 miliardi dal Fondo Complementare nazionale. In termini generali, sulla portata generale del PNRR veda M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *questa rivista*, 18, 2022, 148 ss., e N. LUPU, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, *ivi*, n. 23, 2022.

⁸⁷ Il presente accordo è volto fornire sostegno tecnico alle autorità locali da parte del governo per l'attuazione della normativa ambientale comunitaria e nazionale, lo sviluppo di piani e progetti in materia di gestione dei rifiuti e le procedure di gara (con particolare riferimento ai CAM).

⁸⁸ La Strategia in oggetto è stata approvata con d.m. n. 259/2022 e può essere consultata nell'apposita sezione del sito del MASE, mentre il relativo cronoprogramma di attuazione è contenuto nel d.m. n. 342/2022. La Strategia Nazionale per l'economia circolare è un documento programmatico all'interno del quale sono individuate azioni, obiettivi e misure che si intendono perseguire attraverso la delineazione di politiche istituzionali rivolte ad un'effettiva transizione ecologica circolare.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

economia circolare: un'interdipendenza necessaria affinché le logiche di scambio diventino foriere della diffusione di un nuovo paradigma di sviluppo⁸⁹ consapevole della limitatezza di risorse naturali sul pianeta terra e della necessità di declinare strategie di produzione in cui i beni valgano da risorse anche per diversi cicli successivi⁹⁰.

La SEC legge negli appalti verdi un potenziale strumento di politica industriale in grado di stimolare lo sviluppo di filiere circolari, favorendo il mercato di prodotti riciclabili e di servizi a ridotto impatto ambientale⁹¹.

In questo contesto scandito da esigenze di innovazione, digitalizzazione, semplificazione e sostenibilità, si colloca il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023)⁹².

La stessa relazione illustrativa definisce il nuovo Codice dei contratti pubblici “auto-esecutivo”, dal momento che lo stesso non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi ma garantisce fin da subito una piena conoscenza della disciplina da attuare. L'esigenza di centrare, nei tempi e nei modi, i *milestone* del PNRR⁹³ e quella di garantire una ripresa economico-sociale del Paese, ha indotto il legislatore ad adottare un meccanismo di delegificazione operante sugli allegati del codice⁹⁴. La minuziosa disciplina ivi contenuta si snoda all'ombra di un nuovo ed innovativo complesso di principi – tra cui quelli di risultato, fiducia e accesso al mercato – da considerare in termini di criteri ermeneutici in grado di superare eventuali antinomie o lacune della disciplina⁹⁵.

⁸⁹ Ancora, sull'economia circolare nella dimensione nazionale, vedasi da F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, n. 1, 2020, 51 ss.; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. Econ.*, n. 1, 2019, 493 ss. e M. Cocconi, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. Econ.*, n. 3, 2019, 127 ss.

⁹⁰ Sul punto, vedasi F. De Leonardis, voce *Economia Circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet Giuridica, Torino, 2021, 165 ss.

⁹¹ Vedasi pp. 64 ss. della relativa Strategia.

⁹² Le cui disposizioni sono in vigore dal 1° aprile 2023, ma hanno trovato efficacia dal 1° luglio 2023. Con l'eccezione degli aspetti inerenti alla digitalizzazione degli appalti, che entreranno in vigore il primo gennaio 2024.

⁹³ L'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, si ricollega alla riforma che l'Italia era tenuta a portare a termine entro il 31 marzo 2023, al fine di sbloccare un assegno di 19 miliardi del dispositivo del *Recovery and Resilience Facility*.

⁹⁴ Gli allegati al codice sono ben 36.

⁹⁵ I principi sono quelli di risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede, sussidiarietà e solidarietà. Per un'analisi completa sul punto, vedasi L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini, H. Simonetti, in *Il Foro it. Gli speciali*, n. 1, 2023, 1 ss. La stessa relazione al Codice del Consiglio di Stato, reperibile in www.giustiziamministrativa.it, afferma che «i principi rendono intellegibile il disegno ar-

In linea con l'Agenda 2030 e con le politiche ambientali Ue, la relativa legge delega⁹⁶ ha enucleato l'esigenza di semplificare le procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, prevedendo misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici mediante la definizione e l'incremento di CAM vincolanti.

In piena continuità con la disciplina precedente – in dottrina, si è parlato di riforma avvenuta a “direttive invariate”⁹⁷ – il d.lgs. n. 36/2023 non perde di vista la rilevanza degli appalti verdi, inglobandoli nel nuovo impianto codicistico.

Ne sono una conferma l'art. 108, al cui interno restano saldi i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia, e l'art. 87 che, al terzo comma, annovera tra gli elementi del disciplinare di gara e del capitolato speciale, le specifiche tecniche, le etichettature, i rapporti di prova, le certificazioni, nonché il costo del ciclo di vita. Secondo quanto stabilito dall'allegato II.8., nel valutare le offerte sulla base di un criterio quale il costo del ciclo di vita, le stazioni appaltanti possono richiedere i dati connessi al consumo di energia o di altre risorse, i costi di raccolta, smaltimento e riciclaggio di rifiuti e i costi imputati a esternalità ambientali, inclusi dei costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici. Per quanto il criterio di valutazione consenta di inglobare nella procedura di evidenza pubblica la rilevanza delle esternalità ambientali, è opportuno approcciarvisi con cautela. Come sottolineato dalla dottrina⁹⁸, l'individuazione uniforme dei costi può comportare notevoli difficoltà applicative e la mole di dati che le imprese sono tenute a fornire rischia di sfavorire le piccole e medie imprese nella partecipazione alle gare di appalto. A tal proposito, si evidenzia che la riuscita vincente di tale criterio di aggiudicazione è subordinata all'auspicabile declinazione, a livello europeo, di precisi parametri di calcolo *ad hoc*⁹⁹. A queste

monico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole del tutto».

⁹⁶ Il riferimento è al c. 1, lett. f), art. 2, l. n. 78/2022. Per una completa analisi della legge delega in oggetto si rimanda a B.G. Mattarella, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 5, 2022, 589 ss.

⁹⁷ Il riferimento è all'attuale vigenza delle direttive appalti del 2014 e l'espressione così conosciuta è tratta da M. Renna, *I principi*, cit, 1 ss.

⁹⁸ In questo senso A. Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, cit., 164, e De Pauli, *I “costi del ciclo di vita” nel nuovo codice dei contratti*, cit.

⁹⁹ Il riferimento all'unico esempio esistente in questi termini è alla dir. 2009/33/

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

considerazioni deve aggiungersi il fatto che non tutti gli aspetti ambientali rilevanti possono essere monetizzati; si pensi, ad esempio, all'impossibilità di calcolare e monetizzare l'impatto sulla biodiversità di un determinato bene o prodotto¹⁰⁰.

Su espresso rimando degli artt. 79-80, d.lgs. n. 36/2023, poi, l'allegato II.5 riconduce all'alveo della definizione di specifica tecnica la considerazione di livelli di prestazione ambientale e di ripercussioni sul clima e conferma la possibilità che, sempre nel rispetto del principio di non discriminazione, le stazioni appaltanti impongano le eco-etichettature come mezzo di prova delle caratteristiche ambientali di lavori, forniture o servizi richiesti dalla stazione appaltante. Parimenti, vengono confermate misure premiali per gli operatori economici in possesso di particolari certificazioni ambientali. In questi casi, il comma ottavo dell'art. 106 del nuovo Codice statuisce una riduzione del trenta¹⁰¹ o venti¹⁰² per cento dell'importo che l'operatore economico deve versare a garanzia della partecipazione.

Particolare attenzione deve essere riservata all'art. 57, collocato nel Libro II del nuovo Codice e rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale». La disciplina ivi contenuta rappresenta il punto di convergenza tra *Green Public Procurement* e *Socially Responsible Public Procurement*; la sua collocazione nella parte del codice dedicata agli istituti e alle clausole comuni ne lascia intendere un'operatività trasversale rispetto ad ogni tipo di appalto e, in aggiunta, di concessione.

Rimarcando l'accento sulla questione delle clausole ecologiche, l'articolo in esame conferma l'obbligatorietà dei CAM, ribadendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di corredare la documentazione progettuale e di gara con almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi definiti per determinate categorie merceologiche e differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del MASE. In questo senso, parte della dottrina ha sottolineato come la disposizione di cui al secondo comma

Ue (recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. n. 24/2011) che, nel dettare norme per la promozione di veicoli a basso impatto ambientale, individua un metodo di calcolo ai costi di consumo energetico, di emissione di anidride carbonica e sostanze inquinanti imputabili ai veicoli stessi.

¹⁰⁰ Funditus, G. Crepaldi, R. Micalizzi, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle offerte secondo criteri ambientali. Verso il nuovo codice*, in *Federalismi*, n. 14, 2023, 88 ss.

¹⁰¹ Il riferimento codicistico è alle certificazioni UNI CEI EN 45000, UNI CEI EN ISO/IEC 17000 e UNI CEI ISO 9000.

¹⁰² In questo caso, invece, quando l'operatore economico possiede uno o più delle certificazioni o marchi individuati nell'allegato II.13.

dell'art. 57 abbia subito un lieve depotenziamento attraverso il principio di differenziazione¹⁰³.

Posto che i CAM costituiscono uno dei principali strumenti affinché la leva della domanda pubblica possa essere definita *green*, occorre formulare alcune considerazioni di carattere generale. Il lieve depotenziamento di cui sopra, si iscrive in un peculiare contesto di passaggio dal Codice precedente a quello attuale. Nonostante la legge delega n. 78/2022 avesse operato un chiaro richiamo allo sviluppo sostenibile e alla necessità che gli investimenti pubblici raggiungessero un grado di ecosostenibilità soprattutto grazie ai CAM¹⁰⁴, il nuovo Codice non annovera tra i suoi principi quello dello sviluppo sostenibile né ripropone il contenuto del previgente art. 30, c. 1, d.lgs. n. 50/2016¹⁰⁵, che ammetteva la possibilità di subordinare, entro particolari limiti, il principio di economicità anche in ragione della tutela dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile.

Ad ogni modo, nonostante fosse plausibile attendersi un richiamo al principio dello sviluppo sostenibile tra i principi del nuovo Codice, vi è chi, in dottrina, sottolinea la necessità di considerare la sostenibilità ambientale e sociale non tanto una deroga al principio di economicità, ma un suo elemento integrante, posto che il concetto di sostenibilità è da considerare nell'ambito dei bilanciamenti tipici dell'attività amministrativa¹⁰⁶.

Tuttavia, muovendo dai suddetti elementi normativi, oltre che da una lettura del principio del risultato come posto prevalentemente a tutela del, cosiddetto, interesse di committenza, secondo una parte della dottrina con il nuovo Codice si avrebbe un vero e proprio arretramento della funzione strategica dei contratti pubblici¹⁰⁷. In questi termini di rottura rispetto al passato, il principio del risultato limiterebbe a rendere centrali l'affidamento

¹⁰³ Vedasi, F De Leonardis, *Lo stato ecologico*, cit., 212., in particolare, la nota n. 167.

¹⁰⁴ Il riferimento è all'art. 1, lett. f), l. n. 21 giugno 2022, n. 78.

¹⁰⁵ In particolare, il c. 1, art. 30, d.lgs. n. 50/2016, affermava: «Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

¹⁰⁶ Il riferimento è a A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, cit., il quale espressamente rimanda, *amplius*, a A. Massera, F Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2, 2021, 587 ss.

¹⁰⁷ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2023, 287 ss.

del contratto, “la massima tempestività” e “il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo” in sede di esecuzione¹⁰⁸.

A differenza del suo predecessore¹⁰⁹, poi, il nuovo Codice tace rispetto all’obbligatorietà dei CAM negli affidamenti di qualsiasi importo, lasciando aperto un margine di dubbio circa la vincolatività degli stessi nei contratti, cosiddetti, sottosoglia.

Ad una soluzione interpretativa sul punto è possibile arrivare muovendo da due diverse prospettive: quella del contesto in cui la disciplina dei contratti pubblici è iscritta e quella delle inferenze logiche desumibili sulla base del nuovo impianto codicistico.

Con riferimento al primo angolo visuale occorre affermare l’ormai consolidato ruolo di promotrici e attuatrici del principio dello sviluppo sostenibile accordato alle pubbliche amministrazioni¹¹⁰. Spingersi a sostenere la non generale vincolatività dei CAM comporterebbe installare un vero e proprio interruttore sugli obiettivi di sostenibilità riconnessi all’esercizio dell’azione amministrativa, rendendone pericolosamente necessario l’azionamento solo in presenza di contratti soprastoglia.

La prova del nove potrebbe essere superata leggendo la questione attraverso la struttura del Codice stesso. Come si diceva poc’anzi, la disciplina sui CAM è introdotta tra le disposizioni trasversali che fungono da comune denominatore sia per gli appalti, sia per le concessioni di qualunque importo. Tale aspetto è stato ribadito anche dal Consiglio di Stato, nella relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022¹¹¹.

A ciò si aggiunge il fatto che l’art. 48 del nuovo Codice, salvo espressa deroga, sottopone i contratti sottosoglia alla disciplina di quelli soprastoglia.

A fronte di una riforma globalmente imperniata sulla concessione di una maggiore libertà di iniziativa nonché di auto-responsabilità alle stazioni appaltanti, quindi, le istanze ambientali continuano a porsi come insuperabili punti fermi, al fine di trovare un definitivo e naturale spazio di integrazione nel mercato pubblico.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 290.

¹⁰⁹ Il riferimento è al c. 3, art. 34, d.lgs. n. 50/2016.

¹¹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, all’art. 11 del TFUE, nonché all’art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006.

¹¹¹ Sul punto, vedasi l’approfondita ricostruzione nella relazione di L. Salvemini, *Il nuovo codice degli appalti: CAM e contratti sottosoglia*, reperibile sul sito del MASE. Inoltre, si rimanda a p. 71 della suddetta Relazione del Consiglio di Stato, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it; gli Ermellini affermano che «la disciplina dei contratti sottosoglia si completa poi con le norme di portata generale, applicabili a tutti gli affidamenti posti in essere dalle stazioni appaltanti».

4. Un focus sui CAM

4.1. I CAM tra giurisprudenza e nuovi piani d'azione

Sull'evoluzione e sull'attuale disciplina dei CAM si è detto nei paragrafi precedenti, nell'intento di offrire una panoramica sistemica in tema di *Green Public Procurement*. Ad ogni modo, l'istituto in esame merita approfondimenti ulteriori, al fine di meglio comprenderne le dinamiche e di valutarne le attuali criticità applicative.

Per puro scopo di sintesi, si ricordano la qualificazione dei CAM in termini di caratteristiche e specifiche tecniche che un servizio e un prodotto debbono avere per potere essere considerati verdi e la loro attuale vincolatività in ambito di appalti e concessioni, frutto di un'ambiziosa scelta di politica ambientale operata dal Legislatore italiano.

Nel solco di un contesto in cui all'ambiente viene riconosciuto un valore costituzionale, la giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla cogenza dei CAM per le stazioni appaltanti¹¹², escludendone chiaramente qualsiasi valutazione in termini di impegni programmatici¹¹³.

I giudici di Palazzo Spada¹¹⁴ hanno operato un interessante approfondimento sulle due diverse e obbligate fasi di valutazione dei CAM: quella in sede di gara e quella in sede esecutiva. In sede di gara, infatti, «la valutazione della conformità ai CAM deve essere effettuata dalla Commissione per verificare che l'offerta sia rispettosa della *lex specialis* e dei criteri ambientali, in ossequio al principio di *par condicio* dei partecipanti»¹¹⁵. In sede esecutiva – quindi nell'ambito di un rapporto con caratteristiche prettamente privatistiche tra stazione appaltante e impresa offerente – è d'uopo accertare l'adempimento agli obblighi assunti dall'aggiudicatario¹¹⁶.

Da ultimo, la giurisprudenza ritiene ammissibile – alla stregua di una variante migliorativa – che la pubblica amministrazione aggiudicante preve-

¹¹² *Ex multis*, Cons. St., sent. n. 8773/2022, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹³ Per un'interessante ricostruzione dei CAM sul versante giurisprudenziale si veda G. Franchina, *Contratti pubblici e Criteri ambientali minimi*, in *Ambienteditto*, n. 2, 2022, 12.

¹¹⁴ Vedasi, in particolare, Cons. St., sent. n. 9398/2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, «Diverso e ulteriore (ed eventuale) è il profilo del controllo in sede esecutiva di quanto dichiarato dal soggetto aggiudicatario, atteso che in quella fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e paritetica tra le parti, rispetto alla quale l'ordinamento appronta in favore dell'Amministrazione strumenti civilistici (diffida ad adempiere, risoluzione in danno) nel caso in cui il contraente sia inadempiente agli obblighi assunti con la propria offerta, che assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile».

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

da o applichi criteri premiali per quelle offerte che presentino requisiti ambientali superiori a quelli minimi¹¹⁷ e sottolinea che il mancato inserimento dei CAM nella documentazione di gara determina l'illegittimità del bando e dell'intera procedura¹¹⁸.

La genesi dei CAM è strutturata su tre livelli¹¹⁹: dapprima, il Legislatore nazionale definisce le categorie di beni che devono avere determinate caratteristiche *green*; successivamente interviene l'amministrazione centrale (oggi, il MASE) che, a seguito di un procedimento partecipato¹²⁰, emana prima un atto amministrativo generale e, in seguito, i singoli decreti ministeriali in cui sono declinati i criteri ambientali minimi per le categorie merceologiche indicate.

L'atto amministrativo di portata generale, come ribadito *supra*¹²¹, è il PAN GPP, recentemente aggiornato con decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica del 3 agosto 2023, di concerto con il Ministro delle imprese e del *made in Italy* e con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il nuovo Piano¹²² muove dalla declinazione sintetica dello scenario di politica nazionale ed europea in materia di appalti pubblici verdi e fissa una serie di obiettivi ambientali da raggiungere: tra questi, oltre ai temi della riduzione dell'inquinamento e della mitigazione dei cambiamenti climatici, spicca la promozione di modelli di economia circolare, da incentivare migliorando l'efficienza dell'uso dei materiali e spingendo verso un approccio *Life Cycle Thinking* fermamente votato all'eco-progettazione.

A tal proposito, il Piano enuclea tra le sue finalità¹²³ quelle di adeguare i CAM vigenti all'evoluzione tecnologica e normativa, renderne più efficiente

¹¹⁷ Di questo avviso, *ex multis*, Cons. St., sent. n. 9879/2022, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁸ Vedasi, Cons. St., sent. n. 2799/2023, in www.giustizia-amministrativa.it. Inevitabilmente, il contratto posto in essere in violazione delle norme che prevedono i CAM deve essere considerato annullabile (o addirittura nullo) con conseguenti responsabilità per i dirigenti che lo hanno concluso.

¹¹⁹ *Funditus*, F. De Leonardis, *L'uso strategico della contrattazione pubblica*, cit., 79 ss.

¹²⁰ *Ibidem*, a p. 79, l'Autore spiega che «la definizione dei CAM rientra tra i compiti assegnati al Comitato di Gestione. Per la loro elaborazione vengono istituiti dei gruppi di lavoro composti da esperti e referenti delle associazioni di categoria e successivamente approvati dal Comitato di Gestione. La stesura finale dei CAM viene inviata ai Ministeri interessati per acquisire eventuali osservazioni. Infine, il documento viene adottato con Decreto del Ministero dell'Ambiente e pubblicato in G.U.».

¹²¹ *Supra* par. 3.1.

¹²² Il nuovo PAN GPP può essere scaricato e consultato, sul sito del MASE, nell'apposita sezione «GPP e Criteri ambientali minimi».

¹²³ Vedasi par. 3.2 del Piano d'azione.

e partecipato il processo di definizione ed erogare una formazione diffusa e capillare alle amministrazioni aggiudicatrici per sistematizzare pratiche di forniture e affidamenti sostenibili. La definizione dei CAM avviene attraverso l'uso di diversi strumenti tecnici¹²⁴ che vanno dalle etichettature ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024, all'*Ecolabel*, ai *Comprehensive criteria* del *Toolkit* Europeo sul GPP, alle metodologie di valutazione L.C.A. (*Life Cycle Assessment*) e L.C.C. (*Life Cycle Costing*). Allo stato attuale gli specifici decreti ministeriali adottati coprono venti differenti categorie merceologiche¹²⁵.

Il nuovo PAN GPP affida alle regioni, alle province autonome, al Sistema Nazionale Protezione Ambiente, alle città metropolitane e al tavolo delle stazioni appaltanti un importante ruolo di supporto per la sua stessa attuazione. In particolare, regioni e province vengono invitate a redigere veri e propri piani territoriali per l'attuazione del *Green Public Procurement*, al fine di migliorare la diffusione, la valorizzazione e la diffusione dei CAM nei territori di competenza¹²⁶. Inoltre, il Piano d'Azione ribadisce il possibile ruolo strategico dei soggetti aggregatori gestori di mercati elettronici (come il MEPA) per la facilitazione degli acquisti conformi ai CAM e delle Camere di commercio e delle associazioni di categoria per la diffusione tempestiva degli stessi alle imprese¹²⁷.

Punto nodale è rappresentato, poi, dall'imprescindibilità di azioni di comunicazione e formazione sul tema dei CAM, affinché possa instaurarsi un costante flusso informativo tra Ministero e soggetti interessati, stazioni appaltanti ed enti concedenti possano godere dei necessari "affiancamenti

¹²⁴ Vedasi par 3.4 del Piano d'azione.

¹²⁵ Le categorie sono consultabili al sito www.mase.gov.it. In sintesi, si elencano per punti: arredo urbano, ausili incontinenza, calzature da lavoro e accessori in pelle, carta, cartucce, eventi culturali, fornitura e progettazione di illuminazione pubblica, servizio di illuminazione pubblica, lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria, pulizie e sanificazione, rifiuti urbani e spazzamento stradale, ristorazione collettiva, ristoro e distribuzione automatica, servizi energetici per gli edifici, stampanti, tessili, veicoli e verde pubblico.

¹²⁶ Rispetto a questo punto, è d'uopo segnalare che anche il precedente PAN GPP aveva invitato le Regioni e gli Enti locali ad includere il GPP nella normativa regionale e settoriale. Ne sono il precipitato diretto, ad esempio, la legge Regione Liguria n. 31/2007, sulla «organizzazione della Regione per la trasparenza e la qualità degli appalti e delle concessioni» (seguita dalle delibere G.R. n. 672/2011 e n. 787/2012) e la legge Regione Emilia Romagna n. 28/2009 recante «introduzione di criteri di sostenibilità ambientale negli acquisti della pubblica amministrazione» (poi attuata con il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi pubblici in Regione Emilia Romagna, approvato con ddA n. 91/2012). Per un'analisi più approfondita sul tema, si rimanda a A.Perini, *Appalti verdi: una strategia per lo sviluppo sostenibile*, cit., 177 ss., e R. Cadenazzi, *Enti locali ed economia circolare*, in *Ambientediritto.it*, 4, 2020.

¹²⁷ Il rimando è all'intero par. 5 del Piano, incentrato sulle azioni di supporto all'attuazione dello stesso.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

on the job” e si sviluppino nuove figure professionali come quelle di *manager* della sostenibilità¹²⁸.

La portata innovativa del nuovo Piano di Azione lascia ben sperare di poterci lasciare alle spalle i dati, raccolti negli ultimi anni, collegati alla diffusione degli appalti verdi nelle amministrazioni pubbliche.

4.2. Il monitoraggio dei CAM e il ruolo di ANAC

Facendo riferimento al rapporto 2022 sullo stato di adozione del *Green Public Procurement* elaborato dall'Osservatorio appalti verdi¹²⁹, emerge chiaramente che l'istituto in esame presenti ancora forti lacune nella sua dimensione *in action*, forse a causa di una ancora troppo flebile sensibilità ambientale da parte degli operatori pubblici degli enti territoriali.

Dati alla mano, pur essendo emerso che il novantacinque per cento del campione analizzato¹³⁰ ha dichiarato di sapere cosa sia il *Green Public Procurement*, occorre sottolineare che la mancanza di formazione del personale sui CAM e sulle politiche del GPP arriva a sfiorare quasi il sessanta per cento, mentre il monitoraggio degli acquisti verdi svolti dall'amministrazione si attesta solo al sedici per cento. Per rendere l'idea, si pensi che, nel 2021, solo un comune capoluogo su tre avrebbe applicato i CAM. Il tutto, poi, risulta circostanziato dalla confermata difficoltà di redigere i bandi includendovi i requisiti *green* richiesti nonché quella di reperire imprese sul territorio che rispettino gli *standard* per partecipare alla procedura evidenziale.

Il monitoraggio circa l'applicazione degli appalti verdi, con particolare accento sul loro valore economico e sul numero di contratti conformi ai CAM, costituisce un importante indicatore di sviluppo sostenibile in chiave europea e internazionale. Da un lato, infatti, il riferimento è agli obiettivi fissati dalla Commissione europea¹³¹, dall'altro a quelli dell'Agenda 2030¹³².

¹²⁸ Vedasi, nello specifico, par. 5.3 del Piano d'azione.

¹²⁹ Il rapporto nasce dalla collaborazione di Legambiente e Fondazione Ecosistemi, in *partnership* con Assosistema, Novamont, Università degli Studi di Padova, AdLaw Avvocati Amministrativisti, la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino e la Rete dei Comuni Sostenibili e può essere consultato sul sito www.appaltiverdi.net.

¹³⁰ I dati raccolti hanno riguardato l'applicazione del GPP nei comuni capoluogo, negli enti gestori delle aree protette, nei soggetti aggregatori e nelle ASL.

¹³¹ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione europea, 16 luglio 2008, *Appalti verdi per un ambiente migliore*, COM (2008)400 def., la quale sottolinea l'importanza di monitorare il grado di diffusione del GPP tra gli Stati membri al fine di sondare se, effettivamente, poteva considerarsi raggiunto l'obiettivo di conseguire, entro il 2010 il 50% di gare di appalto *green*.

¹³² La diffusione del GPP è indubbiamente ricollegata al goal n. 12 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, incentrato sull'assicurazione di produzione e consumi sostenibili.

A livello interno, invece, tale attività di monitoraggio si ricollega all'esigenza di controllare l'effettiva applicazione dei CAM e i relativi benefici ambientali ed economici ottenuti.

Un ruolo centrale nell'espletamento di tale attività è rivestito da ANAC ma, sul punto, occorre sottolineare e descrivere gli ultimi sviluppi¹³³.

Mentre il nono comma dell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016, attribuiva ad ANAC il compito di monitorare l'applicazione dei CAM¹³⁴, nonché il conseguimento degli obiettivi fissati dal PAN GPP¹³⁵, il nuovo Codice dei contratti non conferma tale attribuzione.

Allo stato attuale, però, il monitoraggio di ANAC in tema di appalti verdi continua a sussistere in forza di un protocollo di intesa, triennale, siglato con il MITE in data 29 ottobre 2021.

Tale protocollo definisce tra gli ambiti di collaborazione di ANAC anche attività regolatorie e di indirizzo finalizzate alla concreta attuazione della disciplina in materia di sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici. Il riferimento è alla condivisione di atti di indirizzo, linee guida e clausole-tipo per bandi e capitolati¹³⁶.

A ciò si aggiunge un importante ruolo di ANAC per quanto concerne la formazione delle stazioni appaltanti.

Posto che, come ribadito *supra*, il nuovo Codice non assorbe nella sua struttura riferimento specifico alcuno sul ruolo del monitoraggio di ANAC con riferimento al *Green Public Procurement*, è opportuno operare alcune considerazioni sul ruolo che questi svolge in materia di digitalizzazione degli appalti¹³⁷.

¹³³ Vedasi par. 5.4 del nuovo PAN GPP.

¹³⁴ Vedasi, ad esempio, il documento di consultazione di ANAC del 2017, *Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici)*.

¹³⁵ Ciò avveniva tramite la sezione centrale dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, cui erano ricollegate anche sezioni regionali grazie ad un apposito protocollo sottoscritto da ANAC, Conferenza regioni e province autonome, nonché dalle stesse regioni e province autonome.

¹³⁶ Vedasi art. 2 del Protocollo ANAC – MITE del 21 ottobre 2021, consultabile sul sito del MASE.

¹³⁷ Che entrerà in vigore il prossimo primo gennaio 2024. Posto che, in questa sede, la tematica viene semplicemente accennata, *funditus*, si rimanda a M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Federalismi*, n. 12, 2022, 133 ss., Id. *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2021, 1745 ss., L. Parona, "Government by algorithm": un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni amministrative, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 10 ss., D. Marongiu,

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

Gli artt. 19 ss., d.lgs. n. 36/2023, introducono e regolano il tema della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, valorizzando il principio dell'unicità dell'invio e confermando, per ANAC, un importante ruolo di gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici¹³⁸ (d'ora in poi, BDNCP).

All'interno della BDNCP confluirà un'elevatissima quantità di informazioni¹³⁹, da cui sarà possibile estrapolare, *real-time*, tutti i dati e i documenti relativi ai criteri di selezione adottati dalle stazioni appaltanti.

Indirettamente, dunque, l'attività di supporto e di vigilanza di ANAC in ottica di transizione digitale, offrirà la possibilità di monitorare e prevedere anomalie e irregolarità anche in ambito di contrattazione pubblica *green*.

5. Conclusioni

A fronte di una disciplina complessa, stratificata su più livelli e articolata su una linea del tempo affollata di piani e riforme, è possibile trarre alcune conclusioni imperniate su un assunto di partenza: vista l'incapacità del mercato di autoregolarsi considerando variabili non economiche, il potere pubblico è diventato e deve continuare ad essere un catalizzatore di soluzioni sostenibili; di questo catalizzatore, il *public procurement* costituisce il braccio.

Il *Green Public Procurement* e *Socially Responsible Public Procurement* sono il termometro per parametrare e quantificare l'incidenza della contrattazione pubblica rispetto alla configurazione di dinamiche di mercato socialmente ed ecologicamente orientate.

La natura giuridica degli appalti verdi ha subito, negli anni, una significativa evoluzione. Da semplice strumento di mercato a tutela dell'ambiente

L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 37 ss., M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2020, 159 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, n. 3, 2019, 2 ss.

¹³⁸ La sua genesi è riconducibile all'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. n. 82/2005, abilitante l'ecosistema nazionale di *e-procurement*.

¹³⁹ Confluiscono al suo interno, infatti, la Piattaforma contratti pubblici, la banca dati contenente i dati sugli appalti inviati dalle stazioni appaltanti e dalle piattaforme certificate a loro disposizione, il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico, l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti, la Piattaforma per la pubblicità legale, il Casellario informatico e l'Anagrafe degli Operatori Economici, dove sono censiti gli operatori economici coinvolti nei contratti pubblici.

nato nel solco della discrezionalità, ha assunto, negli anni, alcuni tratti tipici dei meccanismi di *command and control*. In Italia, questa connotazione è ricollegabile alla vincolatività dei CAM che, anche alla luce delle recenti riforme, hanno meritato il ruolo di fanale di testa nell'ambito del percorso di transizione ecologica.

Ciononostante, occorre domandarsi se, alla luce di un nuovo Codice che affida centralità al principio di risultato e non menziona tra i suoi principi chiave quello di sviluppo sostenibile, si possa temere un futuro arretramento della funzione strategica della contrattazione pubblica verde in relazione alle impellenti esigenze di tutela ambientale.

Anche se è possibile affermare che il nuovo Codice dei contratti continui ad attribuire ai CAM una portata vincolante nelle procedure di evidenza pubblica di qualsivoglia importo, occorre ricordare come la formulazione del secondo comma del nuovo art. 57 arrivi a depotenziare lievemente l'applicabilità degli stessi, richiamando alla possibilità, tramite decreti del MASE, di differenziarli ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione. Circa le concrete modalità di differenziazione dei CAM sulla base dell'opportunità tecnica e del valore il quesito rimane aperto.

A questo punto, si vengono ad isolare due differenti questioni. Posto che, come ribadito all'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006, l'attività amministrativa discrezionale delle amministrazioni pubbliche deve garantire rispetto del principio dello sviluppo sostenibile, occorre sottolineare come, nell'ambito delle categorie merceologiche per le quali non sono previsti CAM vincolanti, non venga imposto alle stazioni appaltanti l'obbligo di declinare obiettivi di sostenibilità ambientale. Come è stato osservato, l'assenza di obblighi di specificazione dei risultati attesi non garantisce che la discrezionalità riconosciuta venga effettivamente esercitata in tal senso¹⁴⁰.

Nell'ambito delle commesse pubbliche in cui i CAM sono definiti, invece, occorre sottolineare come sussista un rischio di "assopimento" generale delle pubbliche amministrazioni; queste ultime, limitandosi ad attenersi ai criteri minimi stabiliti da decreto ministeriale, potrebbero passivamente rinunciare all'esercizio della discrezionalità concessa loro circa la possibilità di alzare l'asticella dei requisiti ambientali richiesti in sede di gara.

Al netto di questi aspetti, non può certo negarsi che l'istituto degli appalti verdi racchiuda una delle principali strategie in grado di sfruttare una dinamica protagonista "a prescindere" di ogni ordinamento – cioè, la domanda pubblica – anche per fini ecologici.

¹⁴⁰ A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, cit.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

All' internalizzazione delle variabili ambientali nella prospettiva *in law* – seppur con le riflessioni e gli interrogativi sollevati in merito alla nuova disciplina dei CAM – non corrisponde all'attuale scenario *in action*. L'interpretazione dei dati suddetti, infatti, registra ancora molti dubbi e carenze applicative dei CAM tra le pubbliche amministrazioni e ricollega tali carenze alla difficoltà di redigere correttamente i bandi di gara e all'assenza di un'adeguata formazione da parte delle stazioni appaltanti.

Tale aspetto assume ancora maggiore gravità nel contesto del nuovo quadro regolatorio che, attraverso il binomio dei principi di fiducia e risultato, è arrivato a determinare un significativo ampliamento della discrezionalità dei funzionari e dei dirigenti delle stazioni appaltanti.

Il 2024 sarà l'anno in cui si potrà valutare l'incidenza effettiva del progetto formativo CreiamoPA¹⁴¹, finalizzato a superare le criticità nella gestione delle politiche *green*, assimilando le novità introdotte dalle calzanti riforme in tema di sostenibilità ambientale.

Oltre all'inevitabile necessità di formare le professionalità già esistenti, si affianca l'esigenza di inserire nelle pubbliche amministrazioni nuove figure, specificamente formate sui temi ambientali.

Ciò non sarà sufficiente se alla formazione delle stazioni appaltanti non conseguirà anche la formazione dei rispettivi operatori economici. In questo senso, interessante è lo spunto offerto dal nuovo PAN GPP sul ruolo di raccordo che, in tale ottica, possono svolgere le Camere di commercio e le associazioni di categoria. Ad ogni modo, la formazione degli operatori economici privati – sicuramente da orientare sul tema dei CAM – dovrebbe essere erogata pretendendo costi contenuti e concedendo sempre maggiori incentivi e sgravi.

Rispetto alla difficoltà di predisporre correttamente la documentazione di gara, si sottolinea il ruolo fondamentale di ANAC, alla luce del vigente protocollo siglato tra ANAC e MiTE nel 2021.

Altro snodo significativo per una capillare diffusione del *Green Public Procurement* e per un suo corretto monitoraggio *real-time* deve essere letto tra

¹⁴¹ Il Ministero dell'ambiente, congiuntamente alle diverse Direzioni Generali, ha elaborato una complessa strategia che mira a rafforzare la capacità amministrativa sviluppando l'e-government e migliorando la governance multilivello. I suoi percorsi di incremento delle competenze tecniche toccano diversi ambiti, tra cui: «iniziative progettuali su tematiche ambientali ritenute cogenti per la programmazione (cambiamenti climatici, mobilità sostenibile, blue e green economy); azioni rivolte all'integrazione di procedure valutative specifiche (Valutazione Ambientale Strategica, Valutazione d'Impatto Ambientale, Valutazione d'Incidenza Ambientale); interventi di promozione e diffusione dello strumento del Green Public Procurement». Si veda, sul punto, www.creiamopa.mite.gov.it.

le righe del nuovo *e-procurement*, il cui perno è rappresentato dalla digitalizzazione del costo di vita degli appalti, verdi inclusi.

Ad ogni modo, la contrattazione pubblica ha esteso la portata delle sue commesse entro un'ottica diacronica, capace di aprire la strada a letture più articolate sul concetto di concorrenza tra operatori economici, da valutare anche attraverso la concezione tridimensionale della sostenibilità. Domanda e offerta, infatti, non sono più collegate alle sole dinamiche di qualità/prezzo ma, come si è potuto vedere, includono ormai plurimi aspetti legati al versante sociale nonché a quello ecologico. A tal proposito, non si vuole rimarcare una sorta di "arretramento" del concetto di concorrenza per lasciare posto ad altri valori, ma si sottolinea come, oggi, la competitività delle imprese all'interno del mercato stia necessariamente continuando ad accogliere l'importanza di esigenze differenti rispetto a quelle meramente economiche.

A ciò, non può che corrispondere un'evoluzione circa il funzionamento del mercato le cui dinamiche, negli anni, stanno spingendo il mondo industriale verso nuovi modelli di produzione. Il *Green Public Procurement* è stato una delle bussole di questi gradualisti passaggi finalizzati all'internalizzazione delle variabili ambientali e la sua imposizione in termini di robusta leva industriale continua a permanere.

In combinato disposto con la SEC e il PAN GPP, gli appalti verdi sono arrivati a giocare un ruolo fondamentale nelle strategie di *blue economy*, aprendo un varco verso l'affermazione del, cosiddetto, *circular procurement*. La promozione di modelli di sviluppo circolare, infatti, rappresenta un passaggio fondamentale ai fini di arginare gli effetti della recessione ecologica e solo un uso strategico della contrattazione pubblica può stimolare il mondo dell'industria a sostenere gli ingenti costi ricollegati a una conversione eco-orientata dei modelli di produzione.

Sull'effettiva funzione di gancio di traino, in ambito ecologico, della contrattazione pubblica – così come riorganizzata nel nuovo Codice – si rimanda alle modalità di definizione e differenziazione di futuri criteri ambientali minimi da parte del MASE e ad una spinta in termini di formazione delle stazioni appaltanti che, indipendentemente da profili sia *mandatory* che *non-mandatory*, hanno il compito di leggere la discrezionalità loro spettante in chiave sostenibile muovendo, *in primis*, dall'effettiva applicazione del *Green Public Procurement*.

il green public procurement tra riforme, mercato ed effettività

Abstract

This contribution focuses on the institution of the Green Public Procurement, attributing to it a fundamental role in the process of integration between the environment and the market as well as a strategic function for the concretisation of the new logics of the blue economy. Starting from the international, European and national evolution of the institution, attention is drawn to the choice of the Italian legislator to give a binding scope to the Green Public Procurement, through the declination of CAM. This approach is confirmed – albeit with some differences that will be analysed – also in the new Public Contracts Code, with the intention of overcoming the application criticalities of application identified during the monitoring phase.

MARCO MACCHIA

DIGITALIZZAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI E LEGGE DELLA FIDUCIA

SOMMARIO: 1. La spinta alla digitalizzazione e il principio del risultato. – 2. I termini fondamentali della digitalizzazione. – 3. La “confusione semantica”: a cosa serve la digitalizzazione? – 4. La *governance* della digitalizzazione. – 5. La necessaria “traversata nel deserto”: cooperazione e digitalizzazione. – 6. Digitalizzazione e complementarietà.

1. La spinta alla digitalizzazione e il principio del risultato

Può essere definito “ecosistema” un complesso di tipo aperto, con strutture e funzioni caratteristiche e specifiche, determinate da una circolazione o flusso in entrata e in uscita. Nella scienza l’ecosistema è un organismo vivente, ma è chiaro che il lemma può essere impiegato anche in senso figurato. In questa seconda accezione, lo ha adoperato il legislatore del codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023) per definire uno “spazio complesso” all’interno del quale pubblico e privato si devono relazionare per la conduzione dell’azione amministrativa di acquisto di beni e servizi.

Per venire incontro agli obiettivi prescritti dal PNRR e dalla legge delega¹, infatti, la parte II del libro I del codice è dedicata alla «digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti» e, tra le altre novità, prevede la creazione di un

¹ Secondo la legge delega n. 78/2022 (art. 1, lett. *m*)), sono due gli obiettivi da raggiungere: «*m*) riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall’Autorità nazionale anticorruzione, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura, e all’esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l’informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell’operatore economico; *t*) individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte». Alla luce di questi due criteri direttivi, la digitalizzazione può essere inquadrata come uno strumento idoneo sia a ridurre i tempi delle procedure di aggiudicazione, sia a semplificare i diversi adempimenti che caratterizzano il ciclo di vita dei contratti pubblici. In argomento, si rinvia a P. Clarizia, *La digitalizzazione dell’intero ciclo di vita dell’appalto*, in

ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, o anche *e-procurement*², che interessi tutto il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici – dalla programmazione alla progettazione, nonché il flusso, lo svolgimento, strumenti di monitoraggio e *business intelligence*, analisi delle tendenze di acquisto, oltre che gli affidamenti diretti a società *in house* –, attraverso piattaforme telematiche interoperabili con le banche dati di cui ANAC è titolare.

Si tratta della prima volta, nel nostro ordinamento, in cui il legislatore appronta una integrale digitalizzazione di una serie di procedure amministrative. Con una duplice dimensione: una orizzontale, relativa ai rapporti all'interno tra pubbliche amministrazioni e l'ANAC; e una verticale, nelle relazioni con gli operatori economici e con gli organismi di certificazione SOA. A ciò segue una inevitabile accelerazione all'impiego della tecnologia nelle strutture pubbliche³, una spinta a prendere confidenza con la creazione di documenti nativi digitali ovvero con l'acquisizione diretta dei dati, dal momento che trasferire l'azione amministrativa su piattaforma e far fruttare in modo efficiente il patrimonio conoscitivo pubblico diventa un ingrediente indispensabile, ossia l'unica via per semplificare l'attività senza rinunciare a fare memoria di quanto fatto.

Stante ciò, è evidente il collegamento tra digitalizzazione e principio del risultato, inteso come interesse pubblico sovraordinato ad ottenere un contratto efficiente nel minor tempo possibile, essendo la prima la condizione da cui dipende il conseguimento del secondo. La digitalizzazione è insomma la “forma” con la quale i privati devono relazionarsi con i pubblici poteri, che va di pari passo con la crescita dell'esigenza della trasparenza amministrativa. Non si tratta di sostituire il supporto cartaceo con quello

Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici, a cura di M. Macchia, Torino, 2024, 77 ss.

² Secondo l'art. 22, d.lgs. n. 36/2023. Sul tema, A. Natalini, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 95 ss.

³ Secondo B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir., I tematici III, Le funzioni amministrative*, 2022, 76, «ad oggi circa il venti per cento dei finanziamenti del *Next Generation EU* è destinato a sostenere il processo di digitalizzazione. La Comunicazione della Commissione europea sul 2030 *Digital Compass* stabilisce inoltre la cornice delle azioni da intraprendere, indicando nel Cloud europeo, nella leadership in un'intelligenza artificiale etica, nella identità digitale europea sicura e nella adeguatezza delle infrastrutture per i dati e la connettività le principali strategie da perseguire per raggiungere una digitalizzazione piena entro il 2030». Sul tema, A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino, 2020, 4; *La tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. IV, Firenze University Press, 2016.

digitale, bensì di dare concretezza alla regola del risultato e al principio di buona amministrazione⁴. È un obbligo che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, così come inteso dalla Corte costituzionale, come garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Eppure, inquadrare questo esperimento nel solo concetto di digitalizzazione delle procedure sarebbe riduttivo, perché in realtà, addentrandosi nella materia, si scopre molto di più. Basti pensare al fascicolo virtuale dell'operatore economico che permette un utilizzo a largo raggio del patrimonio conoscitivo delle strutture pubbliche⁵, oppure al fatto che mediante la digitalizzazione dell'esecuzione contrattuale si consente un monitoraggio capillare delle attività poste in essere, che la trasparenza e la conoscibilità dell'attività pubblica assume forme inedite mediante un concetto di accessibilità «per piattaforme certificate». Non vi è dubbio che la tecnologia ha un ruolo da protagonista nella nuova variante codicistica ma resta pur sempre servente rispetto alla funzione pubblica. Di talché essa deve garantire l'efficiacia, l'efficienza dei processi decisionali, non potendo, al contempo, ridurre le garanzie fornite dall'ordinamento per gli operatori economici e allentare i rispettivi doveri gravanti in capo alle amministrazioni.

Un codice nuovo e moderno, al passo con i tempi non può perdere di

⁴ D.U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi. it*, 2022, n. 7, 103-125; Id., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020, 85 ss.; Id., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.

⁵ Secondo quel fenomeno chiamato «datizzazione» della realtà, M. Falcone, *Big data e amministrazioni pubbliche: prospettive della funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss. Gli atti in formato nativo digitale consentono la maggiore efficienza nella gestione dei procedimenti attraverso una rapida circolazione dei dati rilevanti; grazie al fascicolo virtuale dell'operatore economico è possibile ottenere una notevole abbreviazione dei tempi effettivi della durata dei procedimenti, specialmente nella fase dei controlli sulla qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare. È possibile garantire maggiore trasparenza alle procedure per le accresciute opportunità di accesso, la tracciabilità delle operazioni di pagamento, nonché il contestuale adempimento degli obblighi di pubblicità e di comunicazione a carico delle stazioni appaltanti. Anche per gli operatori economici, a regime, sarà ipotizzabile una semplificazione e riduzione dei tempi e degli oneri. Altro fondamentale beneficio della digitalizzazione consisterà nella possibilità di analizzare, con tecnologie avanzate di intelligenza artificiale, i dati sulle procedure di affidamento, così da raccogliere informazioni utili riguardo le strategie di acquisto delle stazioni appaltanti, facilitare scelte consapevoli di impiego dei fondi pubblici, definire meglio le policy pubbliche allo scopo di prevedere le tendenze e fronteggiare le crisi di mercato e, infine, garantire ai cittadini massima conoscibilità nella rendicontazione della spesa pubblica.

vista i punti focali della riforma, inquadrabili nei principi della fiducia e del risultato. In ciò agganciandosi direttamente con uno dei corollari dei diritti citati, ossia la lotta alla corruzione. Mediante il principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei funzionari e degli operatori economici, il legislatore intende incoraggiare l'autonomia decisionale pubblica, enfatizzando la rilevanza dell'esercizio del potere discrezionale a contemperare l'obiettivo dell'operazione contrattuale con gli altri valori meritevoli di tutela.

La tracciabilità, la partecipazione e il controllo di tutte le attività consentono di assicurare il prioritario rispetto del principio di legalità. Il rispetto delle regole, poste in modo chiaro e facilmente accessibile, consentirebbe di salvaguardare il potenziale economico rivestito dalla contrattualistica pubblica. In questo senso, la riforma potrebbe, in via definitiva, assicurare l'efficacia e l'efficienza nel raggiungimento del principio del risultato, oltre che il rispetto delle regole in un'ottica prettamente fiduciaria dell'operato pubblicistico, nell'ottemperare quel principio di fiducia a cui nel Codice si fa più volte riferimento⁶.

La digitalizzazione risponde ad un bisogno di certezza delle strutture pubbliche che, allo stato attuale, non può più essere soddisfatto con inviti o norme *promozionali*⁷, ma necessita di forme regolative obbligatorie del sistema digitale, che siano analitiche e dotate di un apparato sanzionatorio⁸. Anzi, proprio perché la rapidità dei tempi moderni costringe a considerare

⁶ Nota M. Macchia, *Il ruolo dei principi nel codice dei contratti*, in *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 10, che «nonostante l'auspicata dimensione "bilaterale" della fiducia, la portata della norma rimane asimmetrica. Fiducia qui non ha nulla a che vedere con buona fede (in senso oggettivo), ma va inteso come diritto che "ci chiede di fidarci l'uno dell'altro" (ma più dell'amministrazione che dell'operatore economico), certo "ci dice anche (e non può non dirci) che quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma in prima istanza, esso ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni"».

⁷ Secondo G.M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, 601 ss., il principio della digitalizzazione *by default*, «introdotto espressamente nel 2020 nell'art. 3-bis della legge sul procedimento amministrativo, si è imposto alle pubbliche amministrazioni, non solo nei rapporti interni, ma tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati: "Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". Non più, come nella versione previgente: "le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica", bensì le amministrazioni "agiscono" mediante strumenti informatici e telematici».

⁸ T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giur. cost.*, 2023, 379.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

come “veri” determinati assunti sulla base dell’affidabilità della fonte da cui gli assunti provengono – con tutta una serie di conseguenze che saranno approfondite più avanti –, questo meccanismo è stato esteso a tutti i contratti di appalto e concessione, a prescindere dalla loro rilevanza economica e dall’appartenenza al *sopra* o al *sotto* soglia.

Visto da qui, l’ecosistema digitale dei contratti pubblici sembra rappresentare un caposaldo imprescindibile per il buon funzionamento del sistema dei contratti, in grado di ottimizzare la fiducia nell’amministrazione, provvedendo a migliorare la discrezionalità, giacché permette a quest’ultima di risparmiare sugli oneri burocratici per dedicare energie ad altre attività, come la definizione di appalti e partenariati di economia circolare. È una prospettiva eccessivamente irenica?

2. I termini fondamentali della digitalizzazione

Prima di approfondire le plurime dimensioni della digitalizzazione, vale la pena mettere in chiaro in premessa quali siano i capisaldi su cui il sistema digitale dei contratti pubblici è costruito⁹. Essi possono essere sche-

⁹ Sul piano del diritto eurounitario, sono stati sanciti i seguenti principi: “*digital by default*”: le pubbliche amministrazioni dovrebbero fornire i servizi in formato digitale, comprese le informazioni leggibili dalle macchine, come opzione predefinita; “*interoperability by default*”: i servizi pubblici dovrebbero essere progettati per funzionare senza problemi in tutto il mercato unico e tra i silos organizzativi; “*once only principle*”: le pubbliche amministrazioni dovrebbero garantire che cittadini e imprese forniscano le stesse informazioni una sola volta ad una pubblica amministrazione; “*cross-border by default*”: le pubbliche amministrazioni dovrebbero rendere disponibili i servizi pubblici digitali pertinenti a livello transfrontaliero e prevenire un’ulteriore frammentazione, facilitando così la mobilità all’interno del mercato unico; “*re-usability*”: le pubbliche amministrazioni, di fronte a un problema specifico, dovrebbero cercare di trarre vantaggio dal lavoro di altri esaminando ciò che è disponibile, valutandone l’utilità o la rilevanza per il problema in questione e, se del caso, adottando soluzioni che hanno dimostrato la loro valore altrove; “*user centricity*”: i bisogni e i requisiti degli utenti dovrebbero guidare la progettazione e lo sviluppo dei servizi pubblici, in conformità con le seguenti aspettative: un approccio multicanale nell’erogazione dei servizi; un unico punto di contatto per nascondere la complessità amministrativa interna; il feedback degli utenti dovrebbe essere sistematicamente raccolto, valutato e utilizzato per progettare nuovi servizi pubblici e migliorare quelli esistenti; “*inclusiveness and accessibility*”: le pubbliche amministrazioni dovrebbero progettare servizi pubblici digitali che siano inclusivi per impostazione predefinita e soddisfino esigenze diverse; “*openness & transparency*”: le pubbliche amministrazioni dovrebbero condividere informazioni e dati tra loro e consentire a cittadini e imprese di accedere al controllo e correggere i propri dati, nonché consentire agli utenti di monitorare i processi amministrativi che li coinvolgono; “*trustworthiness & security*”: tutte

matizzati in tre *asset* centrali, i quali, sul versante dell'amministrazione, sono obblighi, mentre sul lato degli operatori economici assumono la dimensione di diritti digitali.

Il primo è l'obbligatorietà della dimensione digitale¹⁰. Si intende realizzare una nuova infrastruttura tecnologica e informatica (l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale), che rappresenta non soltanto lo strumento indispensabile per dare maggiore efficienza alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici e gestire tutti gli adempimenti amministrativi che interessano le diverse fasi dei contratti pubblici, ma anche l'unico "*luogo*" nel quale possono essere esercitati i poteri amministrativi e le situazioni soggettive degli operatori economici.

Le amministrazioni non possono non impiegare le piattaforme di approvvigionamento certificate per i contratti che intendono stipulare senza alcuna eccezione o deroga. L'ambiente virtuale è, pertanto, l'unico ammesso per svolgere le attività di acquisto. L'obbligo di uso della piattaforma di approvvigionamento le rende non solo centrali, ma anche una estensione necessaria per favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo delle amministrazioni, per condividere i dati¹¹, per aggiornare dati e documenti in tempo reale, nell'ottica della semplificazione degli adempimenti amministrativi di cittadini e imprese (art. 50-ter, c. 1).

Il secondo *asset* consiste nel principio di interoperabilità delle banche dati, ossia nella regola secondo la quale le basi di dati di interesse nazionale devono dialogare tra loro mediante un'interfaccia applicativa per poi confluire nella Piattaforma digitale nazionale dei dati (PDND). Va superato il concetto dell'amministrazione come silos di dati, spesso frammentati e non comunicanti al loro interno, non comunicanti e non interoperabili da altre amministrazioni. In questo modo, il patrimonio conoscitivo delle amministrazioni, dall'Inps all'Agenzia delle entrate, dal Ministero della giustizia a quello dell'interno, è reso disponibile come dati di tipo aperto per le stazioni appaltanti – principalmente per la verifica dei requisiti generali e speciali mediante il fascicolo virtuale dell'operatore economico – nello svolgimento della funzione di committenza.

Il terzo *asset* prende forma nel principio dell'*once only*, che in altre

le iniziative dovrebbero andare oltre il semplice rispetto del quadro giuridico in materia di protezione dei dati personali e privacy e sicurezza informatica, integrando tali elementi nella fase di progettazione.

¹⁰ Tutte le gare transitano attraverso le piattaforme abilitate, pertanto le stazioni appaltanti non dotate di una propria piattaforma devono avvalersi di quelle messe a disposizione da altre stazioni appaltanti (art. 25).

¹¹ Secondo quanto disposto dallo stesso art. 50 CAD.

parole consiste nell'obbligo pubblico di riutilizzo dei documenti presenti nelle banche dati, i quali dunque non possono essere chiesti più volte agli operatori economici¹². In particolare, i documenti contenuti nel fascicolo sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità al termine di efficacia del documento e sono utilizzati in tutte le gare alle quali l'operatore partecipa.

In tale contesto vanno salvaguardati, di pari passo, i diritti digitali degli operatori economici. È possibile configurare un rischio per la dignità umana nel caso in cui intervenga una decisione totalmente automatizzata? Il processo di digitalizzazione non può essere di certo arrestato, ma si invita ad assicurare necessariamente un intervento dell'uomo nel compimento della scelta amministrativa. La c.d. riserva di umanità deve essere tenuta ben salda nella scelta amministrativa, in modo tale che la visione antropocentrica voluta dalla Costituzione non sia smentita e, al contempo, si conceda di sfruttare la tecnologia non quale fine ultimo dell'attività amministrativa ma solo come miglior mezzo per il raggiungimento dello scopo¹³.

Ciò è ulteriormente confermato dall'art. 19 del nuovo Codice, ove sono enunciati i principi fondamentali della digitalizzazione: ossia la neutralità tecnologica, la trasparenza, la sicurezza informatica e la protezione dei dati personali. Corollari formanti una garanzia rassicurante del diritto che, fra tutti, sarà sollecitato dalla rivoluzione digitale, ossia il diritto alla cittadinanza digitale¹⁴.

¹² Secondo l'art. 19, «in attuazione del principio dell'unicità dell'invio, ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti obblighi di comunicazione a una banca dati o a un sistema informativo». Forse si potrebbe collegare il principio del *once only* con i diritti della cittadinanza digitale, su cui E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 471 ss.

¹³ Sul punto, è significativo l'atto della Commissione Europea, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 26 gennaio 2022, in cui si proclama l'impegno dell'Unione europea a «garantire che le tecnologie come gli algoritmi e l'intelligenza artificiale non siano utilizzate per predeterminare le scelte delle persone, ad esempio per quanto riguarda la salute, l'istruzione, l'occupazione e la vita privata». Ciò sul presupposto che «ogni persona dovrebbe essere messa nelle condizioni di godere dei benefici offerti dall'intelligenza artificiale facendo le proprie scelte informate nell'ambiente digitale, e rimanendo al contempo protetta dai rischi e dai danni alla salute, alla sicurezza e ai diritti fondamentali».

¹⁴ I principi fondamentali di neutralità tecnologica, trasparenza, protezione dei dati personali, e sicurezza informatica consentono di garantire il corretto esercizio del diritto di cittadinanza digitale, inteso come quell'insieme di diritti e doveri che ha lo scopo di semplifi-

Il principio di neutralità tecnologica, così come il principio di trasparenza hanno rango prioritario. Il primo non è nuovo agli studiosi del settore, giacché con la regola della neutralità tecnologica si intima, sia al legislatore che alla pubblica amministrazione, a non preferire nelle loro scelte una specifica soluzione tecnologica, garantendo l'imparzialità nei mezzi utilizzati, occorrendo la sola indicazione degli obiettivi in concreto perseguiti. Laddove, invece, il principio di trasparenza mira a preservare le scelte degli operatori economici in modo da garantire certezza e conoscibilità dei processi decisionali a loro afferenti, a conferma del fatto che non è più possibile parlare di trasparenza prescindendo dal concetto di digitalizzazione delle procedure amministrative, anche in tema di contrattualistica pubblica. Il volto dell'amministrazione, pertanto, non è solo "digitale", ma anche "trasparente" e "aperto", a voler intendere la necessaria *disclosure* che deve connotarlo e che prende vita in una sinergia di strumenti diversi di trasparenza proattiva e reattiva, finalizzati a garantire un autentico diritto a conoscere e idonei a consentire il riutilizzo, per rendere dinamica la conoscenza e contribuire a un nuovo rapporto tra governanti e governati.

Sul tema della trasformazione digitale delle procedure e della interoperabilità, può essere utile altresì fare riferimento alle politiche dell'Unione che ispirano (e conformano, per certi versi) la legislazione italiana¹⁵. Il tema

care il rapporto tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione tramite le tecnologie digitali e consentire a tutti l'accesso a dati, documenti e servizi di loro interesse in modalità digitale. Il diritto di cittadinanza digitale è il diritto di ogni cittadino di accedere e utilizzare le tecnologie digitali, in modo sicuro ed equo, per partecipare alla vita sociale, economica e politica ed è riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 11, c. 1, recita: «ogni individuo ha diritto di accedere e di utilizzare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, senza discriminazione alcuna». La fisionomia dell'amministrazione pubblica muta parallelamente all'evoluzione dei diritti dei cittadini e al concretizzarsi di quella cittadinanza digitale, che è chiamata a soddisfare e che esige di usare le tecnologie nel rapporto con le amministrazioni, e reclama un ampio diritto a conoscere, che diventa anche diritto a riutilizzare informazioni e dati e, allo stesso tempo, richiede il rispetto dei propri dati personali da parte dell'amministrazione. Sul tema, F. Costantino, *La c.d. cittadinanza digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 150 ss., secondo il quale «con il ricorso alla locuzione cittadinanza digitale, si fa riferimento al complesso di situazioni giuridiche riconosciute in relazione agli strumenti relativi all'impiego di tecnologie per l'informazione e la comunicazione nel rapporto tra cittadino e pubblici poteri, e tra questi in particolare della pubblica amministrazione»; F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. Inf.*, 2015, 227.

¹⁵ Sia il reg. UE n. 241/2021 del 12 febbraio 2021 (che ha istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza), sia il reg. UE n. 1060/2021 del 24 giugno 2021 (sulle disposizioni comuni per la nuova politica di coesione 2021-2027) prevedono che gli Stati membri pongano in essere efficaci meccanismi di controllo sugli appalti basati il più possibile su metodologie e strumenti di raccolta e analisi di grandi volumi di informazioni disponibili nelle banche

dell'interoperabilità, del resto, è oggetto di grande attenzione a livello europeo. Anche con riferimento all'uso di dati acquisiti nel corso dello svolgimento di contratti pubblici vi è una considerazione da parte delle istituzioni sovranazionali. Vale la pena, sul punto, ricordare che si è ancora in attesa del regolamento UE sull'intelligenza artificiale, primo snodo fondamentale nello sviluppo dei principi in materia¹⁶.

Sullo sfondo di una prima regolazione normativa puntuale come quella del nuovo codice, saranno dirimenti le indicazioni sui sistemi di IA fornite dall'Unione. Difatti, la preoccupazione principale è che i dati immessi e utilizzati rispettino i principi fondamentali garantiti compatibilmente con quanto previsto a livello europeo.

A questa osservazione se ne aggiungono altre correlate che abbiamo già avuto modo di delineare nei loro tratti caratteristici. Su tutte, il diritto unionale s'interessa al rispetto del mercato unico in tema di IA e a prevenire la sua possibile frammentazione; oltre che ad assicurare la certezza del diritto mediante il loro utilizzo, migliorando la *governance* e la gestione della sicurezza nei sistemi di IA.

S'innestano, in base al principio di proporzionalità, i differenti livelli di

dati informatizzate, sottolineando la centralità degli indicatori di rischio quale fondamentale strumento di prevenzione e contrasto di gravi irregolarità in tale mercato, quali le frodi, la corruzione e i conflitti di interesse. Oltre a ciò, si veda l'orientamento dell'Unione europea, varato il 15 dicembre 2022, sulla base della Comunicazione Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale, COM (2021), dedicata anche alla cittadinanza digitale sotto forma di Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale. Si tratta di un documento che contiene l'enunciazione di diritti e degli impegni dell'Unione europea, con cui si mettono le persone al centro della trasformazione digitale, per promuovere tramite essa solidarietà e inclusione, e affermando i diritti alla connettività ad alta velocità e a prezzo accessibile, ad un internet neutra ed aperta, a istruzione, formazione e competenze digitali, a condizioni di lavoro giuste ed eque con tutela della salute, disconnessione, equilibrio con la vita privata, sorveglianza umana e uso appropriato dell'intelligenza artificiale, a servizi pubblici digitali online (accessibili, sicuri e interoperabili), in particolare sanitari (così in F. Costantino, *La c.d. cittadinanza digitale*, cit., 153).

¹⁶ Secondo G.C. Feroni, *IA nei processi decisionali della PA, il faro è la Costituzione*, in *Agendadigitale*, 2023, la proposta europea cerca di bilanciare i due contrapposti interessi per cui, da un lato, si vuole impedire che le innovazioni cedano il passo ad una garanzia piena e certa, ma, dall'altro lato, è necessario che esse siano compatibili con il sistema europeo di tutela dei diritti. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 3, che lamentano «un certo grado di indeterminazione, suscettibile di accordare una porzione significativa di discrezionalità allo Stato e alle sue autorità pubbliche [...]. La presenza di concetti indeterminati e interpretabili implica flessibilità applicativa e di conseguenza margini di manovra a favore degli Stati membri».

rischio ciascuno correlato ad un'applicazione giuridica dell'IA, imponentosi anche delle pratiche vietate, presumendosi tali in quanto sfruttanti la vulnerabilità delle persone¹⁷.

Per quel che ci interessa, probabili conflitti si potrebbero avere con gli strumenti di IA considerati ad alto rischio. Si tratta di mezzi che possono mettere a repentaglio la sicurezza e i diritti fondamentali dei soggetti interessati. Uno dei diritti potrebbe essere proprio quello alla cittadinanza digitale nella gestione dei dati nel ciclo dei contratti, motivo per cui tali sistemi dovranno essere verificati in modo rigoroso prima di poter essere utilizzati¹⁸.

Oltre a ciò, la trasformazione digitale dei contratti presenta una duplice dimensione. La prima è sintetizzabile nei principi sopra richiamati, i quali per quanto abbiano una capacità trasformativa non mutano il modo di amministrare rispetto al paradigma classico. La seconda dimensione consiste, invece, in una digitalizzazione "sostanziale", ossia nella possibilità secondo l'art. 30 di impiegare algoritmi di intelligenza artificiale all'interno delle piattaforme di approvvigionamento e delle procedure di acquisto per

¹⁷ L'IA Act considera vietato tutto ciò che sia una «chiara minaccia per la sicurezza, i mezzi di sussistenza e i diritti delle persone», come l'assegnazione di un «punteggio sociale» da parte dei governi. In particolare, il rischio inaccettabile comprende la «manipolazione comportamentale cognitiva di persone o gruppi vulnerabili specifici, la classificazione sociale e sistemi di identificazione biometrica in tempo reale e a distanza, come il riconoscimento facciale». In particolare, facciamo riferimento a: sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano tecniche subliminali o tecniche manipolative o ingannevoli per distorcere il comportamento; sistemi di intelligenza artificiale che sfruttano le vulnerabilità di individui o gruppi specifici; sistemi di categorizzazione biometrica basati su attributi o caratteristiche sensibili; sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per il social scoring o la valutazione dell'affidabilità; sistemi di IA utilizzati per la valutazione del rischio che prevedono reati penali o amministrativi; sistemi di intelligenza artificiale che creano o espandono database di riconoscimento facciale attraverso *web scraping* non mirato; sistemi di intelligenza artificiale che deducono le emozioni nelle forze dell'ordine, nella gestione delle frontiere, sul posto di lavoro e nell'istruzione.

¹⁸ G.C. Feroni, *IA nei processi decisionali della PA, il faro è la Costituzione*, cit., 6; secondo cui il sistema di gestione degli strumenti di IA ad alto rischio è complesso e opera in modo progressivo. Ai sensi dell'art. 9 è obbligatoria la sua istituzione, e dopo la loro valutazione si adottano le misure adeguate. In tema di *machine learning*, l'art. 10 l'utilizzo dei dati deve essere qualitativo, «addestrando» la macchina in modo completo tale da minimizzare il rischio di errori. Al contempo, il sistema deve essere trasparente, tale da essere facilmente accertabile e in modo da comprendere l'output del sistema e utilizzarlo in maniera adeguata. Da ultimo, in virtù dell'art. 14, s'impone la sorveglianza umana nel sistema, in modo «da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso», dovendosi contemplare la possibilità che il supervisore umano possa anche scegliere di non avvalersi dell'IA, non aderendo ai risultati e interrompendo il funzionamento del sistema.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

produrre risultati di ricerca ottimizzati, valutazioni delle offerte, giudizi di anomalia, ovvero un ampio spettro di ricadute applicative¹⁹.

A differenza della prima, questa variazione sostanziale è «capace di trasformare profondamente i processi decisionali, mutarne le direttrici di fondo e sostituire la macchina e la tecnologia alla componente umana. Tali sviluppi raggiungono ogni dimensione della nostra vita sociale e privata, hanno un impatto enorme sull'economia e sulla politica e uniscono all'insieme di vantaggi e opportunità dischiusi dalla tecnologia anche una componente di rischio per i diritti fondamentali, per la sicurezza e per la privacy dei cittadini»²⁰.

Mediante gli algoritmi di *machine learning* o *deep learning*, le stazioni appaltanti che impiegano l'IA non si limiteranno a semplificare le attività, ma muteranno in parte le attività da compiere, le norme e le garanzie da osservare, o l'applicazione dei principi di legalità e di giustiziabilità in base al modo in cui è esercitato il potere²¹. Cambia qualitativamente, in altre parole, il modo di operare, di acquisire i fatti e di decidere e ciò impone un ripensamento delle regole e delle garanzie che governano l'azione pubblica, in ragione del fatto che la potenza computazionale delle macchine non è paragonabile a quella dell'intelligenza umana. In questo contesto, la digitalizzazione non è un fine in sé, ma un fondamentale strumento da attivare per raggiungere obiettivi di carattere politico, economico e sociale, individuati a livello europeo e da realizzare a livello nazionale.

Nonostante la portata rivoluzionaria del comparto digitale nel settore dei contratti²², il fenomeno non è di nuovo conio per il nostro ordinamen-

¹⁹ L'art. 30 del nuovo codice è la prima norma a regolare l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'azione pubblica, immaginata sia per le tecniche algoritmiche *model based* (deterministici, basati sulla correlazione *if then* per arrivare ad *output* prevedibili) sia per quelle di *deep learning* con tutte le difficoltà collegate a *black box* ivi presenti. È noto, difatti, che l'algoritmo di *deep learning* processa secondo logiche di inferenza statistica e di conseguenza elabora una serie infinita di dati senza poter spiegare come è arrivato all'*output*. Ciò implica la difficoltà, se non l'impossibilità, di spiegare l'*iter* logico seguito, di capire il codice sorgente e definire l'onere motivazionale, l'assenza di strumenti di partecipazione, e il conseguente difficile sindacato giurisdizionale che dovrebbe tradurre la regola tecnica in regola giuridica.

²⁰ B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 80.

²¹ Si pensi all'automatizzazione di alcune attività, come in fase di programmazione, di valutazione del *rating* di imprese, di analisi dei profili ambientali, energetici, di monitoraggio della variazione dei prezzi. Oppure un assistente virtuale con chatbot potrebbe supportare il RUP per l'assistenza necessaria per la correzione degli effetti indesiderati, purché non si cancelli lo *human in the loop*. Sul tema, S. Foà, *Intelligenza artificiale e cultura della trasparenza amministrativa. dalle "scatole nere" alla "casa di vetro"?*, in *Dir. amm.*, 2023, 515 ss.

²² Al punto che l'entrata in vigore di queste regole è stata differita per dare il tempo a

to. Sul punto, è opportuno evidenziare che, ancor prima che intervenisse il PNRR, la digitalizzazione era ben presente nel settore dei contratti pubblici. Su tutti, degni di nota sono stati gli interventi introduttivi del MEPA per gli affidamenti sotto soglia europea, ovvero le molteplici disposizioni contenute all'interno del precedente codice dei contratti pubblici, specialmente a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, detto "Decreto semplificazioni *bis*"²³. Non vi è dubbio comunque che la più importante tra le norme sul versante digitale fosse l'art. 44, d.lgs. n. 50/2016, in cui si contemplavano norme di principio volte ad armonizzare l'affidamento delle procedure per il tramite di modalità digitali²⁴.

tutte le amministrazioni e agli altri soggetti coinvolti di adeguare i propri sistemi informatici e garantire l'effettiva interoperabilità tra gli stessi. Con la delibera ANAC 13 dicembre 2023, n. 582 è stato chiarito e confermato che «a partire dal 1° gennaio 2024 la disciplina in tema di digitalizzazione prevista dal nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023 e riferita a tutte le procedure di affidamento acquisterà piena efficacia. In particolare, verranno meno i regimi transitori previsti all'art. 225, c. 1 (regime di pubblicità legale nei contratti pubblici), c. 2 (attività riguardanti il ciclo di vita dei contratti pubblici e rientranti nell'ecosistema di approvvigionamento digitale) e, infine, c. 3 (utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento digitale certificate da parte delle stazioni appaltanti e centrali di committenza qualificate, anche con riserva). La disciplina in tema di digitalizzazione sarà applicabile anche alle procedure di affidamento comprese nel PNRR avviate a partire dal 1° gennaio 2024. Inoltre, sempre a partire dal 1° gennaio 2024, nell'ambito del sistema di digitalizzazione, la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (d'ora in poi BDNCP) renderà disponibili, mediante interoperabilità, per il tramite della Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) di cui all'articolo 50-ter del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, anche per garantire l'assolvimento degli obblighi di trasparenza di cui all'art. 28 del codice».

²³ Nel corso della pandemia si è assistito alla forte spinta all'uso degli strumenti digitali, diretti alla facilitazione e alla velocizzazione dei processi amministrativi, come nota G. Carloti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, Convegno "I principi nel Codice dei contratti pubblici", Firenze 14 aprile 2023, in cui sono messe in risalto le innovative previsioni concernenti la digitalizzazione della materia, per cui si ricordano quelle sugli strumenti telematici di negoziazione, oltre che quelle in materia di BIM, sull'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici, di trasmissione telematica degli avvisi, dei bandi per la pubblicazione in sede europea oltre alla previsione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Alla trasparenza quale strumento della "buona amministrazione" va affiancata poi la semplificazione dell'azione amministrativa, che ha avuto il suo punto di svolta nell'adozione degli strumenti informatici da parte della pubblica amministrazione, con l'entrata in vigore del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, la "magna charta" dello "Stato digitale" in Italia, dove sono state riorganizzate tutte le disposizioni in materia di *e-government* presenti nell'ordinamento e che rappresenta la bussola normativa in materia. Sul punto, S. Civitarese Matteucci, *Digitalisation and Reforms of Public Administration in Italy*, in *Italian Journal Public Law*, 2021, 127.

²⁴ Un successivo decreto ministeriale avrebbe dovuto definire: a) delle modalità di

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

Nonostante la presenza di una regola precipua in materia, a seguito della mancata attuazione, il dettato normativo è stato spogliato di qualsiasi utilità. In effetti, a dispetto di quanto previsto in passato, il nuovo Codice amplia l'operatività dello strumento digitale non riservandolo solo a poche fasi riconducibili agli affidamenti, bensì estendendolo a tutte le procedure di gara e inglobando integralmente l'intero ciclo di vita del contratto.

Rispetto alla digitalizzazione sostanziale che presuppone l'impiego di algoritmi di *machine learning*, la digitalizzazione "tradizionale" dei contratti presenta pur sempre una evidente forza condizionante del procedimento amministrativo, che trasforma il modo di operare. Sul versante organizzativo, essa richiede che vi sia personale attrezzato e competente a svolgere queste attività. Sul versante delle mansioni, cambia il modo in cui si accertano i fatti e consente un risparmio di energie da parte dei funzionari e degli organi amministrativi che potranno essere impiegate utilmente in altre attività. Sul versante delle responsabilità, sorgono nuove fattispecie connesse alla necessità di fare in modo che lo strumento digitale non freni i diritti partecipativi degli operatori. In questa prospettiva, ad esempio, i problemi di malfunzionamento della piattaforma sembrano ricadere sulla responsabilità dell'amministrazione.

3. La "confusione semantica": a cosa serve la digitalizzazione?

In una prima fase la digitalizzazione dei contratti aprirà un inevitabile scenario di disordine, anche perché si cercheranno tanti bravi ingegneri per la soluzione dei problemi specifici, sebbene ciò che manchi sia una strategia complessiva²⁵. Un aspetto essenziale è, perciò, chiarire quali siano le funzioni della digitalizzazione.

digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni, nonché *b*) delle migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

²⁵ «Italia digitale 2026» è il documento programmatico che, in linea con le indicazioni contenute nell'Agenda digitale europea, intende far leva sul potenziale delle tecnologie ICT per favorire innovazione, progresso e crescita economica, avendo come obiettivo principale lo sviluppo del mercato unico digitale. Il Piano, promosso dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri, raccoglie il ventisette per cento delle risorse di Italia domani, e si sviluppa su due assi. Il primo asse (6,71 miliardi) riguarda le infrastrutture digitali e la connettività a banda ultra-larga. Il secondo (6,74 miliardi) riguarda tutti quegli interventi volti a trasformare la pubblica amministrazione in chiave digitale. L'o-

In primo luogo, essa serve come strumento di semplificazione. L'iperregolazione delle procedure di gara, che impone da parte delle stazioni appaltanti obblighi, formalismi, oneri economici e amministrativi – non necessariamente previsti dal diritto dell'Unione europea – richiede un mutamento nell'organizzazione delle attività. È essenziale che tutti i soggetti coinvolti adottino dei regolamenti interni, procedano a revisionare i processi di formazione dei dati, in particolare si deve consentire la completa gestione digitale dei procedimenti oltre a garantire l'accesso ai dati, su cui ci si soffermerà in seguito. Nella pratica, tali modalità dovranno essere ottemperate in virtù dell'interconnessione e dell'interoperabilità tra i sistemi telematici per il tramite delle interfacce applicative (API) per facilitare l'acquisizione delle informazioni necessarie correlate al contratto di riferimento, consentendo, da un lato, la tracciabilità dei dati e la trasparenza del sistema e, dall'altro, la velocità nel reperire i dati per i soggetti interessati.

Ancora, tutti i soggetti operanti nel settore devono dotarsi di opportune misure tecniche e organizzative a garanzia della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali. Nell'attesa che le ulteriori iniziative in materia vengano attuate²⁶, il nuovo Codice stimola la diffusione di misure, da parte delle amministrazioni, utili alla specializzazione e alla sicurezza. I requisiti richiesti sono l'uniformità di standard, oltre che il progresso complessivo dell'istruzione sulla sicurezza informatica sia per la pubblica amministrazione che per gli operatori economici²⁷.

Da ultimo, a livello organizzativo sarà necessario dotarsi dei migliori *software* e, al contempo, assicurare una imponente formazione del personale

biiettivo dichiarato è quello di rendere l'amministrazione la migliore «alleata» di cittadini e imprese, con un'offerta di servizi sempre più efficienti e facilmente accessibili. Per fare ciò, da un lato si agisce sugli aspetti di «infrastruttura digitale», spingendo la migrazione al *cloud* delle amministrazioni, accelerando l'interoperabilità tra gli enti pubblici, snellendo le procedure secondo il principio *once only* e rafforzando le difese di *cybersecurity*. Dall'altro lato, vengono estesi i servizi ai cittadini, migliorandone l'accessibilità e adeguando i processi prioritari delle amministrazioni centrali agli standard condivisi da tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

²⁶ Il riferimento è all'attuazione del sistema delle certificazioni di sicurezza informatica, alla realizzazione del Polo strategico nazionale, nonché alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, attualmente al vaglio definitivo in vista della successiva entrata in vigore.

²⁷ Come evidenziato dalla relazione al nuovo codice, sicurezza informatica e tutela dei dati non sono coincidenti, pur potendosi registrare sovrapposizioni, come avviene quando un incidente nella sicurezza informatica determina altresì una violazione di dati personali; quindi, è necessario dotarsi di strumenti che non mirino esclusivamente alla protezione dei dati dei soggetti interessati, ma sia opportuno avere un sistema completo e utile a fronte di qualsiasi violazione.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

adde, oltre che il costante aggiornamento²⁸. Questa è, in effetti, la sfida più grande da affrontare: la formazione del personale è un dato necessario e principale, volto ad attuare l'intrapresa rivoluzione digitale²⁹. Se uno degli obiettivi perseguiti nella riorganizzazione amministrativa è la riduzione delle stazioni appaltanti, è dato implicito della riforma un immediato *turn over* nel personale amministrativo, oltre che un ingente innesto di *skills* informatiche, ingegneristiche ed economiche, volte a contemperare le lacune e a qualificare da un punto di vista tecnico le amministrazioni precedenti.

Le misure organizzative evidenziate, unitamente all'armonizzazione delle piattaforme e alla corrispondenza agli standard europei, possono rappresentare la via per l'internazionalizzazione del settore della commessa pubblica, dando luogo ad una cooperazione più ricca e sinergica³⁰.

La digitalizzazione rimuove molti adempimenti, permette di verificare direttamente i requisiti degli operatori, di saltare gli invii delle comunicazioni all'ANAC, di evitare le pubblicazioni sul sito dell'amministrazione trasparente poiché queste saranno immediatamente disponibili tramite un link all'apposita sezione, e molto altro ancora. D'altra parte, è noto che «l'informatizzazione della pubblica amministrazione produce favorevoli effetti per la produttività e lo sviluppo economico in quanto: «I servizi di *e-Government* possono ridurre i costi e permettere ad amministrazioni pubbliche, cittadini e imprese di risparmiare tempo. Inoltre, possono contribuire ad attenuare le minacce connesse ai cambiamenti climatici e ai rischi naturali e di origine umana grazie alla condivisione di dati ambientali e di informazioni sull'ambiente»³¹.

Se si arriverà a far funzionare la PDND (presupposto essenziale dell'e-

²⁸ Come suggerito da A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi, Osservatorio trasparenza*, luglio 2023, 150, una soluzione semplificativa, a livello organizzativo, può essere l'assistente virtuale del RUP; esso può essere inquadrato in un percorso di supporto virtuale nelle varie attività afferenti il ciclo di vita del contratto, svolgendo una serie di attività che, anziché essere affidate al funzionario, sono lasciate alla competenza della macchina intelligente al servizio del suo lavoro.

²⁹ P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Dir. econ.*, 2022, 111.

³⁰ AGID ha avviato una consultazione pubblica, inglobando i vari interessati alla produzione, commercializzazione e gestione delle piattaforme di approvvigionamento digitale, nell'ottica di raccogliere elementi utili e volti a creare un sistema dotato di standard tecnici che le piattaforme devono rispettare, nel rispetto delle regole fissate per l'interoperabilità a livello europeo. Attualmente è possibile prendere visione dello schema operativo volto ad ottenere la certificazione delle piattaforme, comprensivo dei suoi allegati presso il sito istituzionale dell'AGID.

³¹ M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, 2537.

co-sistema digitale), la digitalizzazione potrà essere la cassetta degli attrezzi per ottenere velocemente l'acquisto sbloccando finalmente quell'«eterno cantiere» dei contratti pubblici. Non si intende ridurre le garanzie, spogliare l'evidenza pubblica delle tutele procedurali, bensì declinarle con lo strumento della digitalizzazione per fare più velocemente l'acquisto senza compromettere l'ottenimento di un risultato efficiente.

Ecco che si torna al principio del risultato. La filosofia del codice sta proprio nel principio del risultato, il risultato a scapito della concorrenza. Quel risultato che finora è stato posto in secondo piano, perché i limiti a cui è stato fatto riferimento hanno reso recessivo l'«interesse realizzativo» a che i contratti pubblici siano affidati al miglior concorrente per essere, successivamente, eseguiti. Il che è a dir poco singolare, se solo si considera che i contratti pubblici di appalto e di concessione costituiscono lo strumento che l'ordinamento mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni per raggiungere sempre un risultato finale: costruire un'opera pubblica, realizzare una infrastruttura, svolgere un servizio in favore della collettività, acquisire una fornitura di beni³².

Nello spirito del nuovo Codice l'importante è ottenere il bene rafforzando la discrezionalità dell'amministrazione anche quando ciò comporti un effetto deteriore su altri interessi. Un risultato da raggiungere in tempi rapidi, come sta a dimostrare la fissazione a monte con legge (allegato I.3) dei tempi delle procedure di gara. Un risultato che rispetti la legalità, sebbene quest'ultima si sia venuta modificando nel rispetto di questa filosofia, consentendo strade più semplici per raggiungere l'obiettivo.

Se questo è l'idea di fondo, – proprio mediante la semplificazione – la digitalizzazione viene a conciliarsi con la regola del risultato, nel tentativo di inquadrare tale modello nell'ambito dei sistemi di produzione delle certezze, i quali hanno risentito, negli ultimi tempi, del crescente fenomeno di “com-

³² La concorrenza è stata pregiudicata, nel senso che la diffusa equazione concorrenza = procedimento di gara/rigidità del contratto è diventata il presupposto per l'applicazione di regole (per un verso, limitative della discrezionalità delle stazioni appaltanti e, per altro verso, invasive delle istanze degli operatori economici) e del nascere di contenziosi (sempre più frequenti), dando origine a indefinite questioni di legittimità amministrativa, nonché alla sottoposizione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici a oneri (amministrativi ed economici) che hanno creato non poche difficoltà alle prime e hanno scoraggiato la partecipazione alle procedure di gara di questi ultimi. La concorrenza, quindi, è divenuta una “formula vuota” ed è stata concepita quale “bene unitario, unico e autoreferenziale”, che ha finito per legittimare scelte amministrative che, in ultima analisi, sono risultate contrarie, sia all'obiettivo di promuovere e realizzare la piena concorrenzialità tra operatori nel mercato, sia all'obiettivo di assicurare l'aggiudicazione del contratto al concorrente che ha presentato l'offerta maggiormente meritevole.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

plificazione” tecnico giuridica dei rapporti tra consociati e tra consociati e pubblici poteri.

In secondo luogo, la digitalizzazione è un essenziale strumento di trasparenza, giacché mediante le piattaforme certificate di acquisto – che divengono obbligatorie per le amministrazioni – non dovranno più essere presentate richieste di accesso ai documenti o alle offerte degli altri concorrenti. In particolare, ai sensi dell’art. 35, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l’accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli artt. 3-*bis* e 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 e degli artt. 5 e 5-*bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Per cogliere immediatamente la portata rivoluzionaria della disposizione occorre concentrare l’attenzione sull’espressione «acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme»³³. Nel senso che non saranno più indispensabili richieste di accesso – in nessuna delle forme, documentale, civico semplice o civico generalizzato – poiché sarà sufficiente per l’operatore economico, partecipante alla gara (e non escluso), entrare con il proprio accredito nella piattaforma per avere a disposizione immediatamente, a partire dal momento della comunicazione dell’aggiudicazione, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione, nonché l’offerta dell’impresa risultata aggiudicataria.

Non solo. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, le offerte dagli stessi presentate. Il che significa che il legislatore ha operato a monte il bilanciamento degli interessi, ritenendo di mettere al primo posto la generale esigenza di trasparenza in ordine alle modalità di affidamento delle commesse pubbliche, non ostandovi alcun interesse preclusivo a meno che esso non prenda forma in una richiesta di oscuramento di informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali. A decidere sulla richiesta di oscuramento dovrà essere la stazione appaltante in un tempo brevissimo per tutelare le ragioni di segretezza.

³³ Sul rapporto tra trasparenza e nuovi diritti globali di terza generazione, T. Alti, C. Barbieri, *La trasparenza amministrativa come strumento di potere e di democrazia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 809 ss., che affermano «la trasparenza amministrativa contiene una legittimazione e una promessa. La promessa consiste nella capacità di modificare i rapporti di potere tra Stato e cittadini».

La digitalizzazione diventa in quest'ottica una modalità per informare i partecipanti dei risultati della gara. Essa assicura agli interessati trasparenza ed imparzialità, indipendentemente dalla lesione, in concreto, da parte della pubblica amministrazione, di una determinata posizione di diritto o interesse legittimo, facente capo alla sua sfera giuridica. L'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi assume così la consistenza di bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo, «in contrapposizione al sistema fondato sulla regola generale della segretezza dei documenti amministrativi»³⁴.

In terzo luogo, la digitalizzazione risulta essere un indispensabile strumento di lotta alla corruzione. Basti porre mente al fatto che – laddove la procedura di affidamento sia condotta attraverso piattaforme telematiche, le quali, per loro natura, consentono di poter tracciare attraverso i “log di sistema”, ogni singolo e specifico momento procedimentale – viene esclusa ogni ipotesi di manomissione³⁵, sul presupposto che, ove pure si verificasse, risulterebbe tracciata e riscontrabile nel predetto sistema di crittografia a codici elettronici, senza possibilità che esistano operazioni non registrate a sistema³⁶. La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella “conservazione” dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta. Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte.

L'esempio di *Mepa watch*³⁷, un osservatorio per individuare situazioni

³⁴ Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2023, n. 5015.

³⁵ Mediante i log file è possibile ricostruire l'iter di operazioni che hanno riguardato un determinato sistema informativo consentendo, in particolar modo, il tracciamento delle eventuali anomalie o minacce che potrebbero colpire i sistemi, andando a compromettere, di conseguenza, la sicurezza delle informazioni collocate all'interno degli asset informatici. Tuttavia, in tema è rilevante precisare che, ai fini di una corretta tracciatura delle operazioni compiute mediante l'impiego di dispositivi o applicativi informatici, sia necessario garantire (tramite protocollo NTP) la sincronizzazione degli orologi sui vari dispositivi che compongono l'infrastruttura It. In alternativa, nel corso dell'analisi dei log file, si rischia di alterare il reale ordine temporale degli eventi registrati.

³⁶ Cons. St., sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795.

³⁷ Come evidenziato da A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, cit., 142, il progetto che si vuole sviluppare contempla

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

potenzialmente anomale, come la coincidenza di imprese che presentano offerte nella stessa gara, dimostra come gli strumenti digitali possano funzionare meglio di ogni altro nell'attività di monitoraggio e controllo del mercato delle commesse pubbliche. Pur trattandosi di un'analisi senza conseguenze dirette, che serve unicamente ad indicare anomalie da scrutinare con l'intervento umano, essa agevola la prevenzione della corruzione, rispetto alla quale è più utile l'osservazione sul piano globale per mezzo di una mole massiva di dati, che non con il microscopio sulla singola procedura.

Sotto questo punto di vista, nell'ottica della lotta alla corruzione e della riaffermazione della legalità, la digitalizzazione persegue lo scopo di rafforzare la pubblica funzione di attestazione, incrementa la trasparenza e migliora la fiducia nell'amministrazione. La «richiesta di servizi e prestazioni complesse ha ingenerato il noto atteggiamento di amministrazione difensiva, che pare costituire una risposta all'incapacità degli individui e delle organizzazioni pubbliche di offrire soluzioni ai livelli crescenti di complessità», in questo quadro la digitalizzazione «offre strumenti utili a restituire capacità e autorevolezza alle organizzazioni pubbliche per rispondere ai bisogni sociali»³⁸. È noto che le stazioni appaltanti devono assicurare la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e/o la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento³⁹.

La digitalizzazione in funzione di interesse generale volto al contrasto della corruzione nel settore degli appalti sembra, insomma, ottimizzare la

la possibilità di utilizzare gli algoritmi e degli strumenti utili all'osservazione e all'analisi dei trend di utilizzo del MEPA in relazione ai comportamenti attesi. In tal senso si rende più trasparente e semplificata la procedura di acquisto nel sotto soglia, anche per il tramite dell'adozione di modelli predittivi innovativi che supportino l'azione del MEPA.

³⁸ G.M. Racca, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

³⁹ Tra le molte sentenze sui malfunzionamenti impeditivi della piattaforma, Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352. Sul punto, anche, P. Clarizia, *La digitalizzazione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 308, evidenzia come si preveda che le piattaforme di approvvigionamento digitale non possano alterare la parità di accesso degli operatori, né limitare la loro partecipazione alla gara, o influenzare la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara e che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano garantire la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, eventualmente anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento.

fiducia nell'amministrazione, incrementando gli strumenti di controllo (con l'interoperabilità delle banche dati) e contrastando quelle disfunzioni che prendono il nome di "paura della firma" o "burocrazia difensiva". Lo stesso vale sul piano economico, ove si dispone che i costi delle piattaforme, né diretti né indiretti (per l'utilizzo di piattaforme altrui), connessi alla loro gestione non possono essere scaricati sui concorrenti, rimanendo perciò interamente a carico delle pubbliche amministrazioni.

Oltre a ciò, essa serve a migliorare la discrezionalità, perché consente all'amministrazione di dedicare energie ad altre attività, come la definizione di appalti e partenariati di economia circolare, combatte la corruzione mediante i file log di sistema, e obbliga le amministrazioni ad un cambiamento di mentalità per essere al passo con i tempi, ossia garantendo la continuità del servizio con "sportelli telematici sempre aperti" e fornendo un servizio continuativo⁴⁰.

4. La *governance* della digitalizzazione

Una delle questioni che rimane aperta riguarda la *governance* della digitalizzazione, intesa come esigenza di tradurre in termini organizzativi il coordinamento amministrativo e programmatico delle funzioni connesse. Il d.lgs. n. 36/2023 attribuisce alla neo riformata Cabina di regia⁴¹ anche il

⁴⁰ La dimensione digitale può aprire scenari inediti. Basti pensare all'impiego del *virtual assistant* per dare risposte alle imprese riguardo la procedura. Oppure al tema della scalabilità, in *cloud* o meno, giacché non si può prevedere quante saranno tra alcuni anni le procedure né quale sarà il numero degli operatori economici. Oppure all'annosa questione della sicurezza, dei pericoli di attacchi cyber, della tutela dell'identità digitale, della normativa dell'infrastruttura dei servizi *cloud* ovvero della «*infrastructure as a service*». Si consideri che, ai sensi dell'art. 19, «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la tracciabilità e la trasparenza delle attività svolte, l'accessibilità ai dati e alle informazioni, la conoscibilità dei processi decisionali automatizzati e rendono le piattaforme utilizzate accessibili nei limiti di cui all'articolo 35. I gestori delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'articolo 26».

⁴¹ Con riferimento all'organizzazione della Cabina di regia, il citato allegato prevede che essa sia composta da dodici soggetti (a fronte dei precedenti quattordici): un rappresentante del Presidente del Consiglio dei ministri, con funzioni di Presidente; un rappresentante del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; un rappresentante del Commissario straordinario del Governo per la ricostruzione nei territori interessati dagli eventi sismici verificatasi a far data dal 24 agosto 2016; un rappresentante della Struttura di missione per il coordinamento dei processi di ricostruzione e sviluppo dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009; un rappresentante del Ministro delle imprese e del made in Italy; un rappresentante del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica; un rappresentante del Sottosegretario alla

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

compito di «sovrintendere alla digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici», fermo restando l'esercizio di alcune funzioni da parte dell'ANAC (art. 221, c. 4, lett. d)). Ciò implica un accentramento in senso verticale, giacché si viene a rinforzare il ruolo del vertice politico governativo, in armonia con la previsione contenuta nell'art. 19, secondo cui la digitalizzazione costituisce «esercizio della funzione di coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, c. 2, lettera r), della Costituzione».

Non vi è dubbio come, per mezzo della digitalizzazione *by default*, sia più penetrante la funzione allo stato assegnata alla Cabina stessa, in passato confinata ad un compito di mera “promozione” al fine della diffusione dell'utilizzo di strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto⁴². L'incisività della norma, d'altra parte, non sorprende, dal momento che, tra le innovazioni più rilevanti del nuovo codice si annovera, proprio, la digitalizzazione dell'intero processo di *public procurement*.

Oltre a ciò, il c. 3 dell'art. 221 prevede l'istituzione di una nuova struttura temporanea, lo «sportello unico di supporto tecnico» per supportare la Cabina di regia nell'espletamento delle sue funzioni di monitoraggio relative all'attuazione delle misure contenute nel codice. Tale *help desk* sarà attivo solo per i primi due semestri dalla data di acquisizione dell'efficacia del codice e dovrà sostenerne l'attuazione nonché individuarne eventuali criticità.

Stupisce che la composizione della Cabina di regia rifletta soprattutto competenze legate al settore infrastrutturale, senza contemplare esperti tecnici di infrastrutture tecnologiche dal momento che deve sovrintendere alla digitalizzazione del sistema dei contratti. Così come appare poco adeguato che a questa struttura non partecipi l'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), che ha un ruolo di certificazione delle piattaforme e collabora con l'ANAC per le forniture informatiche, nell'obiettivo di assicurare la massima trasparenza nel percorso di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni⁴³.

Presidenza del Consiglio con delega all'innovazione; un rappresentante del Ministro del turismo; un rappresentante del Ministro della cultura; un rappresentante dell'Autorità nazionale anticorruzione; un rappresentante della Conferenza unificata; un rappresentante del Ministro dell'istruzione e del merito. Si dubita che il nuovo assetto organizzativo risponda alla necessità di adeguare la Cabina di regia ai nuovi poteri, di coordinamento e di indirizzo, che le sono conferiti dal Codice dei contratti.

⁴² Del resto, il presupposto convenzionale dei mercati digitali è che le loro caratteristiche oggettive siano destinate a creare e ossificare modelli di fallimento del mercato, di preclusione anticoncorrenziale e di riduzione dei consumi.

⁴³ I requisiti tecnici delle piattaforme sono stabiliti dall'AGID, d'intesa con ANAC e il Dipartimento per la trasformazione digitale entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del codice. Secondo il d.m. n. 148/21 della Funzione pubblica, «le regole tecniche per la defini-

Per confrontarsi sui nodi irrisolti è indispensabile appoggiarsi a soluzioni individuate da un soggetto di matrice tecnica, come l'AGID, a cui peraltro sono rimessi dal codice significativi poteri sanzionatori. In particolare, nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua una segnalazione all'AGID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'art. 18-*bis* del codice di cui al d.lgs. n. 82/2005.

Ne discende che l'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale, punibili ai sensi dell'art. 18-*bis* del codice di cui al d.lgs. n. 82/2005. Sebbene la violazione di tali obblighi non abbia ancora mai trovato pratica applicazione, rimane il fatto che all'AGID sia assegnato il potere di sanzionare in via pecuniaria le ipotesi di omissione delle informazioni ovvero di mancato funzionamento del sistema di interoperabilità.

Stante ciò, appare difficile che il luogo del coordinamento della digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici (pur implementato da un rappresentante ANAC⁴⁴) possa fare a meno delle altre strutture tecniche, come l'AGID, nell'implementazione delle politiche di sviluppo digitale. Perciò, «debolezza del centro, incertezza sulle responsabilità e sui ruoli, tendenza delle amministrazioni a sviluppare soluzioni *single agency*, autonomia degli enti territoriali»⁴⁵, ulteriore crescita di complessità del quadro di riferimento: sembrano essere problemi che ancora non riescono a trovare effettive ed efficaci soluzioni.

zione delle modalità di digitalizzazione di cui al comma 1, comprensive della descrizione dei flussi, degli schemi dei dati e degli standard europei di interoperabilità tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo previsti dal codice, sono dettate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) con apposite linee guida, ai sensi dell'art. 71 del CAD, tenendo conto delle regole e dei principi di cui all'art. 29 del codice».

⁴⁴ Che conserva comunque un ruolo preminente nel nuovo assetto della digitalizzazione dei contratti pubblici. Ad esempio, il d.lgs. n. 36/2023 continua ad assicurare una serie di incentivi e disincentivi per dare risposta all'annoso problema, riscontrato nella prassi, relativo all'incompletezza della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, che rappresenta pur sempre uno degli strumenti fondamentali volti a garantire l'effettività delle funzioni di vigilanza dell'ANAC.

⁴⁵ E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 375.

5. La necessaria “traversata nel deserto”: cooperazione e digitalizzazione

La digitalizzazione dell'intero processo di *public procurement by default*, ossia imposto alle pubbliche amministrazioni, non solo nei rapporti interni, ma tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati, implica altresì l'emergere di una figura organizzatoria di coordinamento in cui vengono ad essere elaborati una serie di raccordi procedurali tra amministrazioni diverse. Sotto questo profilo, la digitalizzazione è una tecnica che mette d'accordo più amministrazioni ai fini della determinazione di un disegno unitario comune.

Agendo per forza mediante strumenti informatici e telematici l'ambiente digitale diviene quello “esclusivo” spazio in cui si svolge l'azione amministrativa, che trova copertura costituzionale nel principio di buon andamento, così come inteso dalla Corte costituzionale, ossia quale garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità. Come si è accennato, scompare la richiesta di accesso. La documentazione di gara è resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme digitali di cui all'art. 25 e attraverso i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Essa è costantemente accessibile attraverso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici. La gestione del rapporto amministrativo passa mediante la piattaforma. Tutte le comunicazioni e gli scambi d'informazione avvengono sulle piattaforme dell'ecosistema nazionale sui contratti pubblici presso cui gli operatori economici sono tenuti ad eleggere domicilio speciale⁴⁶. L'effettività delle garanzie appare in questo modo potenziata e raggiunge un grado di compiutezza che mai si era realizzato in altri procedimenti.

Insomma, vista da qui, la digitalizzazione si viene a sposare con le questioni dell'amministrazione della società complessa⁴⁷. Perché il procedimento funzioni è necessaria la condivisione delle informazioni, e quest'ultima assume una dimensione cooperativa sia *orizzontale* sia *verticale*. La prima è ben rappresentata dall'interoperabilità, ossia dall'obbligo per ogni ammini-

⁴⁶ Sull'utilizzo del domicilio speciale o digitale si rinvia all'art. 29, secondo cui «tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al codice sono eseguiti, in conformità con quanto disposto dal codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, tramite le piattaforme dell'ecosistema nazionale di cui all'articolo 22 del presente codice e, per quanto non previsto dalle predette piattaforme, mediante l'utilizzo del domicilio digitale ovvero, per le comunicazioni tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 47 del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005».

⁴⁷ Per ricordare il titolo di una nota ricerca, G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982.

strazione coinvolta di doversi munire di interfaccia applicative per la condivisione delle proprie basi di dati, affinché gli stessi siano messi a disposizione quando utili per lo svolgimento dei compiti istituzionali di un'altra struttura amministrativa. È un problema di organizzazione, di divisione del lavoro, ma che assume anche una portata funzionale⁴⁸.

La dimensione verticale, invece, riguarda il rapporto tra imprese e stazioni appaltanti. Come precisato dall'ANAC, ad esempio, «l'OE autorizza l'accesso al FVOE da parte della stazione appaltante o dell'ente concedente interessato, con le funzionalità messe a disposizione dal sistema»⁴⁹. Non solo. L'operatore economico ha l'onere di procedere all'accreditamento sul sistema, attraverso l'attivazione di un'utenza, con elezione di domicilio speciale presso la medesima piattaforma per la corrispondenza relativa alle gare di appalto⁵⁰.

Al contempo, che la digitalizzazione presupponga una funzione di coordinamento e che richieda alle autorità di ragionare quanto più possibile come un "corpo" unico è dimostrato dall'applicazione di un meccanismo di mutuo riconoscimento, si potrebbe dire quasi ripreso dall'esperienza dell'integrazione amministrativa europea. Pur rimanendo un po' nascosto nel Codice, all'interno del c. 3 dell'art. 24 si precisa che «l'ANAC può predisporre elenchi aggiornati di operatori economici già accertati secondo quanto previsto dal c. 1 e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per procedure di affidamento diverse».

Al riguardo, l'ANAC ha chiarito che «gli operatori economici aggiudicatari e i subappaltatori autorizzati ai sensi dell'art. 109, c. 4, del codice, per i quali è stata eseguita con esito positivo la verifica di tutti i requisiti di partecipazione in occasione di una procedura di affidamento, sono inseriti nella Lista degli operatori economici verificati per il periodo di validità delle verifiche indicato all'art. 3, punto 2, lett. c). Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, per lo svolgimento delle verifiche sugli operatori presenti nella Lista degli operatori economici verificati, possono scegliere di avvalersi

⁴⁸ Ad esempio, secondo l'art. 24, c. 3, «le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni o delle informazioni di cui all'articolo agli articoli 94 e 95 garantiscono alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, attraverso la piattaforma di cui all'art. 50-ter del codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. n. 82/2005 e l'accesso per interoperabilità alle proprie banche dati, ai sensi dell'art. 23, c. 3, del presente codice, la disponibilità in tempo reale delle informazioni e delle certificazioni digitali necessarie ad assicurare l'intero ciclo di vita digitale di contratti pubblici».

⁴⁹ Sul punto, si veda l'art. 5, delibera 20 giugno 2023, n. 262, con cui l'ANAC ha adottato il provvedimento di cui all'art. 24, c. 4, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'Agenzia per l'Italia Digitale.

⁵⁰ Conformemente all'art. 3-bis, c. 4-quinquies, d.lgs. n. 82/2005, il quale consente di eleggere domicilio speciale ai sensi dell'art. 47 c.c. anche presso un domicilio digitale diverso dalla Pec.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

dell'esito delle verifiche effettuate sulle singole certificazioni già utilizzate da altre stazioni appaltanti ed enti concedenti nell'ambito di diverse procedure di affidamento, laddove non siano intervenute variazioni dei soggetti di cui all'art. 94, c. 3⁵¹. È in ogni caso facoltà della stazione appaltante ripetere la verifica dei requisiti»⁵².

Pertanto, tramite la digitalizzazione, gli accertamenti compiuti da un'amministrazione per l'ammissione degli operatori economici alle gare possono essere impiegati anche da altre amministrazioni agli stessi fini, accedendo a questo elenco degli operatori economici già verificati. Si verifica così un'ipotesi di leale collaborazione e mutuo riconoscimento, quale modalità di svolgimento congiunto di attività distinte e diverse, ma convergenti verso un risultato comune, facenti capo a più soggetti in posizione di reciproca autonomia e parità. In questa prospettiva, la collaborazione è una modalità di comportamento non soltanto non ostativa, ma di attiva partecipazione allo svolgimento di attività comuni o interferenti.

Se, tuttavia, quello di valersi degli strumenti informatici è un obbligo, il mutuo riconoscimento allo stato attuale è invece costruito come facoltativo, perché è lasciata l'alternativa alla stazione appaltante se ripetere o meno le verifiche dei requisiti. La leale cooperazione impone di rispettarsi e di assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti, ma nell'assetto attuale dell'ordinamento dei contratti essa è ancora costruita come una "scelta", la cui giuridicità deve essere rafforzata.

Dal momento che tutte le amministrazioni sono tenute non soltanto alla formale correttezza reciproca nell'adempimento dei rispettivi doveri pubblici, ma anche alla coesione, alla costante ricerca e alla pratica di relazioni amichevoli, le maggiori problematiche sul piano delle ricadute pratiche si hanno rispetto ai fenomeni disfunzionali. Si pensi all'ipotesi in cui sia omessa un'informazione, o sia verificato un operatore economico ma in modo incompleto o inesatto, oppure ancora all'ipotesi più grave dell'inserimento di documenti non veritieri⁵³.

⁵¹ Sistema reputazionale introdotto nel nuovo Codice anche in considerazione dell'esito positivo che ha mostrato nell'affidamento degli appalti pubblici soprattutto negli Stati Uniti. Tale sistema però non deve tradursi in una illegittima violazione del principio di libera circolazione e di concorrenza; tale requisito potrebbe altrimenti configurarsi quale forma di ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici e creare situazioni di vantaggio per gli operatori di maggiori dimensioni e capaci, dunque, anche di ottenere valutazioni prestazionali positive.

⁵² Secondo l'art. 5, c. 11, delibera 20 giugno 2023, n. 262.

⁵³ Un errore dei dati che non venga corretto tempestivamente potrebbe andare ad incidere su una molteplicità di procedure di evidenza pubblica.

Sul punto, sembra che l'ordinamento non sia ancora sufficientemente preparato, non essendo stato predisposto un apparato – né sul piano dell'operatività, né su quello sanzionatorio – che appaia efficace. Innanzitutto, appare quasi superfluo far notare come il sistema – benché integrato e coordinato – non è in alcun modo dotato di strumenti di reazione in automatico per “espungere” una documentazione non veritiera o un atto inesatto, ma occorre attendere la rettifica dell'ente che ha caricato il dato. Si potrebbe obiettare che i rimedi rimangono quelli ordinari, se non fosse che la digitalizzazione consente una maggiore circolarità dei dati e permette di “fare uso” di quanto fatto da un altro apparato pubblico.

Alla luce di ciò appare carente l'art. 9 della delibera ANAC, dedicato alla «correttezza e veridicità dei dati contenuti nel FVOE e relative responsabilità», ove si precisa che «gli enti certificanti, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti garantiscono la correttezza, la veridicità e l'aggiornamento dei dati e delle informazioni di pertinenza acquisiti al FVOE. Eventuali contestazioni da parte degli operatori economici sono avanzate nei confronti dei soggetti di cui al precedente periodo. I dati e le informazioni oggetto di contestazione restano disponibili nel FVOE *fino alla eventuale rettifica* da parte dei soggetti di cui sopra, intervenuta anche a seguito di provvedimenti di annullamento o sospensione cautelare dell'efficacia intervenuti in sede giudiziale». Oltre a ciò, «gli operatori economici sono responsabili della correttezza, della veridicità e dell'aggiornamento dei dati che inseriscono nel FVOE. L'inserimento di falsa documentazione è valutata dall'ANAC ai sensi dell'art. 96, c. 15, del codice».

Sul piano sanzionatorio, nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua una segnalazione all'AGID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'art. 18-*bis* del codice di cui al d.lgs. n. 82/2005, ossia gli obblighi di transizione digitale.

L'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce appunto violazione degli obblighi di transizione digitale, punibile ai sensi del richiamato art. 18-*bis*⁵⁴. Eppure, l'art.

⁵⁴ Secondo l'art. 18-*bis*, «l'AGID esercita poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del presente codice e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione, ivi comprese quelle contenute nelle Linee guida e nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, e procede, d'ufficio ovvero su segnalazione del difensore civico digitale, all'accertamento delle relative violazioni da parte dei soggetti di cui all'art. 2, c. 2. Nell'esercizio dei poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio, l'Agid richiede e acquisisce

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

18-*bis* non sembra ancora aver trovato mai pratica applicazione da parte dell'AGID, che dovrebbe immaginare l'organizzazione di un procedimento e la fissazione preventiva dei parametri a cui agganciare la sanzione. Difatti, l'art. 18-*bis* aggiunge che, con proprio regolamento, l'AGID disciplina le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione e irrogazione delle sanzioni per le violazioni di tale disposizione.

6. Digitalizzazione e complementarità

La macchina ci dice *cosa è vero* e *cosa è falso*. Divide lo spam dalla posta desiderata. Distingue le operazioni che implicano riciclaggio di denaro sporco da quelle che non lo sono. Indaga il merito creditizio di un privato che richiede un finanziamento.

Noi non chiediamo di capire queste operazioni, non chiediamo alla macchina di spiegarcele, ciò a cui aspiriamo è solo il risultato. Poi magari quelli più ligi andranno a verificare se nello spam ci sono finite per errore mail che non lo erano. I controlli però sono tutti successivi, d'ufficio o su segnalazione di un altro soggetto. La macchina, insomma, ci consegna una *verità* – frutto spesso di una potenza computazionale non paragonabile a quella dell'intelligenza umana – a cui per ragioni di efficienza l'amministrazione ha bisogno di affidarsi. Se ciò è vero, la transizione digitale non può essere mai una relazione o una funzione senza fiducia.

presso i soggetti di cui all'art. 2, c. 2, dati, documenti e ogni altra informazione strumentale e necessaria. La mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni di cui al secondo periodo ovvero la trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri è punita ai sensi del c. 5, con applicazione della sanzione ivi prevista ridotta della metà. L'AGID, quando dagli elementi acquisiti risulta che sono state commesse una o più violazioni delle disposizioni di cui al c. 1, procede alla contestazione nei confronti del trasgressore, assegnandogli un termine perentorio per inviare scritti difensivi e documentazione e per chiedere di essere sentito. L'AGID, ove accerti la sussistenza delle violazioni contestate, assegna al trasgressore un congruo termine perentorio, proporzionato rispetto al tipo e alla gravità della violazione, per conformare la condotta agli obblighi previsti dalla normativa vigente, segnalando le violazioni all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione, nonché ai competenti organismi indipendenti di valutazione. L'AGID pubblica le predette segnalazioni su apposita area del proprio sito internet istituzionale. Le violazioni accertate dall'AGID rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli artt. 21 e 55 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Resta fermo quanto previsto dagli artt. 13-*bis*, 50, 50-*ter*, 64-*bis*, c. 1-*quinquies*, del presente codice e dall'art. 33-*septies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221».

«L'amministrazione digitale è al contempo motore per lo sviluppo del Paese e per l'accrescimento delle opportunità dei suoi cittadini e delle sue imprese ma anche obiettivo cruciale da perseguire, il cui raggiungimento richiede l'adozione di misure strutturali per realizzare una connettività sempre più estesa, l'inclusione e la coesione sociale della società e un governo efficace del processo di attuazione»⁵⁵.

La dialettica tra sviluppo del mercato e tutela dell'efficienza è una costante, che attraversa in modo trasversale l'intera disciplina del regime digitale dei procedimenti di acquisto. Su questa si innestano gli obblighi di "sicurezza" da cui generano i problemi di affidabilità dei sistemi impiegati. Stante ciò, non dovrebbero esserci ostacoli ad interpretare la digitalizzazione come una figura organizzativa che presuppone un rapporto di complementarietà, che lega tra loro le amministrazioni raggiungendo una sorta di equilibrio.

A questa stregua, vale la pena segnalare cinque diversi profili di criticità che la sfida della digitalizzazione richiede di affrontare.

In primo luogo, si tratta ancora di una normativa (parzialmente) incompleta, come il regolamento dell'Anac sul fascicolo virtuale dell'operatore economico sta a dimostrare, e che lascerà aperto per i primi mesi di attuazione un negoziato con le amministrazioni sulle modalità applicative. In secondo luogo, si «segnala da qualche anno il rapporto tra rivoluzione digitale e disponibilità di big data e "rivoluzione manageriale": le innovazioni che rendono sempre più agevole scelte *data driven* richiedono anche nuove figure manageriali dotate di competenze che le rendano in grado di trarre valore da queste potenzialità»⁵⁶. In altre parole, è noto che la sfida della digitalizzazione pone all'interno della *governance* del personale la questione del necessario rafforzamento delle competenze, delle abilità digitali e della preparazione degli addetti delle pubbliche amministrazioni⁵⁷.

In terzo luogo, si riscontra un problema di rapida obsolescenza dei

⁵⁵ B. Marchetti, *Amministrazione digitale*, cit., 80.

⁵⁶ E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 368.

⁵⁷ Da anni l'Italia si trova in tra le posizioni di coda in ambito europeo nella classifica del *Digital Economy and Society Index (DESI)*, l'indice che analizza la connettività, il capitale umano, l'uso di internet, l'integrazione degli strumenti digitali in ambito aziendale e in particolare, per quello che qui più interessa, la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Le competenze necessarie sono diverse: per citare solo un caso, il provider deve trattare i dati in modo compatibile con il GDPR. Oppure, per applicare l'art. 30, ad esempio, servono competenze sull'intelligenza artificiale e non mere competenze digitali. Bisogna evitare la cattura della macchina e l'*automation bias*. Le competenze devono essere adeguate. Il recente *Executive Order* di Biden prevede non a caso un *AI training Act*, ossia l'organizzazione di una formazione adeguata sull'intelligenza artificiale.

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

software e delle norme a fronte delle rapidissime innovazioni tecnologiche, le quali molto rapidamente possono rendere obsolete alcune peculiarità dei mercati digitali. All'obsolescenza tecnica segue una maggiore vulnerabilità con rischi per la sicurezza. Quando alcune piattaforme non si potranno aggiornare (perché obsolete tecnicamente), verrà meno anche l'assistenza tecnica con un incremento dei costi di manutenzione. Insomma, la digitalizzazione richiede continui investimenti per la sua conservazione e manutenzione.

In quarto luogo, la digitalizzazione riapre le porte a stagioni di "grandi speranze" e successive "frustrazioni". Allo stato è ancora una promessa mancata, e se si guarda al passato la Banca dati nazionale dei contratti, seppur lacunosa, è operativa dal lontano 2007, più di tre lustri fa. Lo stesso giudizio vale per il fascicolo virtuale degli operatori, che riprende il sistema AvcPass, che appare ancora molto incompleto. L'interoperabilità è una chimera, la gestione adattativa delle problematiche con accumulazione dell'esperienza sul tema un'utopia. Per cui, sul lato dell'attuazione concreta, si tratta ancora di una grande aspirazione non esaudita. Solo il tempo potrà dire se tale aspirazione verrà a prendere forma in un nuovo quadro operativo.

In quinto luogo, continua a registrarsi un'asimmetria tra gli *standard* che le stazioni appaltanti devono verificare e i dati messi a disposizione dalle amministrazioni. Ad esempio, mancano le dichiarazioni sull'impiego delle persone svantaggiate, oppure non risultano nel certificato di regolarità fiscale le cartelle non definitivamente accertate, le quali invece possono essere causa di esclusione non automatica.

In conclusione, la digitalizzazione richiede coordinamento e affidabilità, e quest'ultima attiene al piano della "fiducia" che deve essere costruita e trasmessa ai destinatari e fruitori, tra i quali le pubbliche amministrazioni, mediante un sistema di regole certe. Nel momento in cui le applicazioni usano "librerie di terze parti" per attingere alle basi dati, è necessaria una catena di fiducia tra macchine e macchine che permea l'attività di tutte le amministrazioni. Fiducia che incrementa nel momento in cui tutte le gare transitano attraverso le piattaforme abilitate, allorquando i requisiti di sicurezza esprimono una funzione ancillare, e nel tempo in cui non vi è libertà di valersi degli strumenti informatici, bensì obblighi⁵⁸.

⁵⁸ Per T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giur. cost.*, 2023, 380, «l'epifania di una nuova forma di libertà, che è stata concettualizzata in dottrina, fin dagli anni Ottanta, e che si è venuta a determinare con l'avvento della società tecnologica. Si tratta della dottrina della cd. "libertà informatica", che soprattutto con internet è diventata una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. Ci troviamo di fronte, indubbiamente,

Se l'ecosistema digitale degli acquisti è un sistema complesso basato sulla fiducia, ne consegue che la digitalizzazione può funzionare solo se tutti cooperano per un risultato comune come in un'orchestra, agendo da fattori di integrazione. Ma – se ciò è vero – i problemi di questa orchestra sembrano non essere pochi. Pare difficile innanzitutto individuare la figura del direttore. L'ANAC? La Cabina di regia? L'AGID? O addirittura tutti insieme simultaneamente? E chi sono gli orchestrali? Sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici? E qual è l'ingerenza del sapere tecnico? E se uno stona, esiste un rimedio che può fungere da contrappeso?

Con questi interrogativi si vuole sostenere che il passaggio da una dematerializzazione ad una vera digitalizzazione richiede che le pubbliche amministrazioni indossino un vestito nuovo per presentarsi al ballo della transizione digitale⁵⁹, sebbene manchino chiari criteri organizzativi per l'assegnazione delle responsabilità, la misurabilità, la controllabilità, la prevedibilità. La logica di riduzione della complessità, insita nel concetto di digitalizzazione, l'idea del mero strumento a servizio dell'amministrazione o per far correre l'amministrazione spiegano solo una parte della questione, poiché il problema più grande sembra essere come assecondare un processo di trasformazione profonda verso forme di efficace coordinamento tra amministrazioni – *machine to machine* – fondate sulla legge della fiducia.

a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica. Si viene così a dare piena attuazione all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu, che così ha chiaramente precisato il diritto di libertà di manifestazione del pensiero: "cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee"».

⁵⁹ Non vi è uniformità di vedute su questo, ad esempio R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 326, afferma che «l'algoritmo si caratterizza per un atteggiamento di conservazione, o al più di razionalizzazione, delle pregresse scelte d'amministrazione, poiché è logica essenzialmente tratta dalle stesse, che lascia l'innovazione all'intervento umano, alla sua capacità di *intelligere*, cambiando anche radicalmente le scelte preesistenti, con quella prudenza e al tempo stesso creatività che non è sostituibile dall'intelligenza artificiale, poiché quest'ultima dell'intelligenza umana è pur sempre un derivato e mai un originale. Poiché è predittivo, l'algoritmo è capace anche di scelte discrezionali in continuità logica con le pregresse scelte umane, ma al tempo stesso l'algoritmo non è capace d'interpretazione innovativa, essendo la discontinuità – discrezionale o d'interpretazione – una caratteristica propria dell'*intelligere* umano».

digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia

Abstract

Digitalisation can be the toolbox with which public procurement can be achieved quickly, unlocking the eternal issue of contracts. IT tools can strengthen the public certification function, increase transparency and improve trust in the administration without reducing guarantees or depriving public procurement of procedural safeguards. In this way, the technology can optimise the confidence in the public action, increase the control tools with the interoperability of the databases and counteract the phenomena of the defensive bureaucracy. However, to take advantage of this, digitalisation requires coordination and responsibility, loyal cooperation and mutual recognition. In other words, digitalisation requires a law of trust, a rule of cooperation and sharing of activities in the public sphere, so that they converge towards a common result.

ARTICOLI

FABIO CUSANO

IL PRINCIPIO *DO NOT SIGNIFICANT HARM* (DNSH) E IL FISCHIO DEL MERLO

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Il principio DNSH quale vincolo generale nel PNRR. – 3. La disciplina del principio DNSH nella legislazione interna. – 4. La valutazione di conformità al principio DNSH. – 5. Due recenti pronunce del TAR Lazio sull'applicazione del principio DNSH. – 6. Il principio DNSH alla luce degli altri principi ambientali. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel capitolo *Il fischio del merlo* tratto dal romanzo *Palomar*, l'autore Italo Calvino descrive la propria filosofia dei segni nel seguente modo: «Tra tutti i versi degli uccelli si distacca il fischio del merlo, inconfondibile da ogni altro. I merli arrivano sul tardo pomeriggio ... Dopo un po' il fischio è ripetuto – dallo stesso merlo o dal suo coniuge – ma sempre come se fosse la prima volta che gli viene in mente di fischiare; se è un dialogo, ogni battuta arriva dopo una lunga riflessione. Ma è un dialogo, oppure ogni merlo fischia per sé e non per l'altro? E, in un caso o nell'altro, si tratta di domande e risposte (all'altro o a sé stesso) o di confermare qualcosa che è sempre la stessa cosa (la propria presenza, l'appartenenza alla specie, al sesso, al territorio)? Forse il valore di quell'unica parola sta nell'essere ripetuta da un altro becco fischiante, nel non essere dimenticata durante l'intervallo di silenzio. Oppure tutto il dialogo consiste nel dire all'altro “io sto qui”, e la lunghezza delle pause aggiunge alla frase il significato di un “ancora”, come a dire: “io sto ancora qui, sono sempre io”. E se fosse nella pausa e non nel fischio il significato del messaggio? Se fosse nel silenzio che i merli si parlano? (Il fischio sarebbe in questo caso solo un segno di punteggiatura, una formula come “passo e chiudo”). Un silenzio, in apparenza uguale a un altro silenzio, potrebbe esprimere cento intenzioni diverse; anche un fischio, d'altronde; parlarsi tacendo, o fischiando, è sempre possibile, *il problema è capirsi*. Oppure nessuno può capire nessuno: ogni merlo crede d'aver messo nel fischio un significato fondamentale per lui, ma che solo lui intende; l'altro gli ribatte qualcosa che

non ha nessuna relazione con quello che lui ha detto; è un dialogo tra sordi, una conversazione senza capo né coda»¹.

Il celebre romanziere ha inteso ermeneuticamente ridurre a sintesi il suono e il *non-suono*, il detto e il *non-detto*, sottendendo che ogni attività cognitiva richiede la comprensione dei significati («*il problema è capirsi*»). È partendo da tale assioma che oggi bisogna interrogarsi sul principio *do not significant harm* (DNSH) e cercare di riempirlo di contenuto, affinché tale significante abbia un significato.

Il principio DNSH è stato introdotto dall'art. 17 del reg. Ue n. 852/2020, c.d. Regolamento Tassonomia sulla finanza sostenibile², quale parametro per la valutazione di ecosostenibilità delle attività economiche³. Tale principio trae origine dal Green Deal europeo⁴, a sua volta derivato

¹ I. Calvino, *Palomar*, Milano, Mondadori, 2022, 26 ss.

² Reg. Ue n. 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del reg. Ue n. 2019/2088.

Sul punto, si vedano *ex multis* F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, Giappichelli, 2023, 257 ss.; M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*, Torino, Giappichelli, 2023, 56 ss.; F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, 15 ss.; L. Salvemini, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Torino, Giappichelli, 2022, 107 ss.

³ Sul principio DNSH, I. Costanzo, *La valutazione di conformità al principio Do Not Significant Harm (DNSH)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 676 ss.; M. Cozzio, *PNRR, appalti pubblici e applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cosiddetto DNSH)*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 365 ss.; L. Di Domenico, *Finanza sostenibile, tassonomia europea e principio DNSH: le novità strategiche dell'Unione e i riflessi in ambito nazionale*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2023, 821 ss.; M. Pignatti, *Il principio "do not significant harm" come strumento strategico. La nozione di "attività economica sostenibile" e le prospettive di innovazione nei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, 195 ss.; A.S. Bruno, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNSH) davanti alle sfide territoriali*, in *federalismi.it*, 2022, n. 8; G.M. Caruso, *Il principio "do not significant harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale*, in *La cittadinanza europea*, 2022, 151 ss.; C. De Vincenti, *Il principio «do not significant harm»: due possibili declinazioni*, in *Astrid Rassegna*, 2022, n. 2; P. Petrillo e A. Zagarella, *La transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *Dir. pubbl. eur.*, 2022, 71 ss.; F. Spera, *Da valutazione "non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH": la codificazione di un nuovo principio europeo e l'impatto di una analisi trasversale rivolto al futuro*, in *AISDUE, Atti convegni*, 2022, n. 34; R. Rota, *Riflessioni sul principio "Do No Significant Harm" per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico-ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 2021, n. 10.

⁴ Comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo (COM 2019/640).

Sul punto, si vedano *ex multis* N.G. Cezzi, *Lo sviluppo sostenibile nel diritto europeo*, in *Il governo dello sviluppo sostenibile*, a cura di B.G. Mattarella, Torino, Giappichelli, 2023, 65 ss.; D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 297 ss.; M. Iannella, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2022, 171 ss.; A. Buonfrate, *I principi del nuovo diritto*

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

dall'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile⁵ e dall'Accordo di Parigi del 2015⁶.

La recrudescenza della crisi climatica in atto⁷ ha indotto l'Unione Europea a riconvertire la politica economica e industriale in chiave *green*, at-

dello sviluppo sostenibile. La complessità del sistema di tutela ambientale conformato agli obiettivi di Agenda 2030 e del Green Deal europeo, Padova, Cedam, 2020.

⁵ L'Agenda è stata adottata nel 2015 da tutti i membri delle Nazioni Unite; contempla 17 obiettivi, i cosiddetti Sustainable Development Goals (SDGs), volti ad assicurare pace e prosperità alla Comunità globale. Alcuni di essi richiamano esplicitamente questioni ambientali, auspicando produzione e consumo sostenibili, un'efficace azione climatica e la tutela della vita in mare e su terra.

Sull'Agenda, *ex multis* A. Buonfrate, *Fonti e principi del diritto "universale" dello sviluppo sostenibile tra Agenda 2030 e Accordo di Parigi*, in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, a cura di A. Buonfrate e A. Uricchio, Padova, Cedam, 2023, 307 ss.; L. Monti, *L'emersione dello sviluppo sostenibile al livello internazionale, europeo e nazionale*, in *Il governo dello sviluppo sostenibile*, a cura di B.G. Mattarella, cit., 15 ss.

⁶ L'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, quale Trattato internazionale ratificato da ben 196 Paesi nel mondo, fissa il fondamentale obiettivo del contenimento delle temperature globali "ben sotto" i 2.0°C rispetto ai valori pre-industriali e di limitarle a 1.5°C.

Sull'Accordo, *ex multis* M. Marchegiani, *L'incidenza della nozione di vulnerabilità sullo sviluppo del diritto internazionale in tema di cambiamenti climatici*, Torino, Giappichelli, 2023, 71 ss.; 135 ss.; G. Amato, *Le nostre fragili democrazie e il clima. Possiamo attrezzarle per farcela?*, in *Astrid Rassegna*, 2022, n. 14; M. Delsignore, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 265 ss.; F. Vettrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 53 ss.; M. Magrì, *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, in *ambientediritto.it*, 2021, n. 4; R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, Giappichelli, 2020; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, Giappichelli, 2020, 99 ss.; 123 ss.; 365 ss.; 535 ss.

⁷ Il tema è analiticamente trattato dal Sesto Rapporto dell'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), pubblicato nel marzo 2023, che raccoglie ed analizza stato, previsioni ed effetti del cambiamento climatico.

Sul cambiamento climatico nella dottrina giuridica, *ex multis* A. Bonomo, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale*, Bari, Cacucci, 2023, 185 ss.; L. Butti e S. Nespore, *Il diritto del clima*, Milano, Mimesis, 2022; M. De Donno, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 755 ss.; S. Nespore e E. Maschietto, *Cambiamento climatico*, in *Codice dell'ambiente. Profili generali e penali*, a cura di S. Nespore e L. Ramacci, Milano, Giuffrè, 2022, 1523 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 7 ss.; 183 ss.

Più risalenti, si vedano O. Porchia, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara e M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2014, 153 ss.; G. Sanna, *Cambiamenti climatici ed eventi estremi*, in *Trattato di diritto dell'ambiente. Volume III. Tutele parallele. Norme processuali*, diretto da P. Dell'Anno e E. Picozza, Padova, Cedam, 2015, 69 ss.

traverso un processo di transizione ecologica⁸, alla cui base si pone l'assioma secondo cui la tutela dell'ambiente non osta al libero esercizio dell'attività economica, bensì ne costituisce un *driver*⁹.

Il principio DNSH deve prevenire la c.d. ecologia di facciata (*greenwashing*)¹⁰, ossia l'indebita auto-etichettatura di operatore economico sostenibile pur in mancanza di certificazioni che attestino l'effettivo allineamento dell'attività agli obiettivi ecologici. Pertanto, il Regolamento Tassonomia ha stabilito criteri per individuare quali attività siano effettivamente ecosostenibili, individuando sei obiettivi cardine: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, economia circolare, prevenzione e riduzione dell'inquinamento, protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi¹¹. Il Regolamento enuncia altresì i criteri per determinare, da un lato, se un'attività economica contribuisca in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più di essi¹² e, dall'altro, che detta attività non arrechi un danno significativo agli stessi¹³.

La non significatività del danno ambientale è stata evidenziata in particolar modo dal programma Next Generation EU, teso a riformare il mercato unico per assegnare centralità, *inter alios*, alla transizione verde a seguito della crisi economica originata dalla pandemia da Covid-19. Dal citato Programma è disceso il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (PNRR)¹⁴, attra-

⁸ Sulla transizione ecologica, *ex multis* F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenza ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss.; F. de Leonardi, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 779 ss.; A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 4 ss.; S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 198 ss.; G. Severini e U. Barelli, *Gli Atti fondamentali dell'Unione Europea su "transizione ecologica" e "ripresa e resilienza": prime osservazioni*, in *RGA online*, 2020.

⁹ M. Monteduro, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall'antagonismo all'integrazione tra ambiente e sviluppo*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, a cura di G. Rossi e M. Monteduro, Torino, Giappichelli, 2020, 61 ss.; C. Vivani, *Introduzione allo studio delle autorizzazioni amministrative. Tutela dell'ambiente e attività economiche private*, Torino, Giappichelli, 2020, 173 ss.

¹⁰ Il considerando n. 11, Reg. Ue n. 2020/852 definisce il *greenwashing* come pratica che «consiste nell'ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale commercializzando un prodotto finanziario come ecocompatibile quando in realtà gli standard ambientali di base non sono soddisfatti».

¹¹ Art. 9, Reg. Ue n. 2020/852.

¹² Artt. 10-15, Reg. Ue n. 2020/852.

¹³ Art. 17, Reg. Ue n. 852/2020.

¹⁴ Istituito dal Reg. Ue n. 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021.

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

verso cui sono assegnate agli Stati Membri ingenti risorse dietro il vincolo di una serrata programmazione; il Regolamento istitutivo del PNRR ha, infatti, indicato sei aree di intervento prioritario¹⁵. Quest'ultimo Regolamento ha sancito che il principio DNSH sia *condicio sine qua non* affinché ogni misura afferente al PNRR possa conseguire le risorse finanziarie; in altri termini, ogni misura deve essere conforme al citato principio in tutte le fasi, dalla presentazione all'attuazione e alla rendicontazione.

Tuttavia, dopo aver esaminato la natura del principio DNSH e della valutazione di conformità al principio DNSH, è necessario confrontare la valutazione DNSH con le altre autorizzazioni ambientali e il principio DNSH con gli altri principi informativi del diritto ambientale, al fine di rinvenire punti di tangenza e di contrapposizione e risolvere gli elementi critici finora emersi dall'adeguamento dei progetti del PNRR al principio DNSH.

2. Il principio DNSH quale vincolo generale nel PNRR

L'art. 5 del reg. Ue n. 241/2021 sancisce che «il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio “non arrecare un danno significativo”». Pertanto, l'applicazione del principio si interseca con l'attuazione del PNRR, coinvolgendo – oltre alla Commissione europea – il governo nazionale, le amministrazioni responsabili di missione (di solito, i ministeri) e i Soggetti attuatori delle misure (gli enti locali).

In primo luogo, il principio opera come uno specifico vincolo motivazionale all'attività di pianificazione; difatti, l'art. 18 sancisce che il Piano deve contenere «una spiegazione del modo in cui il piano per la ripresa e la resilienza garantisce che nessuna misura per l'attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusi arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 (principio “non arrecare un danno significativo”)».

Inoltre, la Commissione, ai sensi dell'art. 19, valuta il Piano, avendo solo due alternative; l'attività di controllo può rilevare che «nessuna misura arreca un danno significativo agli obiettivi ambientali» o che «una o più misure arrecano un danno significativo agli obiettivi ambientali» cui consegue una valutazione negativa. La Commissione ha altresì chiarito che gli Stati membri devono motivare dettagliatamente la conformità al principio DNSH di

¹⁵ Art. 3, Reg. Ue n. 2021/241. Si tratta dei seguenti sei pilastri: transizione verde, trasformazione digitale, crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, coesione sociale e territoriale, salute e resilienza economica, politiche per la prossima generazione (infanzia e giovani).

ciascuna misura, a prescindere dal fatto che la stessa contribuisca o meno alla transizione verde¹⁶; ciò in quanto viene valorizzato il principio rispetto alla disciplina tassonomica; difatti, mentre nel reg. Ue n. 852/2020 oggetto di valutazione è unicamente un'attività economica, nel reg. Ue n. 241/2021 la valutazione viene condotta a livello di misura, potendo coinvolgere anche una riforma normativa.

La Commissione ha disposto la compilazione di schede di autovalutazione da parte degli Stati; la prima secondo un approccio semplificato¹⁷; la seconda prevede, invece, una valutazione approfondita. Inoltre, la valutazione deve considerare gli effetti diretti e indiretti attesi dall'attuazione della misura, considerando il ciclo di vita dell'attività dalla stessa derivante¹⁸. Al fine di agevolare la dimostrazione di conformità al principio, la Commissione ha altresì predisposto un elenco non esaustivo degli elementi di prova che possono essere invocati¹⁹.

3. La disciplina del principio DNSH nella legislazione interna

A fronte di quanto esposto, paradossalmente mancano nella legislazione interna prescrizioni attuative del principio DNSH. Ciò non incontrerebbe limiti allorché si pensi che i regolamenti europei – che hanno inserito nell'ordinamento sovranazionale il principio DNSH – hanno una portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili; tuttavia, le richiamate norme europee sono mere statuizioni di principio, che necessitano di una procedimentalizzazione nella normativa interna per far inverare l'applicazione del principio. L'unico riferimento in merito al PNRR nell'ordinamento interno si rinviene nel d.P.C. 15 settembre 2021 allorché statuisce che ogni Soggetto attuatore è chiamato a verificare che gli interventi soddisfino le condizioni del principio (art. 2, c. 3, lett. b)) e a for-

¹⁶ Comunicazione della Commissione – Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza (2021/C 58/01), § 2.1.

¹⁷ Nei citati Orientamenti, § 2.2, viene specificato che la valutazione semplificata è ammessa (i) se la misura «ha un impatto prevedibile nullo o trascurabile sull'obiettivo ambientale connesso agli effetti diretti e agli effetti indiretti primari della misura nel corso del suo ciclo di vita, data la sua natura»; (ii) se «la misura ha un coefficiente 100 % di sostegno a un obiettivo legato ai cambiamenti climatici o all'ambiente»; (iii) se «la misura “contribuisce in modo sostanziale” a un obiettivo ambientale ai sensi del Regolamento Tassonomia».

¹⁸ Orientamenti, § 2.4.

¹⁹ Orientamenti, § 3.

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

nire «i dati e la documentazione atta a verificare, a livello di singolo progetto, il soddisfacimento del principio “non arrecare danno significativo”» (art. 2, c. 3, lett. e)) che dovranno essere caricati su REGIS²⁰.

Apparentemente, la responsabilità delle suddette attività incombe sui Soggetti attuatori in ragione degli adempimenti da ottemperare per conseguire il finanziamento della misura di cui sono titolari; tuttavia, tale responsabilità deve essere, almeno parzialmente, condivisa con le strutture deputate al monitoraggio delle Amministrazioni centrali. Queste, ai sensi dell’art. 8, d.l. n. 77/2021, sono deputate a vigilare «affinché siano adottati criteri di selezione delle azioni coerenti con le regole e gli obiettivi del PNRR», a emanare «linee guida per assicurare la correttezza delle procedure di attuazione e rendicontazione, la regolarità della spesa ed il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali e di ogni altro adempimento previsto dalla normativa europea e nazionale applicabile al PNRR» (c. 3) e a adottare «tutte le iniziative necessarie a prevenire, correggere e sanzionare le irregolarità e gli indebiti utilizzi delle risorse» (c. 4).

Un ruolo fondamentale è assegnato al Dipartimento della Ragioneria dello Stato (afferente al Ministero dell’economia e delle finanze) che, ai sensi dell’art. 7, d.l. 77/2021, opera «in posizione di indipendenza funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione del PNRR». In particolare, la R.GS, al fine di «assistere e Amministrazioni titolari di misure e i Soggetti attuatori degli interventi nel processo di indirizzo e nella raccolta di informazioni e verifica per assicurare il rispetto del principio» è intervenuta con la circolare del 30 dicembre 2021, n. 32, contenente una guida operativa per il rispetto del principio DNSH, aggiornata dalla circolare del 13 ottobre 2022, n. 33. Tale guida desta molteplici perplessità, inerenti tanto alla vincolatività dell’atto quanto alla legittimazione dell’organo emanante; infatti, *ratione materiae*, ogni intervento non dovrebbe rientrare nelle competenze del MEF, bensì del Ministero dell’ambiente²¹.

4. La valutazione di conformità al principio DNSH

Come anticipato, la valutazione di conformità al principio DNSH presenta le sembianze dell’attività di (auto)certificazione; tuttavia, in assenza di specifiche norme, la valutazione non ha valenza provvedimentale né presenta i connessi istituti di garanzia, ivi inclusi i meccanismi partecipativi allargati

²⁰ Art. 1, c. 1043, legge 30 dicembre 2020, n. 178.

²¹ G.M. Caruso, *Il principio “do no significant harm”*, cit., 155 ss.

che caratterizzano i procedimenti ambientali. Inoltre, rispetto alle altre valutazioni ambientali, la valutazione DNSH ha una portata più ampia poiché può riguardare piani e programmi (come la VAS), opere e progetti (come la VIA) e attività (come l'AIA). Altre divergenze si rinvencono nei soggetti titolari a effettuare detta valutazione e nelle relative tempistiche.

La competenza a esprimere la valutazione DNSH sorge in capo alle amministrazioni titolari della misura; ciò si evince dalla responsabilità che ne consegue nell'adempimento degli obblighi di monitoraggio. Tuttavia, occorrerebbe distinguere almeno tra gli interventi a regia e quelli a titolarità²²; mentre nei primi, la valutazione si effettua con la selezione dei singoli progetti e la responsabilità resta in capo all'amministrazione titolare, nei secondi la valutazione si riverbera anche sulla fase esecutiva, condizionando le sottostanti procedure di gara, e pertanto coinvolgendo e responsabilizzando direttamente i soggetti attuatori. Pertanto, una valutazione che opera necessariamente *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* non può che veder sorgere profili di responsabilità in capo a tutte le amministrazioni coinvolte.

Quanto alle modalità con cui è condotta la valutazione, la stessa non si fonda sulla misurazione del danno ambientale, né è volta a misurare gli effetti significativi sulle componenti ambientali e le loro interrelazioni (come richiesto per la VIA e la VAS) né si risolve in una valutazione dei fenomeni inquinanti dal carattere sistemico (come avviene nell'AIA). Inoltre, la valutazione non mira direttamente alla tutela dell'ambiente, poiché in modo classico una valutazione, per ambire a detta tutela, non coinvolge solo gli elementi di cui si compone, ma anche le loro interazioni; invece, ancorché gli obiettivi tassonomici esprimano esigenze di tutela dell'ambiente, la valutazione DNSH persegue la c.d. logica additiva, perché non rilevano i nessi esistenti fra elementi e obiettivi diversi, ma ognuno di essi è apprezzato autonomamente rispetto agli altri. Sicché un intervento – pur essendo pienamente conforme alla maggior parte degli obiettivi tassonomici, potendo addirittura determinare un contributo deciso alla loro realizzazione – potrebbe essere parimenti valutato negativamente laddove contrasti uno solo dei citati obiettivi. Pertanto, a differenza dei processi di autorizzazione ambientali, la valutazione DNSH difetta del momento ponderativo degli interessi, il quale è esaurito a monte. Non si configura neanche la contrapposizione tra la fase valutativa e

²² Negli interventi a titolarità i progetti sono attuati direttamente dall'Amministrazione centrale, la quale è titolare di investimenti previsti nel PNRR; pertanto, il Ministero assume anche il ruolo di Soggetto attuatore del progetto incluso all'interno dell'intervento di competenza. Negli interventi a regia i progetti sono attuati da soggetti diversi dall'Amministrazione centrale titolare di investimenti previsti nel PNRR; in questo caso, il Soggetto attuatore realizza i progetti attraverso avvisi pubblici.

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

decisionale; difatti, la valutazione DNSH non è passibile di alcuna condizionalità che, invece, caratterizza le autorizzazioni ambientali²³. Detto diversamente, il principio risponde ad un criterio *on/off*, perché un'attività non può che essere conforme o non conforme al principio DNSH, in assenza di possibili mediazioni e correttivi dell'attività programmata. Pertanto, dall'impossibilità di apporre condizioni specifiche discende la mancanza dell'effetto conformativo immanente ad ogni autorizzazione ambientale²⁴.

Nonostante la divergenza ontologica tra la valutazione DNSH e le altre valutazioni precedentemente citate, le linee guida nazionali – della cui legittimità *ratione materiae* si dubita, come anticipato – oberano il proponente della dimostrazione dei requisiti richiesti dal principio DNSH già «nella domanda presentata agli Enti preposti alle autorizzazioni ambientali in modo che possano essere oggetto dell'istruttoria»²⁵. Benché concentrare in un unico contesto procedimentale semplificherebbe valutazioni in parte coincidenti, tale soluzione si scontra con la disciplina positiva; infatti, in assenza di una specifica disciplina, l'amministrazione (auto)certificante la conformità del progetto al principio DNSH in via provvedimentale si imputerebbe un potere legislativamente inesistente, in contrasto con il principio di legalità.

Nonostante quanto premesso, il rigore della valutazione è notevolmente attenuato a valle dalle modalità concrete con cui deve essere dimostrata la conformità al principio DNSH, cioè la mera compilazione di apposite liste di autocontrollo. Del pari evanescenti sono i controlli; difatti, l'unico strumento ravvisabile è l'oneroso e motivato esercizio dei poteri sostitutivi. Questi ultimi, sanciti dall'art. 12, d.l. n. 77/2021, possono essere adoperati nei casi in cui sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi²⁶; di tal fatta,

²³ E. Frediani, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, il Mulino, 2019.

²⁴ F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia e N. Olivetti Rason, Roma, Laterza, 2008, 220 ss.; S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 1290 ss. In giurisprudenza, *ex multis* TAR Puglia, Bari, sez. II, 23 settembre 2021, n. 1387.

²⁵ MEF-RGS, *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH)*. Edizione aggiornata allegata alla Circolare n. 33 del 13 ottobre 2022, 14.

²⁶ A. Tabacchi, *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *federalismi.it*, 2023, 122 ss.; M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2022, 281 ss.; A. Lerro, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. Art. 12 d.l. 77/2021 in materia di poteri sostitutivi, quale impatto sul regionalismo italiano?*, in *Italian Papers on Federalism*, 2022, 143 ss.; C. Micciché, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *federalismi.it*, 2022, 164 ss.; S. Pajno, *Un bilancio dei poteri*

conformemente alla logica del preminente interesse nazionale, questi poteri si giustificano in prospettiva di un'amministrazione di risultato, in quanto ciò che rileva è il fine e non il mezzo. Tuttavia, la mera (auto)dichiarazione della conformità al principio DNSH sembra raffigurare un vincolo di mezzo e non un vincolo di risultato; in altri termini, le amministrazioni adempiono i propri "obblighi" (o, *rectius*, vincoli morali, non essendovi una apposita normativa cogente) compilando le schede di certificazione, la quale attività ricognitiva non implica che sia effettivamente perseguito il risultato, cioè l'aver autorizzato soltanto interventi ecocompatibili.

5. Due recenti pronunce del TAR Lazio sull'applicazione del principio DNSH

Come anticipato, le flebili modalità concrete con cui deve essere dimostrata la conformità al principio DNSH, unite al difettante coinvolgimento dei Soggetti attuatori nella verifica *de qua*, inducono sovente a litigiosità istituzionale, cui sarebbe opportuno porre rimedio. Difatti, recentemente sono sorte due controversie, entrambe inerenti a infrastrutture ferroviarie finanziate dal PNRR.

In particolare, nel primo caso (TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 novembre 2023, n. 17216), il comune impugnava il decreto ministeriale avente ad oggetto il giudizio positivo sulla compatibilità ambientale del progetto di fattibilità tecnico-economica per la "Velocizzazione Linea ferroviaria Roma-Pescara. Lotto 1: raddoppio tratta Interporto d'Abruzzo-Manoppello". Il progetto è stato inserito con d.l. n. 77/2021 nel PNRR, che ha indicato l'obiettivo dell'aumento del traffico ferroviario e del trasporto intermodale su rotaia quale modalità di realizzazione della mobilità sostenibile. Nel secondo caso (TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2023 n. 18141), il comune impugnava la determinazione conclusiva della conferenza di servizi relativa al potenziamento della direttrice Orte-Falconara "Raddoppio della tratta PM 228 – Castelplanio con by-pass di Albacina – Lotto 2: Genga – Serra San Quirico"; con il ricorso sono stati altresì gravati il decreto ministeriale avente ad oggetto il giudizio positivo sulla compatibilità ambientale e tutti gli atti prodromici alla procedura in contestazione.

Per quanto di odierno interesse, in entrambi i ricorsi gli attori hanno contestato la violazione del principio DNSH; tuttavia, ad avviso del giudican-

sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta, in federalismi.it, 2022, 102 ss., in part. 133.

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

te, è risultata priva di pregio la censura poiché la valutazione DNSH sarebbe stata compiuta in rigorosa aderenza alle sue fonti di disciplina (art. 17, reg. Ue n. 852/2020; reg. Ue n. 241/2021; comunicazione della Commissione 2021/C 58/01; circolare RGS n. 32 del 30 dicembre 2021) e sarebbe stata affidata a documenti articolati, recanti un insieme di elementi e di specifiche misure di monitoraggio e di protezione, sottoposti al vaglio dell'Amministrazione. Pertanto, gli impugnati progetti di fattibilità tecnico-economica sono stati ritenuti confacenti al perseguimento degli obiettivi ambientali sottesi al principio DNSH.

Tuttavia, se posta su questo piano, anticipando una criticità rilevata nelle conclusioni, tale valutazione sembra frutto dell'ennesima burocratizzazione dell'attività amministrativa, tesa alla moltiplicazione dei carteggi da cui possono scaturire molteplici conflitti, la cui soluzione varia in base alla sensibilità dell'organo giudicante²⁷.

6. Il principio DNSH alla luce degli altri principi ambientali

Come evidente dalla richiamata giurisprudenza, detto principio incide fortemente sulle politiche economiche, industriali e ambientali di breve e medio termine. Tale pervasività coinvolge tutti gli apparati di governo – centrali, periferici e locali – titolati a contribuire agli obiettivi ambientali; tuttavia, l'eterogeneità delle amministrazioni e l'incertezza legata al concreto

²⁷ Ad oggi, unico precedente giurisprudenziale in cui è stata eccepita la violazione del principio DNSH è costituito dalla sentenza del TAR Toscana, Firenze, sez. III, 23 dicembre 2022, n. 1509, in cui si è posta la questione se la progettazione di un intervento afferente alla misura M5C2I2.2 (*Piani urbani integrati*) del PNRR rispettasse detto principio. Secondo i ricorrenti, il progetto urbano selezionato dall'amministrazione avrebbe implicato un superfluo consumo di suolo, da cui sarebbe conseguita una infrazione del principio DNSH; tuttavia, il tribunale ha respinto il ricorso disponendo che la scelta è conforme ai criteri tecnici fissati a livello europeo. Nondimeno, corre l'obbligo di demarcare che le motivazioni che hanno addotto tale esito appaiono allo scrivente abbastanza evanescenti: in particolare, il giudice ha affermato che «la scelta di trasformare una porzione del parco “Generale Dalla Chiesa” per realizzarvi la nuova piscina comunale di per sé sola non comporta alcuna violazione del “*Do No Significant Harm*” ... L'inserimento della piscina non altera in maniera sostanziale l'equilibrio fra zona verde e zona edificata (né invero i ricorrenti affermano il contrario), mentre ai fini della fruizione da parte della cittadinanza la perdita di una porzione del parco, come detto, è compensata *in loco* dalla prevista annessione al parco dell'area verde di pertinenza della vecchia piscina, e questo senza considerare il recupero alla fruizione pubblica di nuovi e consistenti spazi verdi posti a breve distanza, nella zona cittadina limitrofa», di cui si potrebbe dibattere in punto di rispetto dei principi posti a presidio del bene ambiente.

atteggiarsi del principio DNSH possono generare un'applicazione difforme fra i diversi sistemi territoriali.

Per fugare tale perplessità, sarebbe opportuno vagliare il principio DNSH in stretta continuità con quello di integrazione (che opera nella prospettiva dello sviluppo sostenibile)²⁸ e con quello, di più recente configurazione, della non regressione ambientale²⁹. In particolare, il primo ha espressamente riconosciuto la trasversalità della materia ambientale, costringendo il legislatore a considerare le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle *policy* europee e privilegiando l'interesse ambientale nella scelta comparativa di interessi pubblici e privati caratterizzata da discrezionalità³⁰. Tuttavia, nella prassi emergono considerevoli difficoltà applicative che minano l'effettività nella fase di bilanciamento con i diversi interessi in gioco di pari rango, nonché con altri principi altrettanto rilevanti, quale quello di proporzionalità³¹.

²⁸ Definito all'art. 11, TFUE: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

²⁹ Come suggerito in F. Spera, *Da valutazione "Non arrecare un danno significativo" a "principio DNSH"*, cit., 742. Il principio di non regressione vieterebbe a tutti gli operatori del diritto di riformare *in peius* il livello giuridico di tutela ambientale già garantito a livello legislativo o giurisprudenziale. Sul principio di non regressione, *ex multis* M. Monteduro, *Ma che cos'è questa "resilienza"? Un'esplorazione del concetto nella prospettiva del diritto delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2023, 4 ss.; M. Monteduro, *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 4 ss.; M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2; L. Colella, *Il principio di "non regressione ambientale" al centro del Global Pact of Environment. Il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2019, n. 2; R. Rota, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio – verso un Green New Deal*, in *Astrid Rassegna*, 2019, n. 17.

³⁰ L'art. 3-quater, c. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, statuisce che «Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

³¹ R. Rota, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio – verso un Green New Deal*, cit., 9. Un esempio virtuoso è evincibile dalla nota pronuncia del Consiglio di Stato inerente al bilanciamento dell'interesse ambientale con l'interesse paesaggistico e produttivo-energetico (Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167), nella quale si legge: «Gli atti impugnati risultano violativi anche del principio di integrazione delle tutele – riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 del TFUE), sia nazionale (art. 3-quater del d.lgs. n. 152 del 2006, sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – in virtù del quale le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

Come anticipato, se il principio di integrazione coniuga l'esigenza di tutela dell'ambiente alla valutazione di sostenibilità delle iniziative economiche, sebbene in ottica antitetica, il principio DNSH, invece, impone l'assenza di danni significativi all'ambiente come *condicio sine qua non* per l'ammissibilità del progetto.

In merito ai punti di tangenza tra il principio di non regressione e il principio in commento, autorevole dottrina – a seguito di una approfondita disamina degli elementi di complessità sottesi al primo – ha sostenuto che «potrebbe darsi che una regressione relativa a un singolo ambito settoriale, apportata da singoli atti e regole, sia tuttavia controbilanciata e compensata da una progressione relativa ad altri ambiti settoriali, apportata da diversi atti e regole, realizzandosi così una non-regressione in termini complessivi e globali. Si noti che questo secondo tipo di approccio sembra in parte caratterizzare, ad esempio, i concetti di “ecosostenibilità” e “non arrecare un danno significativo” (DNSH, nell'acronimo inglese) nonché quello di “guadagno netto”, di recente espressamente riconosciuti a livello europeo; questi ultimi, pertanto, potrebbero essere ritenuti applicazioni o *species* del principio di non regressione ambientale inteso in senso sintetico/sistemico»³².

sostenibile. Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive – rispetto al quale la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva – ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo. Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo. La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio richiede di abbandonare il modello delle “tutele parallele” degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali. La valenza “procedimentale” del principio di integrazione – bene esemplificata dall'art. 12, c. 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 dove si prevede che «*linee guida sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*», escludendo per ciò stesso una incompatibilità di principio di essi con la tutela del paesaggio stesso – implica che il procedimento sia la *sedes materiae* in cui devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi configgenti». Per un commento, sia consentito rinviare a F. Cusano, *L'energia rinnovabile tra ambiente e paesaggio: verso un bilanciamento a rime obbligate nel trilemma*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1065 ss.

³² M. Monteduro, *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, cit., 13 ss.

7. Conclusioni

A valle delle considerazioni appena svolte, e tornando ai dubbi ontologici del signor Palomar sul fischio del merlo nella novella di Calvino, è necessario chiedersi se le modalità operative consentano di definire il DNSH quale “principio”. Non essendo questa la sede per un simile approfondimento, si rinvia alle difficoltà riscontrate da autorevole dottrina nella codificazione dei principi, da cui si evince che «il principio ha a che fare con l’efficacia giuridica. Ha, secondo la teoria classica, tre funzioni: produzione di norme, integrazione di norme, interpretazione di norme ... Dunque sull’amministrazione ha due effetti. Anzitutto il principio suppone un interesse generale e lo trasforma in vincolo di validità, dunque s’impone come “norma oggettiva”. Poi, nell’ambito dell’ordinamento, garantisce all’amministrazione autonomia e discrezionalità ... la codificazione del principio opera *ex ante*, anticipa il limite, lo impone all’amministrazione già al momento della decisione presa nel provvedimento, come vincolo di validità ... Siffatta codificazione del principio – si deve precisare – non riduce il principio ad una “fattispecie” particolare, cioè ad un preciso schema di azione che l’amministrazione deve osservare. Resta intatta la capacità espansiva del principio, di dire di più, di andare oltre»³³. In base a tale chiave ermeneutica, si dubita che la valutazione DNSH possa assurgere al rango di principio ordinamentale.

Inoltre, emerge altresì il problema dell’effettiva capacità delle amministrazioni di affrontare, con adeguata preparazione e competenza, la verifica sottesa al principio. Diversamente dalle valutazioni ambientali – in cui le amministrazioni competenti al rilascio sono supportate da un apparato tecnico-scientifico istituzionalizzato e inquadrato nel procedimento in via legislativa – nel controllo di conformità al principio DNSH non sono previste analoghe modalità operative. Ciò implica, specialmente per gli enti locali, notevoli incertezze nel concreto svolgimento dell’accertamento di compatibilità.

In assenza di momenti pubblicitici che consentano di verificare la correttezza della valutazione DNSH, è lecito dubitare dei modi con cui la medesima viene utilizzata; invece, sarebbe opportuno che la stessa venga delegata a un sistema di valutazione tipizzato che coinvolga di tutti gli *stakeholder*. In altri termini, occorrono specifiche norme che disciplinano l’esercizio dell’attività certificatoria, l’accreditamento e le responsabilità del soggetto certificatore.

In tale situazione, le criticità vengono rilevate soltanto allorché sorgano

³³ A. Cioffi, “Codificazione” e principi generali (*dir. amm.*), in *D. disc. pubbl. Agg.*, 2010, 41 ss.

il principio *do not significant harm* (dnsh) e il fischio del merlo

questioni sulla giustiziabilità del principio DNSH; queste si possono manifestare sia in merito alla selezione dei progetti da finanziare che nelle sottostanti procedure di gara. Infatti, come emerso dai casi esaminati, è proprio in tali ambiti che può radicarsi più facilmente uno specifico interesse a contestare la conformità o meno al principio. Pertanto, è ancor più paradossale che la compilazione di *checklist* possa essere sufficiente allo scopo; di tal fatta si pregiudica la stessa utilità del principio, come se si trattasse di un “grande esercizio burocratico”.

In esito a tale disamina, sarà auspicabile che il principio DNSH non resti l’ennesimo fischio del merlo tra i principi del diritto ambientale. D’altronde, per concludere con la narrazione di Calvino, «Se l’uomo investisse nel fischio tutto ciò che normalmente affida alla parola, e se il merlo modulasse nel fischio tutto il non detto della sua condizione d’essere naturale, ecco che sarebbe compiuto il primo passo per colmare la separazione tra ... tra che cosa e che cosa? Natura e cultura? Silenzio e parola? Il signor Palomar spera sempre che il silenzio contenga qualcosa di più di quello che il linguaggio può dire. Ma se il linguaggio fosse davvero il punto d’arrivo a cui tende tutto ciò che esiste? O se tutto ciò che esiste fosse linguaggio, già dal principio dei tempi?»³⁴.

Abstract

This paper, having examined the nature of the DNSH principle and the DNSH conformity assessment, analyzes two recent pronouncements on the application of the said principle. In addition, comparing the DNSH assessment with other environmental permits and the DNSH principle with the other guiding principles of environmental law, the author noted certain critical elements underlying the adjustment of PNRR projects to the DNSH principle.

³⁴ I. Calvino, *Palomar*, cit., 29 ss.

ARTICOLI

TOMMASO DI PROSPERO

I REGOLAMENTI UE SU SOVVENZIONI ESTERE E INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI TRA COMPLEMENTARITÀ E DISSONANZE APPLICATIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Casi pratici di intersezione. – 3. Rapporti sistematici tra i regolamenti. – 3.1. Genesi del regolamento sulle sovvenzioni estere. – 3.2. Il rapporto con il regolamento sugli investimenti esteri: il ribaltamento delle gerarchie tra Stato e Mercato nell'UE. – 3.3. La struttura di controllo tra contrapposizioni e complementarità. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Sembra quasi lapalissiano denotare il repentino cambiamento, nel corso dell'ultimo decennio, degli strumenti messi in atto dall'Unione europea (l'«Unione» o «UE») a presidio del mercato interno contro i mutamenti della globalizzazione. Tale azione difensiva – nell'accezione di predisposizione degli «armamenti giuridici» a difesa del mercato unico¹ – si è esplicata principalmente in due direzioni regolamentari, *prima facie* profondamente dissimili tra loro: da un lato, a tutela della concorrenza; dall'altro, a tutela della difesa delle attività e degli *asset* e strategici². In tale quadro si inseriscono, rispetti-

¹ La definizione di «armamenti giuridici» in relazione alle normative sui poteri speciali per il controllo degli investimenti diretti esteri, ormai ricorrente, si deve a L. Arnaudo, *A l'économie comme à la guerre. Note su Golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 436. A parere di chi scrive, il concetto di «armamento giuridico» non può che essere esteso anche all'istituto di controllo dei sussidi esteri all'interno dell'UE istituito con il reg. Ue n. 2022/2560.

² Le due necessità convivono nell'impostazione della autonomia strategica aperta («*open strategic autonomy*») dell'Unione, volta a salvaguardare gli interessi di apertura ai mercati senza dimenticare le esigenze di difesa e di sviluppo nei mercati strategici. Sul punto, Commissione UE, *Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, COM(2021) 66 final, 18 febbraio 2021. Per un commento ai punti chiave dell'autonomia strategica aperta dell'Unione con riferimento agli investimenti, v. M. Sattorova, *EU investment law at a crossroads: Open strategic autonomy in times of heightened security concerns*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2023, 701 ss.

vamente, il reg. Ue n. 2560/2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno (di seguito, il «regolamento sulle sovvenzioni estere» o «reg. Ue n. 2560/2022»)³ e il reg. Ue n. 452/2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'UE (il «regolamento sugli investimenti esteri» o «reg. Ue n. 452/2019»)⁴.

Con reg. Ue n. 2560/2022, l'Unione ha introdotto un meccanismo di controllo delle sovvenzioni estere nelle concentrazioni e nelle procedure di appalto, che conferisce una serie di poteri altamente pervasivi in capo alla Commissione; sia nelle forme di poteri investigativi e di avvio di procedimenti *ex officio*, che poteri sanzionatori e rimediali a fronte di rilevazione di irregolarità e mancato assolvimento degli obblighi di notifica preventiva in caso di concentrazioni e partecipazioni a gare di appalto pubbliche, quando il loro valore superi le soglie rilevanti.

Il reg. Ue n. 452/2019 opera diversamente: armonizza i meccanismi di *screening* degli investimenti esteri diretti degli Stati membri; introduce un perimetro settoriale di rilevanza che gli Stati membri possono considerare ai fini dell'inquadramento di un investimento come potenzialmente lesivo della sicurezza e dell'ordine pubblico; istituisce un sistema di cooperazione con obblighi di notifica delle operazioni alla Commissione da parte degli Stati membri. In ogni caso, non si ritiene di dover definire con minuzia il funzionamento di questo regolamento, data l'amplissima letteratura in merito⁵.

Il presente lavoro si occuperà invece di introdurre due principali temi di discussione, trattati nelle rispettive sezioni a seguire. Il primo è di portata

³ Regolamento (UE) n. 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

⁴ Regolamento (UE) n. 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

⁵ Si rimanda, tra i più autorevoli contributi sul regolamento sugli investimenti esteri e l'esercizio dei poteri speciali italiani, senza pretese di esaustività, a: A. Sandulli, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 743 ss.; A. Sandulli, *Esercizio dei poteri speciali e sorte dell'impresa strategica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 463 ss.; Foreign Direct Investment Screening, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 2020; G. Napolitano, *Il Regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 1-19.; I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici, a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; *Golden power*, a cura di R. Chieppa, C.D. Piro e R. Tuccillo, Piacenza, La Tribuna, 2023; A. Lalli, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Dir. cost.*, 2022, 100 ss.; B. Argiolas, *I golden power tra Stato e mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 721 ss.; R. Garofoli, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *Federalismi*, 30 novembre 2022, n. 31; B.P. Amicarelli, *Il controllo degli investimenti stranieri nel Regolamento UE 2019/452*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 753-756.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

prevalentemente pratica: esistono casi (per ora, ipotetici) in cui l'applicazione dei due Regolamenti, dissimili tra loro, porterebbe a possibili sovrapposizioni. Si illustreranno due scenari in cui si potrebbero innescare impasse procedurali, non risolti dalla lettera della legge. Il secondo tema attiene alle considerazioni più sistematiche attorno ai due Regolamenti, seppur connesso al primo: esistono cause e contenuti comuni all'origine di questi due strumenti normativi? In cosa, invece, si distinguono? Se ne tratteranno i rilievi problematici, anche alla luce di una possibile prassi applicativa confliggente, tentando, nelle conclusioni, di proporre alcune possibili soluzioni.

2. Casi di intersezione

Come primo caso, si pensi al gruppo Alfa, con un fatturato inferiore ai cinquecento milioni di euro, operante nel settore della produzione di cartone, con sede legale in Italia, che venga messo in vendita. Detiene, nel suo mercato regionale rilevante, una larga quota di mercato. Il potenziale acquirente, Beta, è una società-veicolo residente in uno Stato terzo, ed è riconducibile a un Fondo Sovrano straniero. Beta, interessato ad acquisire Alfa, procede a inviare l'offerta, e contestualmente notifica l'operazione alla Presidenza del Consiglio ai sensi del d.lgs. 15 marzo 2012, n. 12⁶. La Presidenza, dopo una valutazione di merito, avvia il procedimento di esercizio dei poteri speciali, al termine del quale impone specifiche condizioni e prescrizioni alla vendita, ritenendo che vi possa essere un rischio concreto di approvvigionamento dei prodotti in cartone, da cui dipendono numerose altre aziende. In particolare, impone il mantenimento di almeno l'ottanta per cento della produzione negli stabilimenti originari. Non rientrando nei settori di cui all'art. 4 del regolamento sugli investimenti esteri, la Presidenza non notifica l'operazione alla Commissione europea. Dopo due anni, la Commissione riceve alcune informazioni sull'operazione, e in particolare viene a conoscenza delle sovvenzioni ricevute dal fondo sovrano a cui sarebbe riconducibile Beta, nelle forme di esenzioni fiscali di grande portata. Decide di attivare il potere *ex officio* ai sensi degli artt. 9 ss. del regolamento sulle sovvenzioni estere, avviando la verifica preliminare, e, ritenendo che vi sia un rischio di distorsione del mercato unico, procede con la verifica approfondita. Tale

⁶ D.lgs. 15 marzo 2012, n. 12, recante «Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni».

procedimento culmina con l'imposizione di prescrizioni che contrastano con quanto stabilito dal governo italiano anni addietro.

Secondo caso: il gruppo italiano Gamma opera nel settore dell'aviazione, e una sua società sussidiaria che produce droni (controllata interamente da Gamma) detiene alcuni brevetti di dispositivi ad uso militare (rientranti nei settori di cui all'art. 4 del reg. Ue n. 452/2019). La società di diritto straniero Omega, controllata al settanta per cento dallo Stato di appartenenza, dichiaratamente beneficiaria di sovvenzioni pubbliche superiori a 50 milioni di euro nei tre anni precedenti, intende acquisire Gamma. A tal fine, ai sensi del d.lgs. n. 21/2012 notifica l'operazione alla presidenza del Consiglio dei ministri («pCM» o «presidenza») e, ai sensi del reg. Ue n. 2560/2022, invia contestuale notifica alla Commissione europea. Il governo italiano, da parte sua, notifica l'operazione alla Commissione, agli uffici del Dg-Trade (competente per le notifiche ai sensi del reg. Ue n. 452/2019). Nel termine dei venticinque giorni concesso dalla normativa sulle sovvenzioni, la Commissione (con competenza del Dg-Competition) avvia un'indagine approfondita nei confronti di Omega, notificandone la presidenza italiana. La presidenza sospende il procedimento di esercizio dei poteri speciali in attesa della decisione della Commissione. Al termine del suo procedimento, la Commissione adotta una decisione con cui accetta gli impegni proposti da Omega, in particolare di pubblicità e trasparenza dei risultati di tutto il gruppo. A seguito della decisione della Commissione, la Presidenza, anche in forza di raccomandazioni ricevute in un primo momento dal Dg-Trade, decide di esercitare i poteri speciali sull'operazione, imponendo prescrizioni di segretezza e confidenzialità sui brevetti e i risultati della società sussidiaria di Gamma, ritenuta strategica e di potenziale utilità dal Ministero della difesa, nonché dallo stesso Dg-Trade.

3. Rapporti sistematici tra i regolamenti

3.1. Genesi del regolamento sulle sovvenzioni estere

L'adozione del reg. Ue n. 2560/2022 è stata caratterizzata, dopo anni di esitazioni, da una tremenda celerità. Se ne provano ad illustrare le motivazioni.

Il ricorso ai sussidi statali da parte di operatori economici internazionali ha iniziato a mostrare effetti evidenti sui mercati concorrenziali globali, soprattutto con riferimento al mercato unico dell'UE, sin dai primi sviluppi di un sistema di scambi commerciali multilaterale. Nel contesto interna-

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

zionale dominato dal fiorire dei *bilateral investment treaties*, l'abbassamento contestuale delle barriere all'ingresso nel mercato unico non ha fatto che stimolare la negoziazione e la regolazione sugli aspetti dei sussidi esteri, tanto da portare all'adozione delle regole sul controllo di questi ultimi da parte del *World Trade Organization* (WTO), seppur con effetti limitati⁷. Di fatto, il quadro di controllo degli aiuti di Stato dell'UE – prima definito sorella minore o «Cenerentola» del diritto della concorrenza, per via delle sue difficoltà di applicazione⁸ – ben si è distinto dai sistemi degli Stati terzi, assenti o del tutto insufficienti a garantire un limite agli interventi della mano pubblica nel sostenere le proprie imprese in difficoltà, o addirittura potenziando quelle più attive sui mercati esteri.

Emerge subito l'asimmetria regolamentare: il mercato unico, liberalizzato e aperto agli investitori globali, ha conosciuto un rigido controllo interno degli aiuti di Stato nei confronti degli Stati membri, limitandosi ad affidarsi alla (insufficiente e spesso inapplicabile) disciplina prevista dal WTO per le imprese estere sovvenzionate dagli Stati terzi⁹.

A differenza del reg. Ue n. 452/2019, che è stato connotato una strada di adozione complessa, ma avviata anni prima, vien difficile da comprendere per qual motivo la Commissione non si fosse attivata precedentemente per colmare tale lacuna normativa. Una possibile, suggestiva spiegazione di tale inerzia è che vi fosse la convinzione che un regime concorrenziale estero

⁷ Cfr. M. Bronckers e G. Horlick, R. Soopramanien, *WTO Regulation of Subsidies*, in *EU State Aids*, a cura di L. Hancer, T. Ottervanger e P.J. Slot, Londra, Sweet & Maxwell, 2012, 210 s.

⁸ L. Bellodi, D. Grespan, *La procedura in materia di Aiuti*, in *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, a cura di G. Tosato e L. Bellodi, Milano, Giuffrè, 2004, 339. In generale, sulla disciplina europea degli aiuti di Stato, non si può non citare *The Law of State aid in the European Union*, a cura di A. Biondi, P. Eeckhout e J. Flynn, Oxford, Oxford University Press, 2004; C.E. Baldi, *Così è... (se vi pare). Gli aiuti di Stato tra concorrenza e competitività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; C. Quigley, *European State aid Law and Policy (and UK subsidy control)*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2022.

⁹ *Inter alia*, v. N. Cunha Rodrigues, *Filling the Regulatory Gap to Address Foreign Subsidies: The EC's Search for a Level Playing Field Within the Internal Market*, in *Extraterritoriality of EU Economic Law. European Union and its Neighbours in a Globalized World*, a cura di N. Cunha Rodrigues, Cham, Springer, 2021, 197 ss. Per un'analisi della disciplina del WTO e un confronto con quanto previsto, ai tempi, negli intenti della Commissione nel Libro Bianco, v. V. Crochet, M. Gustafsson, *Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law*, in *World Trade Review*, 2021, 343 ss. Sulle prese di posizione in merito all'assenza, negli Stati terzi, di quadri regolamentari precisi e rigidi come il controllo sugli aiuti di Stato dell'UE, v. C.D. Ehlermann e M. Goyette, *The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies, Eu State Aid versus WTO disciplines on subsidies*, in *European EU State Aid framework Quarterly*, 2006, 695.

“ostile”, ossia di operatori economici stabiliti in UE, ma foraggiati e sostenuti dalla mano pubblica nei rispettivi Stati stranieri di origine, potesse stimolare in qualche modo la corsa delle imprese europee a rendersi più efficienti e competitive per sostenere il confronto, in una sorta di “allenamento” ai mercati internazionali (c.d. «*competitive training*»)¹⁰.

È chiaro come la crisi della globalizzazione, in concomitanza con l'incremento della incidenza degli investimenti cinesi (ed in generale, stranieri) nell'Unione, spesso di imprese beneficiarie di sostanziosi aiuti statali, abbia fatto cadere d'un tratto queste convinzioni, e portato alla corsa agli armamenti giuridici da parte dei singoli Stati membri, prima ancora della Commissione.

Alcuni Stati ritenevano inizialmente che un controllo ristretto sugli investimenti potesse altresì sopperire a quella asimmetria concorrenziale e tutelare quindi gli operatori economici domestici. Siffatto convincimento è crollato con il noto caso *Alstom-Siemens*.

Su tale caso la letteratura è ampia, e lo si riassumerà solo in breve: in Cina, nel 2015 viene creato un “campione nazionale” del settore ferroviario, nominato *China Railway Rolling Stock Corporation* (CRRC), dalla fusione di due società. CRRC è destinataria, sin dalla sua creazione, di ingenti sovvenzioni da parte dello Stato cinese (circa 1.3 miliardi tra il 2015 e il 2020). Fin qui, *nulla quaestio*. La posizione di dominanza competitiva di CRRC è tuttavia fastidiosa per due operatori del mercato ferroviario dell'Unione, Siemens (di diritto tedesco) e Alstom (francese), che decidono di unirsi con un'operazione di fusione per contrastare il peso specifico di CRRC. Con decisione del 6 febbraio 2019, la Commissione ha bloccato l'operazione, ritenendola contraria alle normative dei Trattati in materia di concorrenza¹¹. Con lo stesso provvedimento, la Commissione ha rilevato oltretutto che CRRC non aveva esercitato una reale pressione concorrenziale nel mercato europeo, in quanto non si era mai «aggiudicata una gara nel settore dell'alta o altissima velocità nel SEE». La posizione di CRRC sul mercato globale quindi restava «marginale», e derivava da un'unica vendita del 2017 con le ferrovie indonesiane «ottenuto non tramite gara d'appalto ma a seguito di negoziati a livello governativo». Di conseguenza, secondo la Commissione CRRC non

¹⁰ In tal senso, v. l'intervento di M. Merola nel dibattito *Foreign direct investments, golden power and foreign subsidies: iniziative Europee e Nazionali*, organizzato dall'Associazione Italiana Antitrust, 19 novembre 2020, disponibile a: associazioneantitrustitaliana.it/attivita/foreign-direct-investments-golden-power-and-foreign-subsidies-iniziative-europee-e-nazionali/.

¹¹ Cfr. Commissione UE, *Commission decision of 6.2.2019 declaring a concentration to be incompatible with the internal market and the functioning of the EEA Agreement*, Caso M.8677 – *Siemens/Alstom*, C(2019) 921, del 6 febbraio 2019.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

si era «ancora confrontata, nell’ambito di gare d’appalto, con i principali fornitori mondiali di materiale rotabile ad alta e altissima velocità al di fuori della Cina. [...] Ne consegue che CRRC non ha finora venduto materiale rotabile ad alta o altissima velocità in normali condizioni di concorrenza né è stata invitata a farlo. Non si può pertanto ritenere che CRRC eserciti una pressione concorrenziale significativa sul mercato mondiale al di fuori di Cina, Giappone e Corea del Sud»¹². Quel che non era emerso dalla decisione della Commissione è che il colosso cinese CRRC aveva avviato nel frattempo una politica di acquisizioni societarie, ad esempio acquisendo lo società tedesca Vossloh poco dopo, nel 2020, sempre operante nel settore ferroviario. Su tali operazioni, il governo tedesco aveva realizzato di non possedere strumenti che potessero limitare lo strapotere di un attore economico così fortemente sovvenzionato. Il “golden power” tedesco in questi casi non avrebbe potuto essere invocato, poiché giustificato solo da considerazioni di politica industriale¹³.

Sull’onda dei risvolti del caso *Alstom-Siemens*, alcuni Stati membri tra cui Germania, Francia, Olanda, Italia e Polonia, hanno sottoscritto lettere e documentazioni a sostegno comune di un cambio nel quadro legislativo sovranazionale per prevenire il rischio di distorsioni del mercato interno dell’UE dato dalle sovvenzioni estere¹⁴. Contestualmente, un intervento le-

¹² Cfr. Commissione UE, *Sintesi della decisione della Commissione del 6 febbraio 2019, che dichiara una concentrazione incompatibile al mercato interno e con il funzionamento dell’accordo SEE*, Caso M.8677 – *Siemens/Alstom*, C(2019) 921, § 27.

¹³ In merito, un’analisi puntuale viene svolta da M. Frank, *The EU’s new foreign subsidy regulation on collision course with the WTO*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2023, 932.

Differentemente dal governo tedesco, nel 2022 l’Italia ha potuto esercitare i poteri speciali nel caso di tentativo di acquisizione, da parte della stessa CRRC, della società italiana Alpi Aviation, risalente al 2018. Alpi Aviation progetta e produce droni militari, ed altri prodotti di uso militare la quale fornisce, tra l’altro, anche le forze armate italiane, ed è dunque soggetta a specifici controlli e vigilanza. Dopo aver riscontrato la riconducibilità dell’operazione al governo cinese e alla società CRRC (inizialmente mascherata sotto le forme di società di veicolo *ad hoc*), il governo, con d.P.C. 10 marzo 2022, ha esercitato il veto in forza degli asset e dei brevetti detenuti dalla società.

¹⁴ Francia e Germania, Stati membri naturalmente più coinvolti dall’impatto della decisione della Commissione, hanno adottato per primi un Manifesto bilaterale per il ripensamento della politica industriale dell’Unione, il *Manifeste franco-allemand, pour une politique industrielle européenne adaptée au XXIe siècle*, del 19 febbraio 2019, disponibile sul sito del Ministero del tesoro francese: trésor.economie.gouv.fr/Articles/2019/02/19/manifeste-franco-allemand-pour-l-industrie.

Da parte sua, il governo olandese ha pubblicato un documento, denominato *Strengthening the level playing field on the Internal Market*, 12 settembre 2019, disponibile a: permanen-trepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field.

gislativo nella stessa direzione è stato richiesto dal Consiglio europeo e dal Parlamento¹⁵.

Ad aggiungersi a tali voci, con l'analisi n. 3 del 10 settembre 2020, la Corte dei conti europea ha esaminato i rischi di natura economica e politica legati alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato per il mercato unico, soprattutto dei piani di sviluppo *Made in China 2025* e della Nuova via della seta¹⁶. Oltre a rimarcare l'importanza degli investimenti cinesi per la crescita dell'economia unionale, non sorprendentemente la Corte ha evidenziato che oltre la metà di essi è realizzata da imprese cinesi di proprietà dello Stato; dunque, ai sensi della normativa UE, i sussidi concessi dalla Cina, se forniti da uno Stato membro, sarebbero considerati aiuti di Stato. Ha stabilito che questa differenza di trattamento avrebbe potuto falsare la concorrenza nel mercato interno e rendere difficile per l'Unione garantire parità di condizioni per le proprie imprese e i propri investimenti.

A seguito di questi sviluppi, è finalmente giunta la risposta della Commissione. Il 17 giugno 2020 è stato pubblicato il Libro bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere. Con tale documento, la Commissione ha riconosciuto le criticità della lacuna normativa in maniera aperta ed esplicita. Ha precisato, con riferimento al settore degli appalti, che le «norme vigenti [...] dell'UE non sono sufficienti per far fronte e porre rimedio alle distorsioni causate dalle sovvenzioni estere. Di conseguenza, esiste apparentemente una lacuna normativa per i casi in cui le sovvenzioni estere facilitano o falsano le procedure di offerta nell'ambito degli appalti pubblici dell'UE»¹⁷.

Dopo una fase consultiva piuttosto rapida (almeno, per un intervento di

A quasi un anno dal Manifesto franco-tedesco, Francia, Germania, Italia e Polonia hanno redatto una lettera sugli stessi temi al Commissario europeo per la concorrenza, *Joint letter from Germany, Italy, France and Poland to Commissioner Vestager*, 4 febbraio 2020, disponibile a: politico.eu/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf.

¹⁵ E. Latorre, *La nozione di sovvenzione estera nel Regolamento (UE) 2022/2560*, in *Quaderni AISDUE*, 11, 18 settembre 2023, che spiega come in particolare, il Consiglio europeo avesse richiesto alla Commissione un intervento mirato, atto a individuare appositi strumenti per combattere gli effetti distorsivi delle sovvenzioni estere sul mercato unico. Il Parlamento aveva invece invitato i commissari a vagliare la possibilità di aggiungere un nuovo pilastro al diritto dell'UE, atto a conferire alla Commissione gli strumenti investigativi necessari da utilizzare ove una società sia avvantaggiata da sussidi governativi.

¹⁶ Cfr. C. dei conti UE, *Analisi n. 3/2020: La risposta dell'UE alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, 10 settembre 2023, disponibile a: eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/RW20_03/RW_EU_response_to_China_IT.pdf.

¹⁷ Cfr. Commissione UE, *Libro Bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere*, COM(2020) 253, 17 giugno 2020, 14.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

tale portata)¹⁸, il 14 dicembre 2022 è stato adottato il reg. Ue n. 2560/2022 sulle sovvenzioni estere, entrato pienamente in vigore il 12 luglio 2023, in relazione alle sovvenzioni estere concesse nei cinque anni precedenti e che siano distorsive del mercato interno. Per le operazioni di concentrazione o contributi finanziari esteri, nell'ambito di procedure di appalto soggette a notifica, il regolamento si applica ai tre anni anteriori al 12 luglio 2023. Non vi è stata applicazione retroattiva per le operazioni di concentrazione e gli appalti pubblici aggiudicati o avviati anteriormente alla stessa data.

3.2. Il rapporto con il regolamento sugli investimenti esteri: il ribaltamento delle gerarchie tra Stato e Mercato nell'UE

L'altro lato della medaglia è il regolamento sugli investimenti esteri. Come anticipato, il reg. Ue n. 452/2019 introduce un quadro comune e partecipato per l'armonizzazione e la cooperazione degli Stati membri delle procedure di controllo degli investimenti stranieri.

Sul punto, ci si limita a sottolineare come i meccanismi di *screening* degli investimenti stranieri, di competenza esclusiva degli Stati membri (e che il reg. Ue n. 452/2019 non ha potuto che tentare di armonizzare, con un approccio definito di «*light touch*»¹⁹), operano spesso nei confronti di investimenti effettuati da un soggetto estero (quindi non esclusivamente extra-UE²⁰), e consentono di applicare a questi restrizioni secondo valutazioni

¹⁸ Per una valutazione da parte di autorevole Dottrina all'impostazione del Libro Bianco in fase di consultazione, si rinvia a A. Biondi, M. Bowsher, C. Yukins, L. Rubini e G. Carovano, *The EU Gives Foreign Subsidies Its Best Shot: One Take on White Paper on Levelling the Playing Field as Regards Foreign Subsidies*, in *International Economic Law and Policy Blog*, disponibile a: ielp.worldtradelaw.net/2020/10/guest-post-the-eu-gives-foreign-subsidies-its-best-shot-one-take-on-white-paper-on-levelling-the-pla.html.

¹⁹ Cfr. S. Hindelang e A. Moberg, *A Complex Setting of Cooperation and (Potential) Conflict: Regulation (EU) 2019/452 in a Doctrinal Perspective*, in *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, a cura di S. Hindelang e A. Moberg, Basilea, Springer Nature Switzerland, 2020, 841.

²⁰ Ad esempio, la normativa italiana prevede l'obbligo di notifica delle operazioni anche nei confronti di un soggetto appartenente Ue (anche italiano) se l'operazione rientra tra i settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario e l'operazione sia di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto. (d.lgs. n. 21/2012, art. 2, c. 5). L'applicabilità a soggetti residenti di obblighi di notifica e facoltà di controllo degli investimenti è prevista anche in altri ordinamenti dell'Unione, come per la normativa spagnola e quella ungherese.

Per un approfondito commento alla prima interpretazione giurisprudenziale del reg. 2019/452 da parte della C. giustizia Ue, v. A. Sandulli, *Corte di Giustizia dell'UE, libertà di stabilimento, limiti al golden power*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, 355 ss. con riferimento alla sentenza

strategiche di tutela degli interessi pubblici preminenti di sicurezza e ordine pubblico, in linea di principio lasciando fuori qualsiasi considerazione puramente economica. Dal suo canto, il regolamento sulle sovvenzioni estere riguarda invece i contributi erogati da Stati terzi a imprese già operanti sul mercato europeo²¹. Per gli investimenti esteri diretti, la competenza di adozione (o non) di misure restrittive giace in capo ai singoli Stati membri, con un ruolo solo di coordinamento e consultivo da parte della Commissione, dagli uffici del Dg-Trade; il controllo sulle sovvenzioni estere viene invece svolto *ab origine* dalla Commissione europea, più precisamente dagli uffici del Dg-Competition.

Le finalità da loro perseguite – da un lato di tutela della concorrenza, e dall’altro di salvaguardia degli *asset* strategici – hanno in verità radici comuni.

Sia il regolamento sugli investimenti esteri, che il regolamento sulle sovvenzioni estere, nascono come risposta alle preoccupazioni di alcuni Stati membri a fronte dell’incidenza degli investimenti cinesi in entrata²², che fu riconosciuta dall’Unione in varie occasioni, fino all’approdo della proposta della Commissione di un primo disegno legislativo che riguardasse il con-

nel caso *Xella*, Cgue, seconda sezione, 13 luglio 2023, causa C-106/22, *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter* (caso “*Xella*”). Con il caso *Xella*, la Corte ha infatti stabilito la non applicabilità del reg. Ue n. 2019/452 per i provvedimenti di *screening* nei confronti di soggetti residenti nell’Unione, anche nel caso in cui l’assetto societario.

²¹ Sul punto, D. Gallo, *Ordine giuridico del mercato 2.0 e UE*, in *Eurojus*, 2023, n. 2, 136 ss.

²² Per quanto concerne le preoccupazioni degli investimenti da parte di operatori economici cinesi con forti sovvenzioni statali, si rimanda a V. Crochet, M. Gustafsson, *Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law*, cit., 345. La stessa posizione emerge nel documento di briefing commissionato dal Parlamento dell’Ue, cfr. M. Szczepa ski, *Distortive foreign subsidies regulation: A level playing-field for the single market*, del 23 marzo 2023, disponibile a: [europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)690700](http://europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690700)>, dove si legge di come, recentemente, i sussidi stranieri abbiano acquisito rilevanza nel dibattito sul commercio internazionale, «in particolare a causa del crescente ruolo della Cina nell’economia globale e dell’incertezza legale su se le regole del WTO si applichino quando l’ente sovvenzionato si trova all’estero rispetto all’autorità pubblica che eroga il sussidio» (traduzione non ufficiale). Con riguardo agli investimenti esteri diretti provenienti dalla Cina nell’Unione e la relativa risposta degli Stati membri, P. M. Gadocha, *Assessing the EU Framework Regulation for the Screening of Foreign Direct Investment – What is the Effect on Chinese Investors?*, in *The Chinese Journal of Global Governance*, 2020, n. 6, 36-70; B. P. Amicarelli, *L’arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, 219 ss.; e C. Pettinato, *The new EU regulation on foreign direct investment screening*, in *Foreign Direct Investment Screening*, a cura di G. Napolitano, cit., che riportano come i governi di Francia, Germania e Italia proponevano una stretta europea al controllo degli investimenti diretti esteri a fronte di una tendenza globale nella stessa direzione.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

trolo degli investimenti stranieri²³. In un inaspettato cambio di sentimento verso una politica commerciale espansiva e multilaterale, la Commissione non nascose a parole e fatti che, oltre ai buoni propositi di apertura dei mercati, la posizione dell'Unione in materia non era ingenuamente disillusa alla pacifica visione degli investimenti e del commercio esclusivamente come opportunità di crescita economica. In merito, giova ricordare la dichiarazione dell'allora Presidente della Commissione UE Jean-Claude Juncker, che disse: «[w]e are not naïve free traders. We will not trade for the sake of it or compromise on our principle for a quick deal. I cannot accept that those who work hard to make ends meet suffer at the hands of those who dump, de-regulate or distort the market»²⁴. Il riferimento alla Cina non era affatto velato, ed è pacificamente accettato che sia in tale prospettiva «difensiva» e regionalmente quasi esclusivamente circoscritta che siano stati adottati il reg. Ue n. 452/2019, prima²⁵, e il reg. Ue n. 2560/2022, poi.

Sul controllo degli investimenti stranieri, si possono leggere anche il Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione, e la Comunicazione della Commissione titolata «Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi fondamentali»²⁶. Dal periodo immediatamente successivo alle prime privatizzazioni e della spinta liberalizzatrice europea, che ha portato alla demolizione da parte della Corte di Giustizia delle politiche di controllo degli investimenti diretti esteri di

²³ Commissione UE, *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione*, COM(2017) 240, del 10 maggio 2017; Commissione UE, *Proposta del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'UE*, COM (2017) 487, del 13 settembre 2017.

²⁴ Tale dichiarazione fu rilasciata dall'ex Presidente della Commissione in occasione della conferenza sullo Stato dell'Unione del 2017, ed è riportata anche da S. Hindelang, A. Moberg, *The art of casting political dissent in law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2020, 1429, che ricalcano come l'assottigliamento (o confusione?) dell'Unione tra politiche di *trade* e *investment* possa essere evidenziato anche dalla riorganizzazione del Direttorato Generale del Commercio (*Dg-Trade*), dove il trattamento degli investimenti diretti esteri a duplice uso ricade nella competenza della nuova unità «*trade and security*».

²⁵ Cfr. P. M. Gadocha, *Assessing the EU Framework Regulation for the Screening of Foreign Direct Investment*, cit, 38; e, più risalente, ma premonitore sull'esigenza di difesa del diritto sovranazionale europeo, S. Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The scope of Protection in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁶ Cfr. Commissione UE, Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione, COM(2017) 240, 10 maggio 2017; e Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*, COM(2017)0494, del 13 settembre 2017.

prima adozione degli Stati membri²⁷, il mutato contesto globale economico e politico ha provocato un cambiamento di rotta nella concezione del ruolo che lo Stato può avere nel guidare l'economia in tempi di incertezza²⁸.

Con riferimento al controllo delle sovvenzioni estere, invece, l'asimmetria regolamentare sopra accennata, che essenzialmente portava la Commissione a punire severamente gli aiuti di Stato concessi dagli Stati membri nel perseguimento di politiche economiche spesso troppo dirigiste, e a chiudere un occhio con riguardo ai sussidi concessi da Stati terzi a imprese estere stabilite nel mercato unico, seppur riconosciuta e invocata come motivo di ingiustizia rispetto all'applicazione rigorosa del controllo agli aiuti da parte della Commissione²⁹, è stata perlopiù ignorata a livello sovranazionale fino all'adozione del libro bianco.

Questo cambio di paradigma all'interno dell'Unione, soprattutto nei confronti degli investimenti sostenuti dall'intervento della Repubblica Popolare Cinese, sembra aver ricevuto conferma anche a livello giudiziale sovranazionale: si prendano come esempio le sentenze del tribunale UE, attualissime, nelle cause T-480/20 e T-540/20 in ambito di dazi compensativi sulle importazioni. Il tribunale UE ha confermato la legittimità dei provvedimenti della Commissione, adottati secondo una valutazione estensiva nell'imposizione di dazi compensativi sulle importazioni, per cui era stata considerata sufficiente la mera influenza di una potenza straniera per ritenere l'esistenza di una sovvenzione, distaccandosi dalla precedente prassi applicativa³⁰.

²⁷ I primi meccanismi di controllo degli investimenti stranieri erano azionabili mediante un controllo misto azionistico-autoritativo conosciuto come *golden share*. Tali meccanismi erano stati duramente sanzionati sia dalla Commissione che in sede giudiziale ritenuti incompatibili con i trattati dalla Corte di Giustizia. Sul tema, si segnalano alcune pronunce della Corte di Giustizia che hanno considerato i regimi nazionali di poteri speciali basati su quote azionarie "rafforzate" contrarie ai Trattati europei, rispettivamente nei confronti di molti Stati membri, tra cui: Italia, sent. 26 marzo 2009, causa C-326/07; Portogallo, sent. 4 giugno 2002, causa C-367/98; Francia, sent. 4 giugno 2002, causa C-483/99; Spagna, sent. 13 maggio 2003, causa C-463/00; Olanda, sent. 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04; Germania, sent. 11 settembre 2008, causa C-141/07.

²⁸ Cfr. A. Ferrari Zumbini, *I principi dell'UE in materia di golden power: opportunità e limiti*, in *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, a cura di G. della Cananea e L. Fiorentino cit., 24.

²⁹ Si pensi ai casi *STX-Fincantieri* e *Alston-Siemens*. Quest'ultimo già analizzato nel dettaglio *infra*.

³⁰ Tribunale UE, sent. 1° marzo 2023, *Hengshi Egypt Fiberglass Fabrics e Jushi Egypt for Fiberglass Industry c. Commissione*, causa T-480/20, ECLI:EU:T:2023:90; Tribunale UE, sent. 1° marzo 2023, *Jushi Egypt for Fiberglass Industry c. Commissione*, causa T-540/20, ECLI:EU:T:2023:91. Con ricorsi ex art. 263 TFUE, le società egiziane ricorrenti hanno chiesto l'annullamento dei

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

In altre parole, per entrambi i regolamenti (e, in generale, per il nuovo indirizzo di politica commerciale dell'Unione) si può sostenere che il contesto comune che più di ogni altra cosa abbia contribuito alla loro adozione, sia stato il progressivo avanzare della “deglobalizzazione”, causata anche dalla sfiducia nel ruolo preponderante della Cina, che ha portato con sé un approccio protezionista, una svolta cosciente verso un ritorno a un ordine giuridico unilaterale, capace di governare gli eventi avversi³¹. Gli interessi perseguiti dai

Regolamenti di esecuzione (rispettivamente, reg. Ue nn. 776/2020 e 870/2020) con cui la Commissione ha istituito dazi compensativi sulle importazioni di alcuni prodotti in fibra di vetro ai sensi del reg. Ue n. 1037/2016, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da paesi non membri dell'Unione europea dell'8 giugno 2016 (reg. Ue n. 2016/1037). Quel che sembrerebbe un classico caso di dazi compensativi per le importazioni ha invece delle caratteristiche peculiari. Nei casi di specie, il Tribunale Ue è stato chiamato a pronunciarsi per la prima volta su un caso di dazi compensativi imposti in forza di un collegamento delle società importatrici con i sussidi di origine cinese nell'ambito della *Belt and Road Initiative*. Confermando il buon operato della Commissione, il Tribunale ha stabilito che i sussidi garantiti alle società ricorrenti, seppur stabilite al di fuori della Cina, possono essere passivi di provvedimenti ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato, per garantirne l'effettività. L'importanza delle pronunce, seppur pendenti in appello dinanzi alla Corte di Giustizia, risiede nella inedita delineazione di un comune approccio unionale sull'espansione di strumenti di controllo a tutela del mercato interno. Il caso, come è evidente, va oltre il classico provvedimento della Commissione sui dazi compensativi delle importazioni. Per un primo commento alle sentenze, v. L. Ruessmann, J. Beck, K. Drandarova, P. Van Vaerenbergh, *Tackling Cross-Border Subsidies in the EU: The Need to Build on a Promising Start*, in *Global Trade and Customs Journal*, n. 10, 2023, 376 ss. Sul tema, si rimanda necessariamente a S. Poli, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures: The EU and Member States' Shared Sovereignty*, in *European papers*, 2023, 439, che rileva che, sebbene i beni coinvolti dall'operazione non potessero ritenersi *key enabling technologies* (dunque, di importanza strategica) l'impiego del solo reg. Ue n. 1037/2016 possa essere considerato un esempio della *longa manus* delle misure difensive dell'Unione per affrontare le sovvenzioni che provengono dalla Cina, ma sono vantaggiose per operatori di paesi terzi che hanno rafforzato i loro legami economici con quest'ultima.

³¹ D'altra parte, non ci si può esimere dal rilevare che, a fronte di una chiusura agli investimenti da imprese che ricevono sussidi stranieri, l'Ue abbia assunto un atteggiamento di tolleranza (se non addirittura incoraggiante) nei confronti degli aiuti di Stato da parte degli Stati membri a seguito degli shock economici provocati dalla pandemia da Sars-Cov-2 e dal conflitto russo-ucraino. Il riferimento è, inevitabilmente al «Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina», istituito con la Comunicazione della Commissione Ue, C-1188/2023, del 23 marzo 2023 (poi modificato il 20 novembre 2023). Sul punto, M. P. Chiti, *Gli aiuti di Stato nel prisma degli interessi pubblici. Per un rinnovato approccio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, 408, nota come l'ondata di aiuti di Stato post pandemica debba essere intesa come una serie di misure volte non all'alterazione della concorrenza, ma alla preservazione della situazione precedente alla pandemia per la stabilizzazione dei mercati. Rimangono seri dubbi sull'attuazione del principio di reciprocità. Sul ruolo dello Stato in tempo di crisi, cfr., *amplius*, *Lo Stato promotore, Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*,

reg. Ue nn. 2560/2022 e 452/2019 sono paralleli, ma vicinissimi: si pongono come espressione di limiti strategici, per concorrenza o sicurezza, alle libertà di stabilimento e circolazione dei capitali. In generale, portano con loro un inevitabile sacrificio dell'apertura agli investimenti stranieri. Sia nel controllo delle sovvenzioni estere che degli investimenti esteri diretti, l'elemento di controllo/influenza dello Stato di provenienza sulla società che pone in essere la concentrazione (o partecipa alla gara) è cruciale³². Nei sussidi esteri, perché potrebbe alterare la concorrenza del mercato unico; negli investimenti diretti, perché indicherebbe un intento ostile di ingerenza di uno Stato straniero.

Seppur debba sostenersi che gli interessi perseguiti siano paralleli, e che altrettanto parallelamente operino le strutture amministrative deputate alla guida dei rispettivi procedimenti (e quindi, secondo un approccio assiomatico, non siano mai destinati a toccarsi), i due regolamenti, come dimostrato con i casi teorizzati in apertura del presente contributo, sono invece prони a un'inevitabile sovrapposizione.

3.3. *La struttura di controllo tra contrapposizioni e complementarità*

Dopo aver analizzato i casi pratici di intersezione, si sono analizzate le motivazioni che hanno portato all'adozione dei due regolamenti. A questi due profili, non può che seguire un'analisi prettamente strutturale, che consenta di avere un quadro completo sul loro rapporto. Questa sezione contribuirà, inoltre, a concretizzare le considerazioni sugli esempi di interazione pratica presentate inizialmente.

Volgendo lo sguardo alla struttura del regolamento sugli investimenti esteri, questo è stato definito come un «ornitorinco»³³: la sua natura ibrida è

Bologna, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, il Mulino, 2021; e A. Napolitano, *Il ritorno dello Stato nell'economia per una (definitiva?) consacrazione di un'Europa sociale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2023, 35 ss.

Con riferimento al principio di reciprocità, sono interessanti i rilevamenti della Camera di Commercio Cinese presso l'UE ("Ccceu") in sede di pubblica consultazione a seguito della pubblicazione del Libro Bianco, cfr. Ccceu, *Position document attached to the Consultation questionnaire*, 2022, disponibile a: ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12452-White-Paper-on-Foreign-Subsidies/public-consultation_it.

³² Art. 4, par. 2, reg. Ue n. 452/2019: «Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione tengono altresì conto, in particolare, se: a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti [...]».

³³ Conclusioni dell'avvocato generale, del 30 marzo 2023, nella causa C-106/22, *Xella Magyarország*, para. 32.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

dovuta al fatto che, nonostante l'UE detenga la piena competenza sulla politica commerciale in materia di investimenti esteri diretti ex art. 207 TFUE, le eccezioni di sicurezza, ossia le scelte di tutela con meccanismi di *screening* a fronte di investimenti stranieri su società *target* interne, rimangono competenza esclusiva degli Stati membri.

Tale atipicità si traduce, sotto l'ottica della catena di controllo degli investimenti esteri in entrata, in una prima ordinaria "linea difensiva", individuabile nelle strutture amministrative e di governo degli Stati membri deputate all'elaborazione delle notifiche e alla valutazione di eventuali procedimenti d'ufficio (per l'Italia, la presidenza del Consiglio dei Ministri). Vi è poi una fase successiva ed eventuale, se l'investimento rientra nell'ambito di applicazione del regolamento, di segnalazione dell'investimento da parte dello Stato procedente al Dg-Trade presso la Commissione³⁴. A questa fase, può seguire una raccomandazione da parte della Commissione sulla suggerita adozione di meccanismi di *screening*. Permane il fatto che la competenza nell'adozione di misure restrittive, come anticipato, resti in capo al singolo Stato membro.

Il regolamento sulle sovvenzioni estere opera, più canonicamente, attribuendo in capo alla Commissione (come già detto, negli uffici del Dg-Competition) l'esclusiva guida procedimentale e relativa competenza sulla scelta di scrutinio o meno di una concentrazione o della partecipazione ad una gara d'appalto, qualora rilevanti³⁵. Stesso può dirsi per il terzo

³⁴ Per l'esplicamento di tali operazioni, l'Italia ha già, dal 2020, definito una serie di aspetti organizzativi propedeutici alla cooperazione con la Commissione per la segnalazione delle notifiche. In particolare, presso il dipartimento per il coordinamento amministrativo della presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato istituito il cd. «punto di contatto» per lo svolgimento della predetta cooperazione e, più ampiamente, per l'attuazione del Regolamento europeo a livello nazionale (cfr. artt. 11 del reg. Ue n. 452/2019 e art. 2-ter, c. 3, del d.lgs. n. 21/2012).

³⁵ Per quanto riguarda le operazioni di concentrazione soggette ad obbligo di notifica, l'art. 20, para. 3 del reg. Ue n. 2022/2560 richiede le seguenti condizioni: «[...] a) almeno una delle imprese partecipanti alla fusione, l'impresa acquisita o l'impresa comune è stabilita nell'Unione e genera nell'Unione un fatturato totale pari ad almeno 500 milioni di EUR; e b) le imprese seguenti hanno beneficiato di contributi finanziari totali combinati superiori a 50 milioni di EUR da paesi terzi nei tre anni precedenti la conclusione dell'accordo, l'annuncio dell'offerta pubblica o l'acquisizione di una partecipazione di controllo: i) nel caso di acquisto, l'acquirente o gli acquirenti e l'impresa acquisita; ii) nel caso di una fusione, le imprese fuse; iii) nel caso di un'impresa comune, le imprese che creano l'impresa comune e l'impresa comune».

Per le offerte nell'ambito delle procedure d'appalto pubblico, l'art. 28, § 2, dello stesso Regolamento richiede che: «a) il valore stimato di tale appalto pubblico o dell'accordo quadro al netto dell'IVA, calcolato a norma delle disposizioni di cui all'articolo 8 della di-

degli strumenti di controllo, ossia il procedimento attivabile d'ufficio a prescindere dall'entità economica dell'operazione scrutinata o dei soggetti coinvolti³⁶.

Nonostante la distanza strutturale, si è anticipato come vi possano essere intersezioni su tali controlli paralleli. Un primo contatto tra le due discipline viene dalla lettera del regolamento sulle sovvenzioni estere. Al considerando 3, viene specificato infatti come l'ambito applicativo del reg. Ue n. 2560/2022 «riguarda tutti i settori economici, compresi quelli di interesse strategico per l'Unione e le infrastrutture critiche, come quelli di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), del [reg. UE n. 2019/452]»³⁷. Da questa disposizione discende inevitabilmente una prevalenza, in un rapporto tra *genus* e *species*, dei settori economici coperti dal regolamento sulle sovvenzioni estere, rispetto ai settori coperti dal reg. Ue n. 452/2019. La ragione è d'immediata evidenza: l'interesse pubblico perseguito dal reg. Ue n. 2560/2022, ossia della tutela della concorrenza nel mercato unico, è per definizione correlato a qualsiasi tipo di attività economica. La scelta regolatoria con riferimento agli *asset* strategici è, almeno in parte, settorializzata, ed implica una valutazione tecnica a monte da parte delle amministrazioni procedenti. La diretta conseguenza di questa disposizione è che un'operazione che ricada nell'ambito del reg. Ue n. 452/2019 può sempre essere rilevante anche nell'ambito del reg. Ue n. 2560/2022, ma non viceversa.

Il secondo riferimento esplicito al rapporto con il regolamento sugli investimenti esteri è da individuarsi all'art. 10, § 2, dello stesso regolamento sulle sovvenzioni estere, che prevede una soluzione alle possibili interazioni tra le due discipline. Con tale disposizione viene introdotta una fase di veri-

rettiva 2014/23/UE, all'articolo 5 della direttiva 2014/24/UE e all'articolo 16 della direttiva 2014/25/UE, ovvero di un appalto specifico nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, è pari o superiore a 250 milioni di EUR; e b) all'operatore economico, comprese le sue imprese figlie senza autonomia commerciale, le sue società di partecipazione e, se del caso, i suoi principali subappaltatori e fornitori coinvolti nella stessa offerta nell'ambito della procedura di appalto pubblico sono stati concessi contributi finanziari totali pari o superiori a 4 milioni di EUR per paese terzo nei tre anni precedenti la notifica o, se del caso, la notifica aggiornata».

³⁶ Reg. n. 2560/2022, art. 9 ss.

³⁷ Reg. n. 452/2019, art. 4, par. 1, lett. a):«Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture [...]».

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

fica preliminare, in caso di avvio di procedimenti d'ufficio, ai fini dell'esercizio dei poteri di controllo sulle sovvenzioni estere. Questa fase preliminare, a norma della disposizione indicata, è attivata dalla Commissione nel caso in cui uno Stato membro notifichi un'operazione rilevante ai fini dell'applicazione del reg. Ue n. 452/2019³⁸. A seguito dell'avvio del procedimento d'ufficio, la Commissione potrà decidere se l'operazione stessa è interessata da sovvenzioni estere che provocano distorsioni del mercato interno, ed a tal fine procedere con l'avvio della «indagine approfondita» (a cui possono seguire l'esercizio dei poteri della Commissione nella forma di misure riparatorie o imposizione di impegni), dandone contestuale informazione all'impresa oggetto di indagine, nonché allo Stato membro che l'ha notificata.

Quest'ultima disposizione sembra essere *prima facie* coerente con i principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. Esistono, tuttavia, delle criticità procedurali che potrebbero complicare il coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri. Giova notare sin da subito che la stessa Commissione ha evidenziato il sovraccarico organizzativo negli uffici del Dg-Trade nell'elaborazione delle notifiche delle operazioni rilevanti per il reg. Ue n. 452/2019, prima ancora dell'entrata in vigore del reg. Ue n. 2560/2022³⁹. Fatta tale premessa, sovviene un ragionevole dubbio sulla buona riuscita del dialogo nelle segnalazioni di una stessa operazione tra i già sovraccarichi uffici del Dg-Trade, e gli uffici del Dg-Competition⁴⁰ (quest'ultimi, già incaricati di elaborare le notifiche delle autorità nazionali antitrust per le operazioni di concertazione rilevanti ai sensi del reg. Ue n. 139/2004).

In assenza di una prassi applicativa consolidata⁴¹, non è chiaro quale

³⁸ In generale, la fase preliminare è connotata da una minore trasparenza in quanto non è conosciuta o notificata alle imprese interessate dal procedimento. Sul punto, si rinvia a F. Ferraro, *L'UE fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *Quaderni AISDUE*, 4, 24 maggio 2023, 68 ss.

³⁹ Si rimanda, in merito, alla relazione della Commissione Ue Reg. n. 452/2019 del 2022. Cfr. Commissione UE, *Seconda relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*, 1° settembre 2022, COM(2022) 433 final.

⁴⁰ R. Basedow, S. Meunier, C. Roederer-Rynning, *Fair Play? The Politics of Evaluating Foreign Subsidies in the European Union*, Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 41, 2023; e lo stesso F. Ferraro, *L'UE fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere*, cit., 84, che sostiene giustamente come «una stessa operazione potrebbe essere soggetta a tre diversi procedimenti: la procedura di controllo delle concentrazioni, la verifica degli investimenti esteri diretti e il controllo delle sovvenzioni estere, ognuna caratterizzata da tempistiche e regole procedurali diverse».

⁴¹ La prassi dei primi cento giorni di vita del regolamento sulle sovvenzioni estere è rinvenibile sul sito dell'UE, al link: competition-policy.ec.europa.eu/document/download/

sarà l'approccio della Commissione nell'esercizio dei predetti controlli *ex officio*. Anche su tale fronte, il rischio è che la Commissione eserciti il proprio potere di scrutinio proprio nei casi segnalati dagli Stati membri e nei quali le valutazioni che dovrebbero fondare l'azione del Dg-Competition ai sensi del reg. Ue n. 2560/2022 siano ibridate da un approccio politico-strategico, assorbente delle competenze dei singoli Stati membri, ma in difetto una specifica attribuzione. Controllo che potrebbe comprendere previsione di impegni potenzialmente contrastanti con i provvedimenti di *screening* adottati dagli Stati membri. Questo non farebbe che ingenerare un maggiore senso di incertezza negli operatori economici stranieri, già scoraggiati dai meccanismi controllo degli investimenti, ormai adottati dalla quasi totalità degli Stati membri a seguito dell'entrata in vigore del reg. Ue n. 452/2019⁴².

Del resto, già con il «Quadro temporaneo di crisi» per gli aiuti di Stato disposto dopo l'aggressione della Russia contro l'Ucraina (richiamato *supra*), la Commissione si è mostrata incline a considerare elementi di sicurezza e ordine pubblico, al di fuori di pure considerazioni economiche, nella valutazione di esenzioni al regime di controllo degli aiuti di Stato. Si potrebbe considerare, *a fortiori*, che il caso del controllo sulle sovvenzioni estere, se incidente su operazioni nei settori strategici già coperti dal reg. Ue n. 452/2019, presti il fianco a considerazioni extra-economiche.

L'interpretazione appena prospettata pare coerente anche con quanto disposto dall'art. 52, para. 3, lett. c) del reg. Ue n. 2560/2022, che stabilisce come, in sede di eventuale riesame annuale, la Commissione possa stabilire «specifiche soglie di notifica per taluni settori economici o soglie differenziate per diverse tipologie di appalti pubblici, in particolare laddove la pratica della Commissione consenta l'individuazione di attività economiche in cui è più probabile che le sovvenzioni estere provochino distorsioni sul mercato interno, compreso per quanto riguarda i settori strategici e le infrastrutture critiche». Tale ultimo inciso sottolineerebbe una consapevole e specifica attenzione per il controllo della Commissione proprio nei confronti dei settori strategici, implicando una loro più probabile incisione sulle distorsioni del mercato interno. Questa lettura pare essere confermata dalla proposta di

ad/22197012-2036-4b1e-8b02-0eb8b2d6e666_en?filename=kdar24001enn_competition_FSR_brief_1_2024_100-days-of-FSR-notification-obligation.pdf.

⁴² Uno degli effetti più evidenti del regolamento sugli investimenti esteri è la grande incidenza sull'adozione dei meccanismi di *screening* da parte degli Stati membri. Sul punto, basti consultare le relazioni annuali al reg. Ue n. 452/2019 del 2021, 2022, e 2023 della Commissione, che hanno seguito passo le procedure legislative per l'istituzione di strumenti di controllo, evidenziando una crescita quasi esponenziale di adozione di tali misure a seguito dell'approvazione dello stesso regolamento.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

revisione del regolamento sugli investimenti esteri del 24 gennaio 2024 (la «proposta»), giunta al termine delle procedure di consultazione avviate già dal giugno 2023⁴³. Si legge, a pagina 6 del documento, che, nella misura in cui i rispettivi campi di applicazione delle due normative si sovrappongono, le basi per la valutazione stabilite all'art. 1 del regolamento non dovrebbero pregiudicare la valutazione della Commissione ai sensi del FSR per determinare se il contributo finanziario in esame costituisce un sussidio estero e se distorce il mercato interno⁴⁴.

In un'ottica di autonomia ed efficienza nella gestione delle notifiche, si sarebbe potuto probabilmente pensare a un'attribuzione delle competenze allo stesso Dg-Trade anche per quanto riguarda i procedimenti inerenti alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. Si ritiene che la scelta della Commissione di accostare tale controllo a fianco del controllo sugli aiuti di Stato nel Dg-Competition, anziché al Dg-Trade, sia stata più di opportunità politica, che di sistema: il fine sarebbe proprio quello di dimostrare che, alla base dei controlli sulle sovvenzioni, vi sia una ponderazione degli interessi di apertura dei mercati e concorrenza nel mercato unico scevra da quelle valutazioni strategico-politiche che inevitabilmente caratterizzano le segnalazioni ai sensi del regolamento sugli investimenti esteri⁴⁵.

Oltre ai rapporti tra i Dg deputati all'elaborazione delle notifiche, permangono dubbi sull'estraneità, nel processo decisionale, delle valutazioni o segnalazioni delle autorità indipendenti nazionali. Contrariamente al controllo sulle concentrazioni, infatti, la disciplina sulle sovvenzioni estere affida la direzione del procedimento nelle mani della sola Commissione, senza

⁴³ Commissione Ue, *Proposal for a Regulation of the European parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (Eu) 2019/452 of the European Parliament and of The Council*, 24 gennaio 2024, COM(2024) 23 final. Il Report finale al termine delle consultazioni della prima fase di revisione del Dg-Trade è disponibile sul sito: circabc.europa.eu/ui/group/e9d50ad8-e41f-4379-839a-fdfe08f0aa96/library/2a2fca92-a3dc-47ff-b72c-fda2a3f4f7e8/details?download=true.

⁴⁴ Il testo della Proposta è stato pubblicato solamente in inglese: «To the extent that the respective scopes of application of the two regulations overlap, the grounds for screening set out in Article 1 of the Regulation should be without prejudice to the Commission's assessment pursuant to the FSR whether the financial contribution under examination constitutes a foreign subsidy and whether it distorts the internal market».

⁴⁵ Sulla possibile commistione di valutazioni strategiche anche nelle valutazioni della Commissione per il controllo sulle sovvenzioni estere ai sensi del reg. Ue n. 2560/2022, P. Figueroa, J. M. Böhme, *The Foreign Subsidies Regulation and Foreign Direct Investment: How to Reconcile?*, in *Kluwer Law Blog*, 9 gennaio 2023, disponibile a: competitionlawblog.kluwer-competitionlaw.com/2023/01/09/the-foreign-subsidies-regulation-and-foreign-direct-investment-how-to-reconcile/.

riservare alcun ruolo alle autorità deputate ai controlli antitrust dei singoli Stati membri (per l'Italia, l'AGCM). Si è già anticipato come sia probabile che per una stessa concentrazione vi sia parallelismo con i procedimenti della Commissione. Potrebbe dunque configurarsi una situazione complessa, e non chiarita dalla lettera del regolamento, in cui prescrizioni dell'autorità nazionale antitrust, in assenza di un obbligo di coordinamento, contrasti con l'analisi Commissione ai sensi reg. Ue n. 2560/2022, o il caso di esecuzione di specifici impegni (o prescrizioni) adottati ai sensi della normativa sulle sovvenzioni estere che presentino criticità concorrenziali, o abbiano comunque effetti negativi sulla concorrenza.

4. Conclusioni

In uno dei suoi innumerevoli scritti, Sabino Cassese osserva la complessità del nuovo ruolo assunto dallo Stato nell'ultimo quarantennio⁴⁶. Sottolinea un aspetto cruciale: i fenomeni di globalizzazione ed integrazione europea non indeboliscono l'idea di Stato. Né sarebbe corretto parlare di un suo ritorno, poiché non se ne è mai andato; anzi, «Globalizzazione e Stato crescono insieme»⁴⁷.

I Regolamenti qui presi in esame, raffrontati nella loro *ratio* e nel loro funzionamento, costituiscono un esempio pratico della costante presenza dello Stato, manifestata attraverso il nuovo indirizzo politico dell'UE nella gestione delle crisi economiche e geopolitiche⁴⁸. Se non di Stato in senso stretto si può discutere quando si parla di UE⁴⁹, vi si può comunque riferire,

⁴⁶ Il riferimento è a S. Cassese, *Lo Stato in discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1229 ss.

⁴⁷ S. Cassese, *op. cit.*, 1235.

⁴⁸ Cfr. A. Sandulli, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, 992, il quale, a commento del saggio di A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft (suhrkamp taschenbuch wissenschaft)*, Berlino, Suhrkamp Verlag, 2022, riconosce brillantemente come, proprio con riferimento ai Regolamenti UE nn. 2019/452 e 2022/2560, vi sia una unidirezionalità dell'accrescimento delle politiche dell'Unione nei campi finora lasciati all'azione degli Stati membri: la protezione del patrimonio industriale e del *know how* nei settori strategici, e la definizione dei confini economici rispetto alle imprese extra-UE che distorcono il mercato interno.

⁴⁹ Sulle tesi costituzionalistiche attorno alla definizione della forma di stato e di governo dell'UE, si rimanda *inter alia* a T.E. Frosini, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *federalismi.it*, 5, 2012; ma anche a B. Caravita di Toritto, *Il federalizing process europeo*, in *federalismi.it*, 17, 2014; è stato già sostenuto che l'indirizzo politico europeo trovi il suo fondamento e, spesso, la sua direzione nelle esigenze politiche e nelle dinamiche che prendono

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

in senso lato, come potere autoritativo apicale guidato da un'istituzione di governo e capace di influire fortemente nelle materie di propria competenza. E allora, sotto questa lente, si deve sostenere che le relazioni tra Stato e globalizzazione si siano rovesciate, piuttosto, in un rapporto inversamente proporzionale: la forza dell'intervento pubblico dell'Unione aumenta nel momento di più profonda crisi della globalizzazione⁵⁰.

Gli esempi illustrati in apertura del presente elaborato rappresentano due scenari distinti di discrasia decisionale, da parte delle rispettive amministrazioni precedenti, nei controlli paralleli. Nel primo caso, è chiaro come l'assenza di obbligo di notifica di operazioni potenzialmente non rientranti nella stretta applicazione del reg. UE n. 2019/452 possa determinare situazioni di incertezza per l'applicazione di misure *ex post* ai sensi del regolamento sulle sovvenzioni estere, potenzialmente confliggenti con le prescrizioni imposte dagli Stati membri a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. Il secondo caso, forse limite, potrebbe tuttavia configurarsi come reale possibilità. Come evidenziato precedentemente, lo sdoppiamento degli uffici della Commissione deputati al controllo, rispettivamente, sulle sovvenzioni e sugli investimenti stranieri ben potrebbe integrare una situazione di valutazione differente proveniente dai due uffici, che ugualmente potrebbe portare a decisioni confliggenti o difficilmente compatibili per gli operatori economici interessati, anche a fronte di una posizione della Commissione unitaria adottata al termine del procedimento. Tali aggravii (eventuali) sarebbero accompagnati da aggravii (certi) nei casi di notifica obbligatoria per tutte le normative qui richiamate.

I dubbi sull'interazione tra i due quadri normativi qui sollevati non sono secondari⁵¹. Ad oggi, non sembrano potersi risolvere tali incompatibilità nemmeno alla luce della proposta di revisione del regolamento sugli investimenti esteri, che naturalmente potrebbe subire ancora variazioni in fase di consultazione. Tale riforma del reg. UE n. 452/2019 si potrebbe prestare come occasione per un progressivo accentramento delle competenze in capo alla Commissione anche in materia di adozione di provve-

forma negli Stati membri. Così, *Dinamiche della forma di governo tra UE e stati membri*, a cura di R. Ibrido e N. Lupo, Bologna, il Mulino, 2019.

⁵⁰ Del rapporto tra le crisi economiche e lo sviluppo delle istituzioni e politiche europee ha parlato in maniera assai incisiva M. Buti, *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempi di crisi*, Milano, Bocconi University Press, 2023.

⁵¹ Esempi analoghi, seppur differenti, sono riportati in un'acuta analisi di una prima bozza del Regolamento sulle sovvenzioni estere da parte di C. Dackö, C. Brodin e A. Arlebo, *The FDI Screening Mechanisms and the Draft EU Foreign Subsidy Regulation – Potential Conflicts of Interests and in Application*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2022, 505 ss.

dimenti di controllo degli investimenti stranieri nei confronti di tutti gli Stati membri⁵². Ad esempio, alcuni osservatori hanno già segnalato come vi sarebbe spazio per rendere competente in via esclusiva la Commissione per l'adozione di provvedimenti di *screening* degli investimenti stranieri in caso di progetti di interesse dell'Unione, in armonia con l'attribuzione di competenza in materia di politica commerciale comune di cui all'art. 3, para. 1, lett. e), TFUE⁵³, superando quella natura di «ornitorinco» senza una reale efficacia oltre che per l'adozione di misure di cooperazione e armonizzazione tra Stati membri⁵⁴.

Superate le difficoltà di coordinamento tra i due strumenti normativi qui presi in analisi, si comprende come gli stessi potranno svolgere assieme un ruolo fondamentale nella tutela degli operatori economici del mercato unico, seppur guidati da principi differenti⁵⁵. Quel che ci si augura, tuttavia, è che la tutela degli interessi pubblici sottesi a entrambi i Regolamenti diventi effettiva e al meglio bilanciata con i contrapposti pilastri di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali, che ormai da decenni guidano

⁵² Tuttavia, per trasparenza, lo Staff Working Document che accompagna la Proposta parrebbe confutare la possibile insorgenza di incompatibilità tra i due Regolamenti. In particolare, è stato osservato che non sono emerse incongruenze o sovrapposizioni significative tra il reg. Ue n. 2560/2022 e il regolamento in revisione, in quanto questi perseguono obiettivi distinti. Piuttosto, la valutazione avrebbe evidenziato un certo grado di complementarità tra gli stessi regolamenti. Si è già ampiamente illustrato del perché tale lettura non convinca. Si rimanda, in ogni caso, a Commissione UE, *Commission Staff Working Document, evaluation of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union*, 24 gennaio 2024, SWD(2024) 23 final.

⁵³ Cfr. M. Schaus, *EU Trade Policy in Light of the New Industrial Strategy for Europe*, in *Intereconomics*, 2021, 147.

⁵⁴ In tal senso, la proposta introduce numerose novità che, in senso generale, vanno nella direzione di restringimento della discrezionalità degli Stati membri nell'adozione dei meccanismi di *screening* e introducono obblighi di coordinamento tra gli Stati e la Commissione più severi (si citano, ad es., il vero e proprio obbligo di istituzione di meccanismi di controllo degli investimenti esteri ai sensi dell'art. 3 della proposta; la previsione di un procedimento che, in sede di coordinamento, porti a tenere nella massima considerazione osservazioni e pareri trasmessi dalla Commissione allo Stato membro che notifici un'operazione).

⁵⁵ S. Poli e D. Gallo, *Enhancing European technological sovereignty: The Foreign Investment Screening Regulation as a means to protect critical infrastructure and critical technologies in the European Union*, in *EU External Relations and the Power of Law – Essays in honour of Marise Cremona*, a cura di K. Armstrong, J. Scott e A. Thies, in corso di pubblicazione, notano come l'UE possa vantare di possedere, grazie all'interazione di questi Regolamenti, un assetto normativo comune più efficace di qualsiasi Stato membro, che potrebbe far fronte alle difficoltà nella difesa degli asset strategici e di perdita di tecnologie critiche, a fronte di un mercato ostile guidato dalla mano pubblica cinese.

i regolamenti ue su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti

il progetto europeo⁵⁶. Da questo punto di vista, si deve continuare a lavorare affinché l'integrazione copra, anche se parzialmente, le competenze sulla difesa comune, fondamentali per consentire un approccio unitario e ponderato anche nei confronti degli investimenti esteri diretti. Il tutto, prima della prossima crisi.

Abstract

The article examines the relationship between two significant pieces of EU legislation: Eu regulation No. 2019/452 concerning foreign direct investments' screening, and Eu regulation No. 2022/2560 on foreign subsidies distorting the internal market. Through the examination of two practical cases, the potential decisional differences arising from the application of these regulations are highlighted. The paper then examines the legislative evolution that led to the adoption of the two regulations and the structural relationships that characterize them, analyzing their role in the European Union's new strategy for managing globalization and exploring the challenges of coordination between the two disciplines.

⁵⁶ Come emerso dalle considerazioni antecedenti, quindi, anche con riferimento al reg. Ue n. 2560/2022, i criteri che dovranno guidare il controllo della Commissione sugli investimenti da parte di operatori sussidiati dovranno tenere conto non solo di valutazioni economiche, ma saranno giocoforza connotati da un alto tasso di discrezionalità politica che riesca a bilanciare tutti gli interessi in gioco, volta «da un lato, a proteggere il patrimonio strategico industriale nazionale ed europeo [...]; ma dall'altro, anche a sviluppare politiche di investimento e di partnership internazionale miranti alla realizzazione di infrastrutture strategiche [...]», così A. Sandulli, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in questa *Rivista*, 2023, xii.

OPINIONI

MASSIMILIANO ATELLI

MINORANZE SOCIETARIE E SOCIETÀ AD AZIONARIATO PUBBLICO DIFFUSO FRA VECCHIE E NUOVE TENDENZE: PRIME NOTAZIONI

SOMMARIO: 1. Il socio di minoranza nelle imprese a capitale privato o prevalentemente privato. – 2. L'esperienza delle partecipate. – 3. Minoranze e management. – 4. Conclusioni.

1. Il socio di minoranza nelle imprese a capitale privato o prevalentemente privato

Nel tempo in cui sono scorgibili fenomeni di rimodulazione, nelle società a capitale privato o prevalentemente privato ad azionariato diffuso, della linea di confine fra soci di controllo e no, da un lato, e, dall'altro lato, di progressiva riduzione del tasso di pubblicizzazione delle società partecipate, il tema delle minoranze azionarie – lungi dal poter essere affrontato funditus e tantomeno esaurito attraverso le brevi considerazioni che seguono – tende a proporsi all'attenzione, lasciando intravedere interessanti sviluppi.

Nel sistema della corporate governance delle società con titoli negoziati nei mercati regolamentati, il socio di minoranza rappresenta una figura specifica. Con un suo spazio (seppur, a seconda dei casi, variabilmente) definito, fatto – in ragione del minor peso esercitabile all'interno della società in virtù della misura della quota di capitale detenuta – anche di esigenze di tutela e corrispondenti prerogative (divenute nel tempo crescenti, per vero, soprattutto nel secondo caso).

Tuttavia, per la disciplina da tempo vigente in Italia in materia di quote sono sì previsti forme e congegni di attenzione e protezione per i soci di minoranza, ma solo se essi siano (o forse sarebbe meglio dire, restino) davvero di minoranza. Non lo sono, in particolare nel secondo caso, i soci che – individualmente di minoranza, in ragione della misura della rispettiva partecipazione al capitale sociale – istituiscano forme di coordinamento fra loro che li portino a detenere il controllo della società.

La logica della tutela delle minoranze, per le società a capitale privato

o prevalentemente privato ad azionariato diffuso, tende essenzialmente a dare risposte al conflitto – che da potenziale non di rado si fa effettivo – fra contrapposte istanze di ordine dominicale (senza ovviamente trascurare la necessità di creare condizioni di contesto atte a favorire l'affluenza del risparmio diffuso, per le società con titoli quotati). A seconda dei casi, dunque, il tema ispiratore di quella tutela sta in esigenze di tipo difensivo (o se si preferisce riequilibratorie, nella tensione dialettica fra diritti di proprietà in certo qual senso antagonisti), oppure, anche, in necessità di sistema, legate al generale funzionamento del mercato dei capitali.

2. L'esperienza delle partecipate

Diverso è il caso del socio di minoranza, se ente pubblico, nella vasta esperienza delle società partecipate.

È da dire, al riguardo, che la dorsale istituzionale di base del nostro Paese (circa 8000 comuni) e l'essenzialità, in particolare, dei servizi a rete (gas, acqua, etc.), tendono a orientare con la forza delle cose quella esperienza in prevalenza verso la diffusione di modelli nei quali la presenza di soci pubblici di minoranza è, su larga scala, significativa. Ci si riferisce, in specie, alle società a capitale pubblico totalitario o comunque prevalente con una moltitudine di soci pubblici.

In tali casi, la locuzione “socio di minoranza” appare a ben vedere riconsiderabile, in quanto tendenzialmente insufficiente. Ciò perché, in queste situazioni, la relazione tra maggioranza e minoranza è in ogni caso destinata a svolgersi (restandone condizionata, per molti aspetti) nell'ambito di un'ambientazione segnata da omogeneità di fondo, vale a dire la comune appartenenza alla categoria e alla dimensione dell'ente pubblico (più spesso, si tratta ovviamente di comuni, ciascuno dei quali rappresenta l'ente primario su cui si fonda il sistema delle autonomie locali). Conseguentemente, il carattere minoritario della partecipazione detenuta dal singolo ente pubblico nell'ambito di una società a capitale pubblico totalitario o anche solo prevalente, assume tratti e valenza ben diversi da quelli che a questo attributo sono associabili, invece, nell'ambito delle società a capitale privato o prevalentemente privato.

Sul possibile antagonismo fra giustapposti diritti di proprietà sulle rispettive quote di partecipazione (che distingue e caratterizza il diritto societario comune e, a fortiori, quello delle quotate), nelle società a capitale pubblico totalitario o comunque prevalente con una moltitudine di soci pubblici si impone e prevale, infatti, il piano dell'interesse generale di cui

minoranze societarie e società ad azionariato pubblico diffuso

ciascuno di essi è portatore e che anzi lo legittima all'acquisizione e alla detenzione della partecipazione (una detenzione, va puntualizzato, che, anche nella qualità di socio di minoranza, non può che essere attiva, in nome della stretta indispensabilità richiesta dalla legge).

Gli effetti possono essere, in alcune situazioni, particolarmente evidenti: così, laddove uno dei due soci pubblici alieni la propria partecipazione ad un privato, consentendogli di acquisire in tal modo il controllo della società con l'effetto di deprimere, per riflesso, il valore della quota del socio pubblico residuo, oppure quando sia previsto che un ente locale, nonostante la partecipazione pulviscolare nell'ambito di uno schema di controllo analogo congiunto, resti dominus esclusivo – limitatamente al proprio territorio di riferimento – nelle decisioni riguardanti lo specifico servizio pubblico da esso affidato in via diretta a detta società. Nel primo caso, ci si potrebbe domandare se sia configurabile, a carico del socio pubblico alienante, un dovere – di stampo pubblicistico (nella cornice di una leale collaborazione intesa in senso ampio, se non amplissimo) – di offrire all'altro socio pubblico, per primo, la possibilità di acquisire la partecipazione (specie ove si tenga conto della moderna impostazione di finanza pubblica allargata); nel secondo, è dato ormai sostantivato che, pur a fronte di una partecipazione pulviscolare, possano arrivare perfino a rovesciarsi i rapporti fra maggioranza e minoranza, nell'ambito territoriale specifico (e per vero, secondo una giurisprudenza che tende a consolidarsi, anche alterarsi, quanto meno, con riguardo al diverso piano delle decisioni, di ordine generale, che investano la società volta per volta interessata).

In quanto pubblico, il socio che sia (per la misura della quota di capitale detenuta) di minoranza – con specifico riguardo alle società a capitale pubblico totalitario, o comunque prevalente, diviso fra una moltitudine di soci pubblici – vede strutturalmente “rivalutata” la sua posizione dalla necessità, che permea anzitutto il TUSP, della partecipazione societaria come mezzo, anziché come fine. Poiché essa è per gli enti pubblici (invariabilmente) mezzo, perfino da una partecipazione pulviscolare possono allora per essi derivare prerogative esclusive, nell'ambito di dati contesti.

In questo, è da dire che – se nel diritto della società quotate la tensione verso il modello della public company basato su una logica di proprietà diffusa fra una moltitudine di piccoli o piccolissimi azionisti, non collegati fra loro, ha spinto negli anni verso un assetto di sempre maggiore tutela delle minoranze azionarie – riportando il discorso sul piano delle categorie più generali, nessun socio di minoranza potrebbe, per così dire, risultare “meno di minoranza” del socio pubblico detentore di una partecipazione financo pulviscolare nell'ambito di società a capitale pubblico totalitario, o comunque prevalente, diviso fra una miriade di soci pubblici.

3. Minoranze e management

Mentre ormai da tempo è entrata nel vivo la discussione su riforme importanti del sistema di governance delle società che fanno appello al risparmio diffuso – nell’ambito delle quali tende ad assumere centralità il tema della rimodulazione del potere attribuito al Cda uscente di presentare una propria lista in vista del rinnovo dell’organo di amministrazione (recante con sé quello che da più parti viene indicato come rischio di autoproprietà degli amministratori, anche a dispetto di una possibile eventuale volontà contraria dei maggiori soci) – la giurisprudenza della Corte di Cassazione è andata nel corso del tempo sposando, con riferimento alle società partecipate in genere, una posizione ben precisa.

Se infatti da lungo tempo è stato fissato il principio per cui, nel caso di società in house, i relativi amministratori sono sostanzialmente privi di autonomia decisionale (non potendosi neppure motivatamente discostare dalle indicazioni che gli vengano impartite dai soci che abbiano operato l’affidamento diretto di servizi pubblici), con inequivoche seppur discusse decisioni, più recenti, il giudice regolatore della giurisdizione ha affermato che il mandato degli amministratori nominati dagli enti locali – non soltanto nel caso di società in house – è sempre revocabile ad nutum, trattandosi di una investitura che si inquadra nella cornice di una relazione di tipo eminentemente fiduciario.

Sebbene oggetto attualmente di discussione, il congegno della lista del Cda uscente che sottende esso pure una logica di antidoto, nelle società che fanno appello al risparmio diffuso, all’eventuale strapotere dei soci di controllo, appare tuttavia contraddistinto da una maggiore nitidezza di contorni e di strutturazione, rispetto ad un impianto – quale è quello valevole per le società partecipate da una moltitudine di soci pubblici – che tende a risultare, oggi, contraddittoriamente incompleto. Se, infatti, in linea astratta la soluzione della revoca ad nutum ammessa dalla Cassazione per le società partecipate in genere può rappresentare un dispositivo di massima garanzia per tutti i soci pubblici, anche se titolari di una partecipazione pulviscolare nelle società ad azionariato pubblico diffuso, è però di contro evidente che laddove – come di frequente accade, in tali fattispecie – uno stesso amministratore debba necessariamente rappresentare più soci pubblici che hanno affidato in via diretta il servizio, la soluzione della revoca del mandato tende sul piano concreto a divenire (comunque la si pensi riguardo alla sua accettabilità sistemica) una non soluzione.

4. Conclusioni

Nella forte ed evidente diversità delle due situazioni, potrebbe essere utile allargare la riflessione e il dibattito, in corso, sulla tutela delle minoranze nell'ambito delle società dall'azionariato diffuso (in genere) anche alle situazioni specifiche in cui i soci di minoranza in simili contesti abbiano natura pubblica. E' probabilmente venuto il tempo di definire uno statuto più preciso e strutturato per le minoranze azionarie nelle società con una miriade di soci pubblici. Non per trarne conclusioni improprie o per meticcicare sfere esperienziali che sono e devono restare distinte, ma semplicemente per elaborare una cornice culturale di sfondo per evoluzioni e cambiamenti che – su un tema come quello dello statuto delle minoranze (in senso ampio), sempre più d'attualità nella coscienza e nella rappresentazione collettiva – la forza delle cose probabilmente spingerà sul piano temporale in parallelo.

Resta infatti ovviamente fermo che le insuperabili diversità di logica (fine, per l'una, e mezzo, per l'altra) con cui la disciplina del mercato dei capitali e quella, rispettivamente, delle partecipate pubbliche guardano all'assunzione di una quota di capitale, nei due ambiti (da parte, cioè, di soggetti privati e di soggetti pubblici), dovranno sempre orientare lo sbocco di questa riflessione, per gli aspetti di disciplina puntuale, verso sedi regolatorie differenti.

Abstract

We can see regulatory trends that reveal the opportunity for a reflection on the role of minority shareholders, including public ones, within companies with widespread ownership.

RECENSIONI

P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, ESI, 2023.

La corposa monografia di Paolo Duret costituisce un approfondito e significativo studio su questioni che hanno catturato l'attenzione dell'autore nel secolo in corso, come dimostrato da altre sue pubblicazioni minori dello stesso arco temporale. Si deve d'altronde proprio a lui uno dei primi più importanti lavori sul principio di sussidiarietà orizzontale all'indomani della modifica dell'art. 118 Cost., con il volume *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004. Di questo lavoro riprende l'attenzione costante al principio di sussidiarietà orizzontale e la convinzione, di origine benvenutiana, che il termine "amministrazione" abbia una connotazione pienamente oggettivata, tale da rendere il fenomeno non più esclusivo dei pubblici poteri ma condiviso con i privati. All'interno di questo approccio culturale che l'autore ribadisce, la monografia del 2023 si caratterizza per uno studio ampliato negli oggetti e innovativo, che indubbiamente contribuisce al progresso dello stato delle conoscenze.

Una chiave di lettura rilevante per comprendere il libro è giocata sull'ambivalenza della formula latina che campeggia nel titolo: *status activae civitatis*. Infatti, l'espressione può essere declinata tanto al singolo che, attraverso il contributo alla funzione amministrativa, afferma la sua cittadinanza attiva, quanto alla dimensione comunitaria attraverso cui assume rilievo giuridico sempre più evidente una nuova dimensione giuridica soggettiva, alternativa tanto all'individuo o alla singolarità associativa quanto alle autorità pubbliche. L'apporto maggiore che il libro dà in termini di innovazione è proprio la valorizzazione del principio di sussidiarietà come fattore di emancipazione delle comunità. Quest'ultima è un'espressione che suscita sempre molte perplessità tra i sociologi e, d'altronde, risulta incerta anche tra i giuristi, ma a cui l'autore, invece, attribuisce proprietà giuridiche di grande interesse, capaci di assolvere una funzione preziosa nelle società contemporanee, anche se non gli sfuggono i possibili limiti. Ricorda l'autore che oramai è un dato di fatto misurarsi con soggettività comunitarie, peraltro incluse in un ampio repertorio: «comunità contrattuali», «comunità patrimoniali», «comunità di prossimità», «*smart communities*», «comunità di interessi», «comunità di progetto o scopo», «comunità di eredità», «comunità del cibo»,

«comunità di bosco», «comunità energetiche», «*green communities*». Al centro del libro sono tutti quei fenomeni che coinvolgono le comunità nella cura e rigenerazione dei beni.

Di qui anche la proposta dell'autore di replicare per la sussidiarietà la nota scala di Arnstein a proposito della partecipazione: l'utilizzo di un gradiente che sappia misurare l'effettiva capacità emancipativa della sussidiarietà posta a confronto con le esperienze che si verificano nella realtà e che il libro analizza.

La struttura del libro si suddivide in tre parti, ciascuna ripartita su diversi capitoli, poste in mezzo a considerazioni introduttive e conclusive. La prima parte è senza dubbio tra le più interessanti perché offre un ventaglio molto esteso di esperienze straniere, colte da vari ordinamenti giuridici. Si procede dalle figure più emblematiche rappresentative di alcune tipologie comunitarie tra quelle citate prima alle forme di cittadinanza attiva esercitate per investimento o finanza, dalla cittadinanza attiva nelle questioni ambientali alle forme di reale *community empowerment* riprese dall'ordinamento britannico. Sebbene rappresentino un catalogo molto variegato, l'esito tratto è quella di una ricchezza e un fermento di esperienze che trovano presenza in vari ordinamenti, anche molto diversi tra loro, sulla base di atti giuridici che solo talvolta sono anche legislativi.

La seconda e la terza parte volgono lo sguardo alla realtà italiana, esaminando ancora un'ampia gamma di esperienze che l'autore riconduce alla *community empowerment*. Nella seconda parte sono esaminate pratiche che utilizzano soprattutto l'autonomia privata per sviluppare forme comunitarie di attività dalla natura solidale. Qui si ricomprendono le comunità contrattuali, le imprese di comunità e le cooperative di comunità, le *start-up* innovative a vocazione sociale e le società *benefit*, le fondazioni di comunità, i *Community Land Trusts* e le fondazioni di scopo, vicinato o comprensorio. Rappresentano, secondo l'autore, la declinazione «privatistica» del principio di sussidiarietà orizzontale. Nella terza parte, invece, l'attenzione si concentra sulle soluzioni operative o istituzionali attraverso cui la *community empowerment* trova forma. Qui è riservato un ampio spazio ai regolamenti per la cura e condivisione dei beni comuni urbani, includendo nell'analisi anche modelli apparentemente contigui come quello del partenariato sociale, e poi si dedica spazio al *community empowerment* esercitato nella pianificazione strategica, nell'edilizia residenziale sociale, nella finanza ad impatto sociale e in materia ambientale. In questo caso l'azione del principio di sussidiarietà orizzontale è vista più dalla prospettiva pubblicistica e quindi, oltre alle comunità, è esaminato il modo in cui queste si rapportano con le autorità pubbliche.

Nell'insieme viene rappresentata una congerie di soluzioni che, per

L'intervento di cassa depositi e prestiti nel mercato

quanto riguarda l'Italia, ha l'esclusivo privilegio di poter vantare una legittimazione derivante dal principio di sussidiarietà orizzontale. L'autore attribuisce a questo particolare valore il maggior merito della sussidiarietà. Infatti, mette in evidenza che si tratta di fenomeni giuridici che nascono prima dall'esperienza e poi assumono rilievo giuridico, talvolta anche con un supporto normativo corposo, ma solo in Italia possono guadagnare spazio in applicazione di un principio costituzionale. In questo processo, naturalmente, si assiste sempre a una costante oscillazione, che può diventare anche tensione, tra la necessaria permanenza di un grado di spontaneismo e quella che l'autore chiama l'"ossificazione procedurale", che sempre subentra nel momento in cui il fenomeno esperienziale viene sussunto in una cornice normativa.

Un punto che l'autore considera essenziale per la valutazione di queste esperienze è verificare il grado di "apertura" per la collettività. Non è dubbio, infatti, che la valorizzazione di alcune comunità può assumere significati diversi se essa è utilizzata per beneficiare forme di *enclosures* o invece è spesa restando inclusiva di interessi che vanno oltre quelli di chi si è attivato. In questo senso è possibile notare che le esperienze esaminate risolvono il problema agendo su elementi vari: la *governance*, estesa anche a soggetti terzi, il monitoraggio terzo e indipendente delle iniziative comunitarie, l'inclusione nei progetti comunitari anche di chi inizialmente non era compreso, la costruzione dei processi decisionali non riservati solo agli *stakeholder*, le verifiche di rispondenza all'interesse generale. Intorno a questi meccanismi e al loro reale buon funzionamento passa la distinzione tra valorizzazione delle comunità per gli interessi generali ed esperienze che si limitano semplicemente a curare meglio interessi omogenei di parti della società.

Un altro profilo di grande interesse è quello relativo alle ricadute organizzative che l'attivazione delle comunità produce. Da questo punto di vista, l'autore attinge le implicazioni quasi esclusivamente dall'attuazione dei regolamenti dei beni comuni urbani diffusi in Italia a partire dal 2014. Ciò che emerge è il ridisegno di un modo di governare che proietta gli uffici pubblici a svolgere prevalentemente attività di coordinamento di una funzione oggettivata, che, come tale, è esercitata insieme a una pluralità di altri soggetti. Emerge, cioè, un'amministrazione che si apre all'esterno, dialoga, si confronta, recepisce, suggerisce e modifica progetti che realizzano le iniziative comunitarie. In questa riscrittura del modo di operare e regolare si individuano, peraltro, nuovi profili professionali, talvolta collocati all'interno delle amministrazioni, talvolta invece generati tra gli attivatori sociali ma con responsabilità di raccordo con le pubbliche autorità. Sono indizi di modifiche organizzative e di costruzione di profili professionali nuovi, come quello del *community manager*, che risultano necessarie per il governo comunitario degli interessi generali.

Il libro, muovendo da una prospettiva ampia di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, si iscrive in quei contributi scientifici che si occupano da qualche anno di attestare forme nuove di governo e autogoverno dei territori locali. L'autore, fedele anche ai suoi precedenti scritti, utilizza il termine di co-amministrazione per rappresentare tale complesso fenomeno, perché gli consente con formula lessicale efficace di rappresentare l'esercizio di una funzione amministrativa oggettivata. Tuttavia, è interessante notare che il codice dei contratti pubblici, nel descrivere i modelli di amministrazione fondati sul principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale sottratti all'applicazione del codice stesso, all'art. 6 menziona il modello dell'amministrazione condivisa, riconducibile al concetto elaborato nel 1997 da Gregorio Arena. La circostanza è ancora più significativa se si osserva che la prima bozza rilasciata dalla Commissione di studio che ha lavorato alla stesura del codice aveva citato in un primo momento il modello di co-amministrazione. Questo slittamento semantico appare, da un lato, dovuto, dal momento che il contenuto dell'art. 6 è chiaramente ispirato dalla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, in cui l'espressione utilizzata è proprio quella dell'amministrazione condivisa, e, dall'altro, particolarmente capace di rilevare la differenza tra co-amministrazione e amministrazione condivisa. Ancorché le due nozioni attingano la loro connotazione dal principio di sussidiarietà orizzontale, la co-amministrazione – a differenza dell'amministrazione condivisa – ricomprende anche la declinazione negativa della sussidiarietà orizzontale, quella che implica l'autoamministrazione. Il concetto di co-amministrazione è dunque più ampio di quello di amministrazione condivisa, perché dà spazio a quelle forme di autogestione degli interessi generali da parte di soggetti comunitari che non necessariamente ricevono sostegno attivo dalle pubbliche amministrazioni. Con una sensibilità rara e non frequente nei confronti del dibattito scientifico, il legislatore del 2023 ha ristretto l'ambito delle relazioni cui riferirsi, dal momento che nei contratti pubblici ciò che conta, invece, è regolare il rapporto attivo tra autorità pubbliche e soggetti privati.

Nella scala della sussidiarietà suggerito dall'autore, dunque, l'amministrazione condivisa pare assumere un valore alto, testimoniato anche dal fatto che il giudice costituzionale, nella sentenza n. 52 del 2021, ha precisato che il «favorire» della sussidiarietà orizzontale non si risolve in un'astensione dall'intervento sull'iniziativa di privata, ma attraverso l'adozione di misure di promozione attiva. Tuttavia, l'amministrazione condivisa non assorbe tutte le forme di co-amministrazione e, per questo, nel gradiente della sussidiarietà il libro dà spazio anche a ulteriori esperienze di valorizzazione comunitaria.

Fabio Giglioni

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MASSIMILIANO ATELLI è Magistrato della Corte dei conti, Presidente della Commissione VIA e Capo di gabinetto del Ministero per lo Sport e i giovani

MARCO BEVILACQUA è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Luiss Guido Carli

FABIO CUSANO è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

FRANCESCA DALLA BALLA è Assegnista di ricerca in Diritto pubblico e Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento

AMBROGIO DE SIANO è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli

ALESSIA DEPETRI è Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Parma

TOMMASO DI PROSPERO è Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università di Roma "La Sapienza"

GIANFRANCESCO FIDONE è Ricercatore a tempo determinato di tipo "B" in Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

FABIO GIGLIONI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

MARCO MACCHIA è Professore associato in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE MORBIDELLI è Professore emerito presso l'Università di Roma "La Sapienza"

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2023

Editoriali

MARCO DUGATO, *I golden powers tra espansione ed atipicità*

n. 1, V-IX

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*

n. 3, V-XV

ALDO SANDULLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*

n. 2, V-XIII

Saggi

MARCO BEVILACQUA, *L'esercizio dei poteri pubblici per lo sviluppo delle infrastrutture di comunicazione elettronica*

n. 3, pp. 625-667

Lo scopo dell'articolo è di analizzare l'evoluzione dei modelli di mercato che hanno trovato applicazione nel settore delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche. L'utilità strategica della banda (ultra)larga come strumento per ridurre le distanze fisiche tra aree remote è evidente. Tuttavia, dall'introduzione del modello di *laissez-faire* nel sistema giuridico dell'Unione europea possono riscontrarsi i diversi rischi che insorgono a causa dell'inefficiente auto-determinazione del libero mercato. Tali disfunzioni si registrano specialmente in conseguenza all'abbandono delle zone rurali poiché ritenute non economicamente redditizie. In costanza delle recenti posizioni espresse dalla Commissione europea e di conseguenza dal legislatore italiano, la ricerca condotta si occuperà

di esaminare la potenziale transizione nella configurazione dei servizi di comunicazione elettronica. Più precisamente, può l'agente pubblico limitarsi a un ruolo di regolatore – o di controllore – del mercato, ovvero può ritenersi ammissibile una maggior incisività dell'esercizio dei poteri pubblici nell'economia?

DANIELE D'ALESSANDRO, *Intese, differenziazione (paritaria per dissociazione?) e bilanciamento dei diritti*

n. 1, pp. 83-114

Il lavoro analizza il disegno di legge governativo di attuazione della previsione ex art. 116, c. 3, Cost. relativa all'implementazione dell'autonomia differenziata, riflettendo sulle opportunità offerte e soffermandosi su due questioni, gli ipotizzabili limiti costituzionali all'attribuzione di funzioni legislative e la tecnica legislativa utilizzata. L'intento è di esplorare la possibile evoluzione del regionalismo italiano in termini di regionalismo per dissociazione, proponendo anche questioni che potrebbero essere considerate nel futuro dibattito parlamentare.

In ordine alla classificazione delle intese, viene evidenziata la necessità di collocare il tema dell'eventuale bilateralità piena e paritaria della negoziazione all'interno del più ampio quadro della comune legittimazione costituzionale delle parti. È poi affrontata la questione delle modifiche delle intese in relazione alle possibili sovrapposizioni di competenze ed all'allocazione delle attribuzioni in materia di bilanciamento di diritti fondamentali, proponendo criteri di soluzione delle tensioni basate non solo sulla giustificazione del potere, ma anche sulla funzione cui esso è finalizzato nel quadro costituzionale.

FRANCESCO DALLA BALLA, *Fare Stato ad ogni effetto: l'intervento di Cassa Depositi e Prestiti nel mercato*

n. 3, pp. 695-730

Il contributo indaga il rinnovato interesse verso l'azionariato statale, esplorando le ragioni sottese al complessivo irrobustimento delle holding pubbliche a livello europeo. Nell'ordinamento nazionale, particolare centralità riveste il ruolo assunto da Cassa depositi e prestiti, che detiene oggi ampi poteri d'intervento nel mercato, esercitati nell'ambito di un rapporto dialogico e prismatico con il Governo. Alcune operazioni finalizzate, ad esempio, attraverso il veicolo Cdp Equity S.p.A. e il Patrimonio Rilancio evidenziano l'interesse e l'influenza del socio rispetto alle decisioni amministrative della società, che concorrono al perseguimento di obiettivi di politica economica.

AMBROGIO DE SIANO, *Investimenti pubblici nella ricerca scientifica. Considerazioni brevi sui Dottorati al tempo del PNRR*

n. 3, pp. 669-693

Il tentativo di impiegare la eccezionale mole di risorse derivanti dal *Next generation Eu* in modo da generare una diffusa crescita socio-economica non poteva che coinvolgere l'Università e la ricerca.

Con l'intento di rafforzare il rapporto tra scienza e impresa, ingenti investimenti sono stati destinati anche al Dottorato, in cui si praticano la libera ricerca e la libera formazione in funzione del progresso culturale, sociale ed economico.

Proprio la corposa concentrazione di risorse sul Dottorato è oggetto d'analisi del saggio, il quale muove dalla seguente ipotesi di ricerca: i finanziamenti concernenti il percorso dottorale non sono adeguatamente foggiate per consentire lo sviluppo che con il PNRR ci si propone di raggiungere.

Nel provare a dimostrarla, il saggio, dopo un cenno al reticolo normativo di rango costituzionale dedicato all'autonomia della scienza, si concentrerà, appunto, sulla consistenza dei finanziamenti in parola, al fine ultimo di apprezzarne (anche alla luce dei dati derivanti da recenti rilevazioni dell'Anvur e della Corte dei conti) ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi cui sono dichiaratamente vocati.

ALESSIA DEPETRI, *Il Green Public Procurement tra riforme, mercato ed effettività*

n. 3, pp. 787-825

Il presente contributo si focalizza sull'istituto degli appalti verdi, accordando agli stessi un ruolo fondamentale nel processo di integrazione tra ambiente e mercato nonché una funzione strategica per la concretizzazione delle nuove logiche di *blue economy*. Muovendo dall'evoluzione internazionale, europea e nazionale dell'istituto, si porta l'attenzione sulla scelta del Legislatore italiano di accordare al *Green Public Procurement* una portata vincolante, attraverso la declinazione dei CAM. L'impostazione viene confermata – seppur con alcune differenze che si analizzeranno – anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici, nell'intento di superare le criticità applicative registrate in fase di monitoraggio.

GIANFRANCESCO FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici: il c.d. innovation procurement*

n. 2, pp. 293-322

I contratti per l'innovazione (c.d. *innovation procurement*) possono assumere forme e modelli molteplici, che il presente studio si propone di analizzare, sia con riferimento alle procedure di aggiudicazione che ai tipi contrattuali. Tra i molti strumenti disponibili, valutati l'innovatività del bene o servizio ricercato

e le sue caratteristiche concrete, potrà essere individuato il modello più opportuno per conseguire l'innovazione. L'obiettivo dell'Amministrazione che si propone di innovare, in linea con quanto previsto dall'art. 1 del Codice è quello del risultato innovativo, che può assumere forme e contenuti variegati, e che deve essere inteso come migliore modo di spendere il denaro pubblico destinato a tale fine. Sulla base del principio della fiducia di cui all'art. 2, alle amministrazioni che vogliono fare innovazione sono concessi strumenti flessibili, fondati sulle negoziazioni, che si fondano su un ampio esercizio del potere. E' essenziale che esse siano capaci di gestire questi strumenti flessibili che consentono il miglioramento del loro bagaglio informativo attraverso il confronto con i privati. La concorrenza deve considerarsi funzionale al risultato, ai sensi dell'art. 1 comma 2 del Codice.

Tutto questo presuppone un'amministrazione non solo onesta ma anche capace di raggiungere i risultati. Nel caso dei contratti complessi e in quello ancora più specifico dei contratti per l'innovazione, che sono contratti molto complessi, la capacità richiesta deve essere assai più elevata di quella richiesta ad una amministrazione generalista.

FABIO GIGLIONI, *La proprietà al cospetto della modifica costituzionale dell'art. 9*

n. 3, pp. 597-623

La tutela dell'ambiente non è solo un valore di natura globale, potendosi oggi considerare un valore globale costituzionale, stante la sua previsione nella maggior parte delle Carte fondamentali dei Paesi. Non fa eccezione l'Italia, che nel 2022 ha espressamente introdotto tale tutela all'interno dell'art. 9 della Costituzione con le l. cost. n. 1/2022. Questa innovazione genera significative implicazioni sul piano giuridico, in particolare con riguardo al diritto di proprietà ed ai suoi condizionamenti dovuti al "valore ambiente", che sono oggetto di attenzione nel lavoro.

ANGELO LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*

n. 2, pp. 243-280

Il contributo esamina l'istituto dell'*in house* a seguito di due recenti interventi legislativi, evidenziando come nei due contesti normativi la disciplina dell'*in house* appaia parzialmente diversa. L'elaborato ricostruisce l'*in house* nel diritto europeo, illustrando la più recente evoluzione della disciplina e della giurisprudenza nazionali e soffermandosi successivamente sulle regole contenute nella normativa sui servizi pubblici locali e nel codice dei contratti pubblici del 2023. In conclusione, riflette sulle diverse declinazioni del principio di concorrenza e sui limiti relativi alla discrezionalità dell'amministrazione ed al conseguente sindacato del giudice.

MARCO MACCHIA, *Digitalizzazione dei contratti pubblici e legge della fiducia*

n. 3, pp. 827-857

La digitalizzazione può essere la cassetta degli attrezzi con cui si ottiene velocemente l'acquisto pubblico sbloccando l'«eterno cantiere» dei contratti. Senza ridurre le garanzie, né spogliando l'evidenza pubblica delle tutele procedurali, gli strumenti informatici consentono di rafforzare la pubblica funzione di attestazione, incrementare la trasparenza e migliorare la fiducia nell'amministrazione. In questa chiave, la tecnica può ottimizzare la fiducia nell'agire pubblico, incrementa gli strumenti di controllo con l'interoperabilità delle banche dati e contrasta i fenomeni di burocrazia difensiva. Nondimeno, per valersi di ciò, la digitalizzazione richiede coordinamento e affidabilità, leale collaborazione e mutuo riconoscimento. Ovvero, in altre parole, per digitalizzare serve una legge della fiducia, una regola di collaborazione e condivisione delle attività nello spazio pubblico affinché convergano verso un risultato comune.

SALVATORE MILAZZO, *Il dimensionamento della rete scolastica nelle riforme PNRR*

n. 1, pp. 1-51

La pianificazione della rete scolastica è un tema ricorrente nella legislazione statale e nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni. Un approccio conflittuale tra Stato e Regioni che sembra continuare, anche dopo l'approvazione della l. n. 147/2022, attuativa di una delle riforme del PNRR italiano. Il saggio fornisce un *excursus* normativo e storico della questione, cercando di individuare una lettura costituzionalmente orientata delle nuove disposizioni, messe alla prova degli obblighi e dei vincoli discendenti dal PNRR.

GABRIELE TORELLI, *Regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali*

n. 2, pp. 281-301

Lo studio esamina le principali disposizioni del d.lgs. n. 201/2022 («Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica») a tutela dell'utenza, muovendo dalle norme sulla separazione tra regolazione e gestione, che hanno l'obiettivo di evitare monopoli e favorire la concorrenza, giungendo sino alle norme in tema di contratto di servizio e carte di servizi. Il giudizio sul d.lgs. n. 201/2022 è nel complesso positivo, anche se permangono dei problemi difficilmente risolvibili, quali ad esempio la necessità di favorire gli autonomi guadagni del gestore del servizio tramite il pagamento delle tariffe da parte degli utenti e, allo stesso tempo, diminuire il più possibile le sovvenzioni pubbliche.

SIMONE TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*

n. 2, pp. 303-317

Il contributo intende fornire una analitica disamina del contratto di servizio, così come disciplinato, in termini più completi e articolati rispetto al passato, dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Più in particolare, il contributo si sofferma sulla funzione del contratto di servizio, evidenziando come essa muti in ragione del diverso contesto nel quale il contratto si inserisce (affidamento *in house* o esternalizzazione). Lo scritto analizza poi alcuni dei profili giuridici più rilevanti, tra cui il contenuto necessario del contratto di servizio, la sua natura giuridica (tra dimensione pubblicistica e privatistica) e la disciplina dei suoi vizi. Ciò che in definitiva si trae dallo studio qui condotto è che così come l'art. 24, d.lgs. n. 201/2022, è una norma in cui confluiscono tutte le altre disposizioni della disciplina di "riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", al pari il contratto di servizio si presenta oggi come l'elemento unificatore e di coordinamento dell'intero d.lgs. n. 201/2022.

CLAUDIA TUBERTINI, *Il servizio pubblico sanitario: la differenziazione possibile, praticata, rivendicata*

n. 1, pp. 115-135

Il saggio esamina il grado di differenziazione giuridica e attuale tra i sistemi sanitari regionali in Italia ed esprime alcune riflessioni sulle prospettive aperte dal riavvio del percorso di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., dato dalla recente proposta di legge governativa. Le condizioni e i limiti per l'applicazione di questa procedura in ambito sanitario vengono esaminati in un'ottica unitaria, cercando di affrontare le richieste di maggiore autonomia regionale a favore dell'intero sistema nazionale.

CATERINA VENTIMIGLIA, *Sistemi universitari, diritto all'istruzione superiore e soggetti vulnerabili: tra influenze sovranazionali e politiche del PNRR*

n. 1, pp. 53-82

Il contributo approfondisce le dinamiche evolutive del diritto allo studio nel contesto del sistema universitario e della formazione superiore, in relazione all'ampia categoria delle vulnerabilità, per offrire una peculiare prospettiva dalla quale indagare i processi innovativi promossi dal PNRR, e misurarne lo slancio attuativo in termini di garanzie e strumenti a sostegno dei soggetti ed i territori portatori di condizioni di svantaggio e di fragilità. I profili d'analisi consentono di evidenziare, nell'ordinamento interno, l'avvio di un'inedita fase di riconoscimento e tutela della dimensione sociale dell'istruzione superiore, che coglie

le tendenze ed i risultati d'avanzamento consolidati nella dimensione sovranazionale, consolidando la prospettiva valoriale che l'istruzione non sia soltanto una politica pubblica, bensì un campo caratterizzato da irriducibili garanzie e leva basilare anche di obiettivi sociali ed economici poiché, al fondo, concepita come preminente e proiezione di una irriducibile doverosità pubblica, essendo essenziale per lo sviluppo dell'individuo e della comunità.

Articoli

ENRICO CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. Riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*

n. 2, pp. 319-348

Nel lavoro si riflette sulla disciplina italiana del *whistleblowing* alla luce della recente riforma introdotta dal d.lgs. n. 24/2023, che recepisce la dir. 1937/2019/Ue. La nuova normativa, che segna il rafforzamento dello strumento giuridico (che raggiunge una disciplina organica e assume un ambito di applicazione sempre più ampio), ne modifica tuttavia le caratteristiche fondamentali. La riforma intende questo meccanismo come manifestazione della libertà di espressione dell'individuo, lo riconosce sia in ambito pubblico che privato, lo pone a tutela del rispetto della normativa europea. Questi cambiamenti si trovano nel sistema anticorruzione costruito in Italia a partire dalla l. n. 190/2012, di cui finora la tutela del *whistleblower* era stata una componente qualificante. Lo studio della nuova disciplina diventa quindi un'occasione per riflettere su alcune trasformazioni che stanno interessando il sistema di prevenzione della corruzione in Italia.

FABIO CUSANO, *Il principio do not significant harm (DNSH) e il fischio del merlo*

n. 3, pp. 859-873

Il presente scritto, esaminata la natura del principio DNSH e della valutazione di conformità al principio DNSH, analizza due recenti pronunce sull'applicazione del citato principio. Inoltre, confrontati la valutazione DNSH con le altre autorizzazioni ambientali e il principio DNSH con gli altri principi informatori del diritto ambientale, l'autore ha rilevato taluni elementi critici sottesi all'adeguamento dei progetti del PNRR al principio DNSH.

CHIARA D'ALESSANDRO, *A proposito dei diritti culturali: studio comparato di una categoria complessa*

n. 1, pp. 137-158

Obiettivo del contributo è analizzare i contorni della complessa categoria dei diritti culturali. L'analisi prende le mosse dalla ricostruzione dello sviluppo

del tema in sede internazionale, nel cui contesto convenzionale è progressivamente maturata una maggiore consapevolezza della categoria. Parallelamente, viene svolta un'analisi giuridico-comparativa per verificare se e in che modo il tema sia stato accolto nei testi costituzionali, europei e non solo.

TOMMASO DI PROSPERO, *I regolamenti UE su sovvenzioni estere e investimenti esteri diretti tra complementarità e dissonanze applicative*

n. 3, pp. 875-897

L'articolo analizza i rapporti tra due importanti quadri normativi dell'Unione europea: il Regolamento 2019/452, relativo al controllo degli investimenti esteri diretti, e il Regolamento 2022/2560, concernente le sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. Attraverso l'esame di due casi pratici, vengono evidenziate le potenziali discrepanze decisionali che potrebbero emergere dall'applicazione di tali normative. Successivamente, l'elaborato esamina l'evoluzione legislativa che ha portato all'adozione dei due Regolamenti e approfondisce i rapporti strutturali che li caratterizzano, rivelando la distanza tra i rispettivi centri di controllo, e le sfide nel coordinamento tra le due discipline.

FIorenzo LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Indagine sul sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*

n. 2, pp. 349-386

Il contributo esamina la tematica della discrezionalità tecnica nel diritto amministrativo soffermandosi, in particolare, sul sindacato di legittimità. Nel saggio si riflette sul potere riservato di valutazione e ci si sofferma sul sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni delle autorità indipendenti e sulla sua influenza nel dibattito relativo alla discrezionalità tecnica.

Viene poi approfondita la rimodulazione del modello di tutela alla luce del principio di effettività e vengono delineate alcune prospettive di impiego del sindacato di maggiore attendibilità.

FRANCESCO LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*

n. 2, pp. 387-414

La nota incompatibilità tra la normativa italiana sul rinnovo delle concessioni pubbliche e l'articolo 12 della direttiva Bolkestein consiglia di esaminare l'applicazione del principio del primato dell'Unione europea e della dottrina del diritto diretto. A questo proposito, il presente studio cercherà di evidenziare che i rimedi previsti dal diritto dell'UE in caso di conflitto normativo tra le direttive e il diritto interno dipendono dalla natura della controversia, dalle parti

coinvolte e, di conseguenza, dai limiti di applicabilità degli effetti diretti. Il punto cruciale sembra risiedere nella qualificazione giuridica del pregiudizio subito dall'ex concessionario.

SILVIA MIRATE, *Il sistema di autorizzazione per gli impianti viticoli alla luce della nuova PAC 2023-2027*

n. 1, pp. 159-188

Il contributo si concentra sull'analisi del sistema di regolazione degli impianti di vigneti alla luce della disciplina derivante dalle previsioni contenute nel reg. Ue n. 1308/2013, come rinnovato dalla nuova PAC 2023-2027 ad opera del reg. Ue n. 2117/2021.

Dopo aver tracciato l'evoluzione del sistema di controllo e di gestione della produzione vitivinicola nel diritto europeo, viene individuata l'attuale disciplina delle autorizzazioni per gli impianti viticoli, riflettendo sull'ipotesi di contingentamento dell'iniziativa economica privata che tale modello di regolazione rappresenta. In tale contesto si farà riferimento anche all'esperienza italiana, con specifico riguardo alla l. 12 dicembre 2016, n. 238 (c.d. T.U. del vino), che attualmente rappresenta la principale ed unitaria fonte normativa del settore, e alla relativa decretazione di attuazione per la materia degli impianti di vigneti.

LAURA MUZI, *Gli investimenti per il potenziamento delle infrastrutture idriche e le inefficienze nella gestione dei fondi del PNRR*

n. 1, pp. 189-204

Le infrastrutture idriche in Italia richiedono un profondo ammodernamento, anche a causa della disomogenea distribuzione delle precipitazioni dovuta ai cambiamenti climatici. Un recente decreto-legge adottato per affrontare le conseguenze della siccità prevede l'istituzione di un commissario straordinario e di una cabina di regia ministeriale che implica l'attribuzione di ampi poteri al Ministero delle infrastrutture. Quest'ultimo è già responsabile di una quantità significativa di finanziamenti per le infrastrutture idriche nel quadro del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Nel frattempo, però, la Corte dei Conti ha approvato una risoluzione nell'esercizio di un controllo concorrente su questa voce di spesa, facendo luce su alcune inefficienze nei processi di selezione, pianificazione e monitoraggio dei progetti finanziati. Pertanto, il Ministero è stato sollecitato ad adottare misure per modificarli, laddove ancora possibile, ed è stato invitato a prestare maggiore attenzione nell'esercizio delle sue competenze ordinarie, invece di ricorrere a più commissari straordinari e a nuove semplificazioni procedurali.

CAMILLA RAMOTTI, *Il ruolo dell'OMS nella governance della salute alla prova delle emergenze sanitarie: un'occasione persa?*

n. 2, pp. 417-447

Il diritto sanitario ha attraversato diverse fasi di vita e ha assunto, nel tempo, una dimensione ultrastatale. Nel processo di globalizzazione del diritto sanitario, un ruolo fondamentale è stato giocato dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS). Il presente contributo si occupa del tema della *global health governance* tramite lo studio di questa peculiare organizzazione internazionale dal punto della sua struttura, degli strumenti che utilizza e dei modi in cui è finanziata. Attenzione particolare è dedicata alla posizione dell'OMS alla prova delle emergenze sanitarie, inclusa, da ultimo, quella derivante dalla pandemia da Covid-19. Il quadro che ne deriva mette in luce una sostanziale inadeguatezza dell'OMS nel ruolo di coordinamento degli Stati.

FEDERICO VALENTINI, *La sanità digitale tra regolazione, organizzazione amministrativa e azione terapeutica*

n. 2, pp. 449-486

Dal Trattato di Lisbona in poi, la materia sanitaria è stata oggetto di un numero sempre maggiore di atti, interventi e direttive da parte dell'Unione Europea con un approccio di *Health in all policies* che si rinviene in vari articoli del TFUE. Dopo la pandemia, uno dei punti cruciali della regolazione europea ed interna è l'innovazione digitale dei sistemi sanitari di ciascuno Stato dell'UE, al fine di garantire l'interoperabilità dei dati, rendere più equo l'accesso alle cure mediche, ridurre i costi. Strumenti utili sono il Fascicolo sanitario Elettronico, la Telemedicina e le terapie digitali. Tuttavia, nell'immettere la tecnologia c'è il rischio di violare alcuni diritti sociali e di libertà. A tutela di tali diritti, è necessaria una profonda riorganizzazione delle strutture sanitarie che dovranno essere in grado di recepire la tecnologia e metterla a disposizione della popolazione per un'assistenza sanitaria basata su garanzie di efficacia delle cure, sicurezza dei dati, equità nell'accesso e sostenibilità dei costi. Per tale via, ponendo fine alle attuali fragilità e debolezze dei sistemi sanitari, si può garantire quella "buona amministrazione", intesa come diritto di ogni cittadino ai sensi dell'art. 41 CDFUE.

ELISA VALERIANI, *La risposta digitale al conflitto tra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale: il caso dei non fungible tokens*

n. 2, pp. 487-521

Tra tutela del patrimonio culturale e sua valorizzazione si inserisce il fenomeno degli NFT che rappresenta certamente un'importante occasione di sfruttamento dell'immateriale economico del bene culturale attraverso l'uso della sua immagine. Infatti, la possibilità di rendere rara e appropriabile l'immagine

consente di aumentarne sensibilmente il valore commerciale. Così, gli enti pubblici possono mettere a profitto il valore immateriale che soggiace alle cose culturali che possiedono in consegna. Gli strumenti giuridici per realizzare tali iniziative sono già predisposti dal codice: l'art. 108 del codice prevede infatti che l'istituzione consegnataria deve richiedere il pagamento di un corrispettivo al privato richiedente il diritto alla riproduzione. Tuttavia, seppure i ricavi conseguibili dalla commercializzazione degli Nft di beni culturali in edizione unica o limitata possano essere rilevanti e contribuire in questo modo all'equilibrio economico finanziario delle istituzioni museali in regime di autonomia finanziaria, restano aperti numerosi interrogativi circa la creazione di un "mercato parallelo" delle immagini digitalizzate di opere di proprietà pubblica.

DARIO ZANELLI, *La cittadinanza digitale tra diritti e doveri. Quale spazio nell'ordinamento per il servizio pubblico digitale?*

n. 2, pp. 523-568

L'articolo si concentra sul concetto di cittadinanza digitale, approfondendo le nuove configurazioni di diritti, doveri e strumenti previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale. Sulla base dell'evoluzione normativa dell'ultimo decennio, il contributo approfondisce il principio del *digital first* nel contesto dell'attività amministrativa, in relazione al procedimento amministrativo e al sistema dei servizi pubblici. Inoltre, il documento si sofferma anche sul regime giuridico dei servizi pubblici digitali, cercando di evidenziare in quali spazi, attuali e futuri, essi possano trovare applicazione. Infine, il documento affronta il problema dell'interruzione, o interruzione del servizio pubblico digitale, tra tutele reali e apparenti.

Opinioni

MASSIMILIANO ATELLI, *Minoranze societarie e società ad azionariato pubblico diffuso fra vecchie e nuove tendenze: prime notazioni*

n. 3, pp. 899-904

Si scorgono tendenze ordinamentali che lasciano intravedere l'opportunità di una riflessione sul ruolo dei soci di minoranza, anche pubblici, all'interno delle società con azionariato diffuso.

MAURIZIA DE BELLIS, *Crisi energetica e transizione ecologica: le risposte europee tra convergenza e conflitto*

n. 1, pp. 215-226

Mentre le risposte europee alla crisi pandemica (segnatamente, il *Next*

Generation EU - NGEU) si sono mosse nel solco di una piena convergenza rispetto alla strategia della transizione ecologica come identificata nel *Green Deal* europeo (EGD), le reazioni alla crisi energetica, pur muovendo dalla prospettiva di preservare tale convergenza, sono suscettibili di entrare, per alcuni profili, in contrasto con tale strategia. L'articolo analizza, per un verso, gli interventi del piano REPOWEREU in linea con gli obiettivi della decarbonizzazione (come le misure finalizzate all'efficientamento energetico e all'accelerazione dello sviluppo delle energie rinnovabili), e, per altro verso, le modifiche apportate al reg. Ue n. 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and resilient facility - RRF*). La scelta di utilizzare il RRF come strumento centrale per realizzare gli investimenti previsti dal piano REPOWEREU, attraverso l'inserimento di specifici capitoli REPOWEREU all'interno dei piani nazionali di ripresa e resilienza, costituisce un consolidamento del NGEU, che diviene strumento preferenziale per l'intervento dell'Ue, quando agisce come finanziatrice; al tempo stesso, la contestuale deroga al principio di "non arrecare un danno significativo" per la realizzazione di impianti di gas e petroliferi dovrà essere attentamente monitorata, rischiando altrimenti di minare l'effettiva capacità dell'Ue di raggiungere l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nel 2050 fissato dalla legge europea sul clima.

CHIARA DI PIETRO, *La casa come primo luogo di cura: next step – la decentralizzazione degli studi clinici*

n. 2, pp. 569-588

Molto spesso il legislatore "fatica" ad adattarsi ai cambiamenti derivanti dall'innovazione tecnologica. Questo approccio è evidente anche nella regolamentazione delle nuove soluzioni tecnologiche da utilizzare nella conduzione delle sperimentazioni cliniche. Il presente lavoro analizza quindi in una prospettiva comparativa la regolamentazione delle sperimentazioni cliniche decentrate negli Stati Uniti e nell'Unione Europea, per poi concentrarsi sullo scenario nazionale, dove vengono evidenziate e analizzate le criticità normative che ostacolano la promozione delle sperimentazioni cliniche decentrate, con l'intento di ricercare e proporre soluzioni che ne consentano l'implementazione in Italia.

ALDO SANDULLI, *Agli Italiani piace la trasparenza amministrativa?*

n. 1, pp. 205-214

Discorrendo con il libro di Enrico Carloni (*Il paradigma trasparenza*, il Mulino, 2022) l'Autore approfondisce alcuni profili relativi al rapporto dei cittadini e del potere pubblico con la trasparenza amministrativa. Secondo l'Autore per ragioni diverse, anche di contesto e organizzative, è ancora necessario lavorare sulla qualità del percorso trasparenza. Il paradigma trasparenza, rappresenta un

traguardo giuridico di civiltà, da tutelare e difendere, ma ancora da mantenere e rilanciare.

Commenti

MARIANNA MAZZARELLA, *Verso una maggiore sostenibilità degli appalti pubblici: il ruolo dei criteri ambientali minimi (commento a Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773)*

n. 1, pp. 227-242

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8773/2022, si esprime riguardo alle conseguenze derivanti dall'assenza di riferimenti ai criteri ambientali minimi nel bando di gara e dal loro mancato rispetto nei seguenti atti della gara. Per comprendere la decisione del giudice sul punto, è utile capire cosa siano i criteri ambientali minimi, ripercorrere il processo evolutivo che ha condotto al loro inserimento nel bando di gara e infine soffermarsi sulla loro natura.

Recensioni

BRUNO CAROTTI, D. Gallo, *Public Services and Eu Competition Law. The social market economy in action*, Abingdon, Routledge, 2022

n. 2, pp. 589-596

FABIO GIGLIONI, P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, Esi, 2023

n. 3, pp. 905-908

RAPPORTO ANNATA 2023

Contributi ricevuti e percentuale di quelli pubblicati e di quelli scartati. Elenco dei referees.

Tutti i contributi proposti nel 2023 per la pubblicazione nella *Rivista* sono stati sottoposti ad una prima valutazione da parte della Direzione e del Comitato direttivo. A seguire, gli articoli approvati sono stati sottoposti a referaggio anonimo. Solo gli editoriali e alcuni commenti sono stati pubblicati all'esito della sola valutazione positiva da parte della Direzione e del Comitato direttivo.

Nella tabella che segue sono riportati i dati relativi ai contributi ricevuti nel 2023 e delle valutazioni riguardanti i numeri pubblicati nell'annata.

Contributi ricevuti nel 2023	39
Contributi respinti dalla direzione della rivista	1
Editoriali e commenti non referati	9
Contributi referati	29
Contributi respinti all'esito del referaggio	2
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio senza modifiche	12
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio con integrazioni e modifiche	15

Munus ringrazia i referees che nel 2023 hanno collaborato con la rivista

Vincenzo Antonelli, associato di diritto amministrativo dell'Università dell'Aquila
Andrea Averardi, associato di diritto amministrativo Scuola IMT Altissimi Studi di Lucca
Jacopo Bercelli, associato di diritto amministrativo dell'Università di Verona
Vittoria Berlingò, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Messina
Vincenzo Brigante, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli
Gherardo Carullo, associato di diritto amministrativo dell'Università di Milano Statale
Eduardo Caruso, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Ferrara
Chiara Cudia, associato di diritto amministrativo dell'Università di Firenze
Melania D'Angelosante, associato di diritto amministrativo dell'Università degli Studi Chieti-Pescara

- Monica Delsignore, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano
- Marina D'Orsogna, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Teramo
- Chiara Feliziani, associato di diritto amministrativo dell'Università di Macerata
- Pierpaolo Forte, ordinario di diritto amministrativo dell'Università degli studi del Sannio di Benevento
- Fortunato Gambardella, associato di diritto amministrativo dell'Università degli studi della Campania L. Vanvitelli
- Annalaura Giannelli, associato di diritto amministrativo dell'Università Magna Graecia di Catanzaro
- Marco Magri, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Ferrara
- Vanessa Manzetti, associato di diritto amministrativo dell'Università di Pisa
- Alfredo Marra, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Milano Bicocca
- Carmelo Miccichè, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- Angelo G. Orofino, ordinario di diritto amministrativo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro
- Eduardo Parisi, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Milano Statale
- Leonardo Parona, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università degli studi di Roma Tre
- Giorgia Pavani, ordinario di diritto pubblico comparato dell'Università di Bologna
- Silvia Pellizzari, associato di diritto amministrativo dell'Università di Trento
- Giuseppe A. Primerano, ordinario di diritto amministrativo dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro
- Paolo Provenzano, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Milano Statale
- Edoardo Raffiotta, associato di diritto costituzionale dell'Università di Milano Bicocca
- Giacomo Santi, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Bologna
- Laura Trucchia, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Politecnica delle Marche
- Claudia Tubertini, associato di diritto amministrativo dell'Università di Bologna
- Stefano Vaccari, associato di diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano
- Stefano Villamena, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Finito di stampare nel mese di aprile 2024
dalla *Grafica elettronica* – Napoli